

Sentencia C-331/12

PATRIMONIO AUTONOMO DEL FONDO PARA PAGO DE PASIVO PENSIONAL DE LAS UNIVERSIDADES ESTATALES DEL NIVEL NACIONAL Y TERRITORIAL-Naturaleza

CONTROL DE LA EXPLOTACION ILEGAL DE MINERALES CONTENIDA EN LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-No realización de consulta previa a las comunidades étnicas

La Corte encuentra que el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 es exequible, por (i) ser una norma de carácter general, que afecta a todos los ciudadanos por igual y debe aplicarse en todo el territorio nacional; (ii) por tanto, no debió someterse a la consulta previa de las comunidades étnicas, de conformidad con el artículo 330 de la Constitución Política y el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucional; (iii) no es violatorio del derecho a la igualdad de estas comunidades, pues consagra una prohibición general que no afecta la minería tradicional de estas comunidades; y (iii) tampoco vulnera el debido proceso, por cuanto no se aplica a las actividades de pequeña minería y minería tradicional.

DEROGATORIA DE NORMAS QUE PERMITIAN LEGALIZACION DE PEQUEÑA MINERIA Y MINERIA TRADICIONAL-Consulta previa por afectación directa de las comunidades indígenas

La derogatoria del párrafo 2° del artículo 12 y del artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, contenida en el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011 es inexecutable, por (i) la omisión de la consulta previa obligatoria; (ii) por cuanto al derogar estas disposiciones, se crea un vacío normativo en relación con el reconocimiento, procesos y trámites para la legalización de las actividades de pequeña minería y minería tradicional, lo cual resulta violatorio del derecho a la igualdad –art.13 CP- y del debido proceso administrativo –art.29 Superior-, respecto del trámite y procedimiento para la legalización de la minería informal y tradicional de que trata el artículo 12 de la Ley 1382 de 2011 y del procedimiento para el reconocimiento de pequeña minería de comunidades negras asentadas en el Chocó, de que trata el artículo 30 de la Ley 1382 de 2011; y (iii) adicionalmente, en razón a que la Ley del Plan Nacional de Desarrollo debe referirse a objetivos, planes y programas específicos de planeación de mediano y largo plazo, y no contener regulaciones relativas a leyes ordinarias, so pena de suplantar al legislador ordinario y con ello vulnerar el principio democrático.

PROPIEDAD Y EXPLOTACION MINERA-Reglas jurisprudenciales/PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Jurisprudencia constitucional/EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES Y DERECHOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Libertad de configuración legislativa/CONCESION PARA EL USO Y EXPLOTACION DE RECURSOS

respecto, ha sostenido que el artículo 360 superior, en armonía con la cláusula general de competencia legislativa, contenida en el artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución Política, le confiere al Legislador, una amplia facultad de configuración legislativa con el fin de que determine las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables. Así, en relación con la explotación de recursos naturales no renovables, la Corte se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia sobre la amplia potestad regulativa del Legislador para decidir lo concerniente a éste ámbito, incluyendo las rentas generadas por la explotación de los recursos naturales no renovables y la participación de las entidades territoriales en ellas. No obstante lo anterior, este Tribunal ha sostenido igualmente que la libertad de configuración del Legislador en esta materia no es absoluta, sino que se encuentra limitada por criterios de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas. De esta manera, al tratarse de un ámbito en donde le compete al Legislador una amplio margen de regulación, el control de constitucionalidad que adelante la Corte, debe llevarse a cabo atendiendo esta amplia libertad, de manera que “solo en aquellos casos en los cuales se evidencie una irrazonabilidad manifiesta en las medidas adoptadas por el Legislador, o que la medida sea desproporcionada, o afecte manifiestamente derechos fundamentales, o vulnere prohibiciones constitucionales específicas, la medida pueda llegar a ser declarada inconstitucional.” En este mismo sentido, ha sostenido esta Corporación que en virtud de los artículos 150 y 360 de la Constitución Nacional, “normas superiores contentivas de la cláusula general de competencia legislativa y de la competencia expresa y específica del Legislador para expedir la normatividad que fije las condiciones para la explotación de recursos naturales no renovables, ...es claro que es el Legislador quien se encuentra expresamente facultado por la Carta para expedir la normatividad minera y las demás reglas que, de una u otra forma, se relacionen con la explotación de dichos recursos. En punto a este tema, la Sala destaca la relevancia que tiene para la regulación sobre las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables, la determinación de los trámites, procedimientos, formas y requisitos necesarios para la explotación de dichos recursos, así como de los procesos necesarios con el fin de lograr la formalización y legalización de la explotación tradicional de recursos naturales no renovables o mineros” (Resalta la Sala). Así, de una interpretación sistemática de los artículos 150 y 360 Superiores, la Sala reitera en esta nueva oportunidad, la amplia potestad regulativa del Legislador para determinar las condiciones y requisitos para la explotación de los recursos naturales no renovables, de tal manera, que el control ejercido por el juez constitucional debe ser respetuoso de esta competencia regulatoria, y sólo en casos de manifiesta irrazonabilidad o de afectación desproporcionada del núcleo esencial de otro derecho fundamental, podría el juez constitucional declarar inexecutable una medida tomada por el Legislador en este ámbito. (iv) Finalmente, en relación con la explotación de los recursos naturales no renovables, esta Corporación se ha pronunciado de manera amplia y reiterada en relación con el impacto ambiental de dicha explotación, la protección del medio ambiente y la biodiversidad, las zonas excluidas de la minería y de minería restringida, y la protección constitucional de las comunidades étnicas. Sobre este último tema, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado específicamente en relación con (i) los recursos naturales existentes en sus territorios, de conformidad con los artículos 7, 70 y 330 superiores, (ii) el derecho de estas comunidades de velar por la preservación de los recursos naturales; (iii) las zonas mineras de las comunidades étnicas; (iv) el derecho de participación de estas comunidades en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios indígenas, mediante el mecanismos de consulta previa, en concordancia

con el Convenio 169 de 1989 de la OIT adoptado por la Conferencia General de ese organismo, y aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991; y (v) la importancia del reconocimiento y protección de la minería tradicional así como de los procesos de legalización de la misma.

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Protección constitucional y normas de derecho internacional/**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**-Jurisprudencia constitucional/**DEBIDO PROCESO**-Pilar fundamental del Estado Social de Derecho

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Principios generales/**DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**-Aplicación a todas las actuaciones que desarrolla la administración pública en cumplimiento de sus funciones y realización de sus objetivos y fines

La jurisprudencia de esta Corte ha establecido que los principios generales que informan el derecho fundamental al debido proceso se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en el cumplimiento de sus funciones y realización de sus objetivos y fines, de manera que se garantice: (i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados. Todas estas garantías se encuentran encaminadas a garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos de los ciudadanos, con el fin de evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la administración a través de la expedición de actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho. Igualmente, esta Corporación ha sostenido que estas garantías inherentes al debido proceso administrativo constituyen un contrapeso al poder del Estado en las actuaciones que desarrolle frente a los particulares.

PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Consecuencias que se derivan de su aplicación

La jurisprudencia de esta Corte ha expresado que de la aplicación del principio del debido proceso administrativo se derivan consecuencias importantes, tanto para los asociados, como para la administración pública. Desde la perspectiva de los asociados, de este derecho se desprenden las garantías de (i) conocer las actuaciones de la administración; (ii) pedir y controvertir las pruebas; (iii) ejercer con plenitud su derecho de defensa; (iv) impugnar los actos administrativos, y (v) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio. En lo que respecta a la administración, todas las manifestaciones del ejercicio de la función pública administrativa se encuentran cobijadas por el debido proceso, tales como (i) la formación y ejecución de actos administrativos; (ii) las peticiones presentadas por los particulares; y (iii) los procesos que se adelanten contra la administración por los ciudadanos en ejercicio legítimo de su derecho de defensa.

PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Importancia cuando se trata del desarrollo de la facultad sancionadora de la administración pública

El principio del debido proceso administrativo cobra una especial relevancia constitucional cuando se trata del desarrollo de la facultad sancionadora de la administración pública. De esta manera, cuando la Carta consagra el debido proceso administrativo, reconoce implícitamente la facultad que corresponde a la Administración para imponer sanciones. En punto a este tema, la jurisprudencia constitucional ha expresado que la potestad sancionadora de la Administración persigue: (i) la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública, de conformidad con el artículo 209 de la Carta, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; (ii) se diferencia de la potestad sancionadora por la vía judicial; (iii) se encuentra sujeta al control judicial; y (iv) debe cumplir con las garantías mínimas del debido proceso.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS-Jurisprudencia constitucional/DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS-Reglas jurisprudenciales

Esta Corporación ha desarrollado una amplia, pacífica y consolidada jurisprudencia en torno al tema del derecho a la consulta previa de medidas legislativas o administrativas a las comunidades étnicas, indígenas y afrodescendientes. En esta nueva oportunidad, la Sala realizará una síntesis de las reglas jurisprudenciales en esta materia: (i) La consulta previa se fundamenta en el principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de conformidad con el artículo 40 Superior, que en el caso de las comunidades indígenas y afrodescendientes cobra un significado distinto y reforzado, en virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el pluralismo jurídico, el reconocimiento de estas étnias como comunidades diferenciadas y autónomas. (ii) La garantía y reconocimiento de la diversidad de las comunidades tradicionales tiene sustento constitucional en razón de los expresos mandatos previstos por la Carta, tales como el artículo 7 Superior, que incorpora el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, el artículo 330 de la Constitución Política, que dispone que los territorios indígenas estarán gobernados por sus autoridades tradicionales, conformadas y reglamentadas según sus usos y costumbres. Estas disposiciones se encuentran complementadas con normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos. (iii) El derecho de consulta previa que le asiste a las comunidades nativas se fundamenta en el derecho de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación. Así, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las comunidades indígenas y afrodescendientes deben contar con los espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que incidan en sus

intereses, con el fin de evitar la implementación de políticas públicas que erosionen su identidad. (iv) Como parte de los instrumentos constitucionales consagrados en la Carta Política para garantizar la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan, se encuentran: (a) la conformación de las entidades territoriales con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (art. 329 C.P.); (b) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos; y (c) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Para ello, el Gobierno deberá propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (art. 330, parágrafo C.P.). (v) La participación de las comunidades diferenciadas en las decisiones que las afectan, tiene igualmente fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, incorporado al ordenamiento jurídico interno por la Ley 21 de 1991, que hace parte del bloque de constitucionalidad y tiene carácter vinculante. Con fundamento en este Convenio esta Corporación ha identificado la existencia de un derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas. Ha sostenido que este Convenio se encuentra dirigido a “(i) lograr las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; y (ii) superar esquemas predominantes en muchas partes del mundo, en que dichos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”. La Corte ha reconocido también que la consulta previa es el instrumento que “mayor impacto ha tenido en la jurisprudencia constitucional sobre participación de las minorías étnicas ..., al punto de ser reconocido por la jurisprudencia examinada en este apartado como un verdadero derecho constitucional de las comunidades tradicionales”. El derecho a la consulta previa encuentra sustento en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, precepto que consagra la obligación de los gobiernos de garantizar la participación de las minorías étnicas en los asuntos que los afectan. (vi) A partir del reconocimiento del derecho a la consulta previa, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado los siguientes ejes temáticos: (a) diferenciación entre la participación general de los representantes de las comunidades étnicas y la participación específica a través de la consulta previa; (b) identificación de las medidas legislativas que deben ser objeto de consulta previa a las comunidades diferenciadas; (c) previsión de los requisitos y etapas que debe cumplir el procedimiento de consulta, a fin que resulte compatible con los parámetros constitucionales; e (d) identificación de las consecuencias del desconocimiento del derecho de consulta previa. (vii) En cuanto a la diferenciación entre la participación general de los representantes de las comunidades étnicas y la participación específica a través de la consulta previa, la Corte ha precisado que la primera de ellas, se puede llevar a cabo de manera general, sin perjuicio del reconocimiento de la identidad diferenciada de dichas comunidades, lo que exige que esta participación se realice a través de mecanismos concretos y adecuados, que resulten compatibles con las particularidades de esa identidad, a través de medidas tales como la asignación de curules especiales en las corporaciones públicas. La segunda modalidad de participación específica de las comunidades étnicas, hace relación a su participación en la toma de decisiones que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, a través de un procedimiento particular de

consulta previa a dichas comunidades, como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad diferenciada. (viii) Especial atención le ha merecido a la jurisprudencia constitucional el tema relativo a la identificación de las medidas legislativas y administrativas que deben someterse al procedimiento de consulta previa. A este respecto, la Corte ha explicado que existen varios elementos a tener en cuenta: (a) en primer lugar, la afectación directa de las medidas ha adoptarse para las comunidades étnicas. En este sentido, ha explicado que en armonía con lo consagrado por el Convenio 169 de la OIT, “la consulta previa es imperativa respecto de aquellas medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes”. En forma contraria, las políticas generales que afecten a toda la población y que no incidan directamente en las comunidades diferenciadas, no están sujetas a consulta; (b) en segundo lugar, ha sostenido que una manera de determinar si afecta de manera directa a las comunidades, es establecer si se trata de temas definidos previamente por el convenio, o de temas que tengan una relación intrínseca con su identidad como comunidad étnica o un “vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes”; (c) en tercer lugar, la jurisprudencia constitucional ha identificado prima facie, algunos temas que por su propia naturaleza se encuentran en conexión intrínseca con la supervivencia, la identidad y la cultura de las comunidades étnicas, tales como el tema del territorio o de tierras, la explotación de recursos naturales en las zonas donde se ubican o residen estas comunidades, la protección del grado de autonomía que la Constitución les reconoce a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la conformación y delimitación del gobierno de estas comunidades y de su relación con los gobiernos locales y regionales, de conformidad con los artículos 329 y 330 C.P.. Estos temas, por constituir asuntos neurálgicos y ser de vital importancia para estas comunidades, deben someterse a consulta previa. (ix) De otra parte, la Corte ha precisado que el método para la determinación de temas que afecten a las comunidades étnicas, es casuístico, esto es, se debe esclarecer y determinar en cada caso en concreto cuáles son las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, de manera que en concreto se evalúe qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico. (x) La jurisprudencia ha señalado entonces tres escenarios en los que procede la consulta previa por afectación directa de las comunidades étnicas: “(i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.” (xi) En cuanto a las condiciones y etapas de la consulta previa, la Corte ha resaltado que de conformidad con las pautas generales fijadas por el Convenio 169 de la OIT, este proceso (a) debe adelantarse de buena fé; (b) a través de formas y medios de comunicación efectivos con las comunidades étnicas; (c) de una manera idónea, apropiada y adecuada a las circunstancias con el fin de alcanzar un acuerdo respecto de las medidas ha adoptar; (d) debe respetar los parámetros constitucionales relativos a la participación de las comunidades étnicas; (e) no puede consistir en simples trámites administrativos por parte de las autoridades o en meros requisitos formales, sino que debe ser “un proceso

sustantivo de raigambre constitucional”; (f) debe garantizarse a las comunidades afectadas la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso; (g) no puede ser extemporáneo a las medidas adoptadas, de manera que por ejemplo, respecto de medidas legislativas, debe llevarse a cabo este procedimiento, antes de radicar el proyecto de ley con el fin de que se garantice una participación efectiva de las comunidades étnicas; (h) no debe entenderse como un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y las tradicionales, ni como un proceso adversarial, sino como uno de participación activa de éstas últimas en decisiones que las afectan de manera directa, de forma que tampoco implica un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas por parte de las comunidades étnicas; (i) es posible que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación, si así lo estiman pertinente; (j) debe realizarse sobre la base del reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en ellos; (k) debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo; y (l) debe realizarse un ejercicio de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados. (xii) Finalmente, en relación con las consecuencias del incumplimiento del procedimiento de consulta previa, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que esto implica (a) la vulneración de un derecho constitucional, y (b) la producción de efectos sustanciales para las medidas de que se trate, tales como “(i) la declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente, al oponerse al derecho de consulta previa; o, cuando ello resulte posible (ii) la exequibilidad condicionada del precepto, que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas.

LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Consulta previa/LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Jurisprudencia constitucional sobre proceso de formación frente al deber de realización de consulta previa/PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Conformación/PLAN DE INVERSIONES PUBLICAS-Se debe examinar cada uno de los programas, proyectos y presupuestos plurianuales que lo conforman para establecer si tiene incidencia directa y específica sobre los grupos indígenas o comunidades afrodescendientes

La jurisprudencia de esta Corte, se ha manifestado igualmente en relación con la consulta previa específicamente respecto de las leyes de los Planes Nacionales de Desarrollo. En este sentido, se ha referido a la especial naturaleza de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo y de su proceso de formación frente al deber de realización de consulta previa. Así, ha explicado que la Ley contentiva del Plan Nacional de Desarrollo, “por mandato del artículo 339 de la Constitución, está conformada por dos partes distintas, una general, y un plan de inversiones de las entidades públicas nacionales.” Así mismo, precisó que la Ley del Plan Nacional de Desarrollo tiene niveles distintos de generalidad, y que “específicamente en la parte constitutiva del Plan Nacional de Inversiones Públicas, ha de examinarse cada uno de los programas, proyectos y presupuestos plurianuales que lo conforman, para efectos de establecer si tal programa, proyecto o presupuesto plurianual tendrá una incidencia directa y específica sobre los grupos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país, de conformidad con los criterios trazados en la sentencia C-030 de 2008 y reiterados en la

presente providencia – es decir, si cada programa, proyecto o presupuesto plurianual individualmente considerado constituye una de las medidas “susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”.

REPRESENTACION DE COMUNIDADES ETNICAS EN EL CONSEJO NACIONAL DE PLANEACION-No supe el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo para establecer si tiene incidencia directa y específica sobre los grupos indígenas o comunidades afrodescendientes

En cuanto al proceso de formación de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, de conformidad con lo establecido en los artículos 340 y 341 Superiores, y la existencia del Consejo Nacional de Planeación, en el cual se encuentran representadas las comunidades étnicas del país, la Corte ha explicado que si bien el Consejo Nacional de Planeación cumple una función transcendental dentro del proceso de formulación de este instrumento, más aún, teniendo en cuenta que las comunidades étnicas tienen asiento en dicho Consejo; este mecanismo de participación “no supe el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos concretos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica”, teniendo en cuenta las importantes diferencias que a nivel constitucional existen entre la representación y la participación, como distintas expresiones del principio democrático. En este sentido, esta Corporación ha concluido que existe el deber de realizar una consulta previa a las comunidades étnicas respecto de cada uno de los proyectos individuales, que les afectarán de manera directa y específica y que hacen parte del Plan Nacional de Desarrollo, la cual debe adelantarse de manera integral y con pleno cumplimiento de los requisitos y exigencias constitucionales fijadas por la jurisprudencia constitucional. Sobre este tema, manifestó la Corte: “5.4. Una lectura detenida de las distintas disposiciones contenidas en la Ley 1151 de 2007 revela que éstas prevén varios proyectos susceptibles de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes que residen en las zonas donde estos habrán de ser ejecutados. En efecto, varios proyectos y programas incluidos dentro del Plan Nacional de Inversiones, o resaltados por su importancia dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, incidirán directa y específicamente sobre distintos grupos del país –independientemente de si su impacto será benéfico o perjudicial, cuestión cuya determinación atañe a las comunidades étnicas –indígenas o afrodescendientes- potencialmente afectadas en ejercicio de su autonomía y sus derechos colectivos. Es claro para la Corte que, respecto de cada uno de estos proyectos individuales, sí existe una obligación estatal específica de realizar consulta previa, en su integridad y con pleno cumplimiento de los requisitos constitucionales precisados por la jurisprudencia constitucional”. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha evidenciado que el hecho de que se incluyan proyectos o programas susceptibles de afectar de manera directa y específica a las comunidades étnicas del país, respecto de los cuales se ha omitido la consulta previa, “constituye un vicio a la luz de la doctrina constitucional”, vicio que impide la declaratoria de constitucionalidad de la ley y apareja distintos efectos asociados a su inconstitucionalidad.

NORMA DECLARADA INEXEQUIBLE CON EFECTOS DIFERIDOS-
Competencia de la Corte Constitucional para pronunciarse de fondo

OBLIGATORIEDAD DE LA CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES DE MEDIDAS LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS-Lineamientos jurisprudenciales

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Contenido de prohibiciones en actividades mineras sin título minero inscrito en Registro Minero Nacional

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Vigencias y derogatorias

MEDIDA DE CONTROL DE EXPLOTACION ILICITA DE MINERALES-
No tiene relación directa con la explotación de recursos mineros en los territorios de las comunidades étnicas en cuanto no se está prohibiendo el desarrollo de actividades de minería tradicional

Referencia: expediente D-8779

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 106 y 276 inciso 3 (parcial) de la Ley 1450 de 2011, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”

Actor: Diana Paola Urrego Trujillo

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012)

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

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución, la ciudadana demandante solicita a la Corte que declare la inexequibilidad de los artículos 106 y el 276 inciso 3 (parcial) de la Ley 1450 de 2011 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.

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

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada según publicación en el Diario Oficial No. 48.102 del 16 de junio de 2011:

“LEY 1450 DE 2011

(junio 16)

Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 106. CONTROL A LA EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE MINERALES. *A partir de la vigencia de la presente ley, se prohíbe en todo el territorio nacional, la utilización de dragas, minidragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos en las actividades mineras sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional.*

El incumplimiento de esta prohibición, además de la acción penal correspondiente y sin perjuicio de otras medidas sancionatorias, dará lugar al decomiso de dichos bienes y a la imposición de una multa hasta de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, que impondrá la autoridad policiva correspondiente. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Las solicitudes que actualmente se encuentren en trámite para legalizar la minería con minidragas a que se refiere el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, serán rechazadas de plano por la autoridad minera.

PARÁGRAFO. *El Gobierno Nacional reorganizará los municipios verdaderamente explotadores de oro y tomará medidas para aquellos municipios que usurpan y cobran por conceptos de regalías en esta materia sin tener derechos por este concepto; igualmente aquellos excedentes que se demuestren del resultado del uso indebido de estas regalías serán utilizadas como indexación e indemnización a los municipios afectados por la minería ilegal de acuerdo a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.*

ARTÍCULO 276. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. *La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.*

Con el fin de dar continuidad a los objetivos y metas de largo plazo planteados en los anteriores Planes de Desarrollo, se mantienen vigentes las siguientes disposiciones de la Ley 812 de 2003 los artículos, 20, 59, 61, 64, 65, 81 y 121; de la Ley 1151 de 2007 los artículos 11, 13, 14, 15, 19, 21, 22, 24, 25, 27, 28, 31, 39, 49, 50 excepto su tercer inciso, 62, 64, 67, los incisos primero y tercero del 69, 70, 71, 76, 80, 82, 87, 88, 89, 90, 91, 97, 98, 106, 110, 112, 115, 118, 121, 126, 127, inciso primero del 131, 138, 155 y 156, de la Ley 1151 de 2007. Amplíanse hasta el 6 de agosto de 2012, las funciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 1350 de 2009.

Deroga en especial el artículo 9o del Decreto 1300 del 29 de julio de 1932; los artículos 3o y 4o del Decreto 627 de 1974; 19 de la Ley 55 de 1985; 9o de la Ley 25 de 1990; elimínase la periodicidad de dos (2) años prevista en el artículo 2o de la Ley 1ª de 1991 para la presentación y aprobación de los Planes de Expansión Portuaria y en el artículo 15 de la Ley 105 de 1993 para la presentación y aprobación de los Planes de Expansión Vial, 21 de la Ley 160 de 1994; el inciso segundo del artículo 151 de la Ley 223 de

1995; el numeral 5 del artículo 2o de la Ley 549 de 1999; los artículos 2o, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Ley 590 de 2000; 10, 11 y el párrafo del artículo 12 de la Ley 681 de 2001; párrafo 3o del artículo 19 de la Ley 769 de 2002 modificado por el artículo 5o de la Ley 1383 de 2010; párrafo 2o del artículo 7o de la Ley 872 de 2003; 26, inciso 2o del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007; 32 y 33 de la Ley 1176 de 2007; artículo 69 de la Ley 1341 de 2009 exceptuando su inciso segundo; **parágrafo 2o del artículo 12 y el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010** y el párrafo del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

Deroga las Leyes 188 de 1995; 812 de 2003 y 1151 de 2007, a excepción de las disposiciones citadas en el segundo inciso del presente artículo.

Del artículo 3o, literal a) numeral 5 de la Ley 1163 de 2007 la expresión “y cruces de información no sujeta a reserva legal de las bases de datos de la entidad” y del numeral 8 suprímase la expresión “Servicios de procesamiento, consulta de datos de identificación”.

Suprímase del artículo 424 del Estatuto Tributario los siguientes bienes, partida y subpartida arancelaria: 82.01 Layas, herramientas de mano agrícola y el inciso primero del párrafo del artículo 1o de la Ley 1281 de 2009.

Del inciso primero del numeral 14 del artículo 879 del Estatuto Tributario, suprímase la expresión “salvo lo correspondiente a las utilidades o rendimientos que hubiere generado la inversión, los cuales son la base gravable para la liquidación del impuesto, el cual será retenido por el comisionista o quien reconozca las utilidades o rendimientos”.

(Se resaltan y subrayan las expresiones que se demandan)

III. LA DEMANDA

La ciudadana considera que los artículos demandados de la Ley 1450 de 2011 son violatorios de los artículos 4, 13, 29, 93, 150 y 151 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

1. Encuentra que se vulneran estos artículos superiores, en cuanto estas normas contrarían el principio de igualdad y debido proceso al reglamentar la explotación minera sin consideración a los derechos que ostentan las comunidades negras que ejercen dicha explotación, y especialmente por no proceder conforme lo indica el artículo 6 de la Ley 21 de 1991 por medio del cual se aprobó el convenio 169 de la OIT y que dio realce de norma constitucional al derecho a la consulta previa a las comunidades étnicas, disposición que hace parte del bloque de constitucionalidad de que trata el artículo 93 de la Constitución Política.

2. Afirma que las normas demandadas desconocen el principio de igualdad, al no reconocerse el derecho especial que les asiste a las comunidades negras que, de manera ancestral, han venido adelantando actividades mineras de forma tradicional y como único medio de subsistencia, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 21 de 1991.

3. De esta manera, considera que tal como está enunciado el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, desconoce de plano el derecho que tienen las personas pertenecientes a una comunidad poblacional especial, como lo son las comunidades negras, y sobre todo aquellas que se encuentran asentadas en las áreas que han sido declaradas y delimitadas

por el Ministerio de Minas y Energía como zonas mineras de comunidad negra, desdibujando así el trato especial, que en virtud del artículo 13 de la Carta Política, se les ha concedido legalmente. Lo anterior, al no permitirles continuar la actividad de explotación minera que estas comunidades han venido adelantando de manera tradicional, a pesar de no tener título minero y estar inmersas dentro del proceso de legalización contemplado en la Ley 1382 de 2010, norma que les faculta a adelantar actividad minera hasta tanto no se resuelva la solicitud de legalización de su actividad minera, de conformidad con el párrafo primero del artículo 12 de la Ley 1382 de 2010.

4. Estima que en la forma en que fue regulada la explotación minera mediante las disposiciones legales contenidas en los artículos 106 y 276 de la Ley 1450 de 2011, el control que el Gobierno pretende hacer sobre dicha actividad, constituye una manifiesta violación al derecho fundamental al debido proceso, que se debe surtir frente a la aprobación o denegación del trámite de legalización de la actividad minera, mediante la consecución del respectivo título, en los términos expuestos en la Ley 1382 de 2010. Lo anterior, ya que de forma unilateral se desconoce el procedimiento propio de las actuaciones administrativas debidamente reglamentadas en el código de minas y el código contencioso administrativo, ya que la Ley 1382 de 2010 permite a los explotadores, grupos o asociaciones, que han adelantado la minería de forma tradicional, presentar una solicitud para legalizar su labor, y mientras no se resuelva el trámite de la solicitud, no habrá ningún tipo de acciones en su contra.

5. Por lo anterior, considera que la Ley 1450 de 2011 en sus normas demandadas, al reglamentar lo concerniente a la minería ilícita, está desconociendo las disposiciones legales y procedimientos citados, además de vulnerar al derecho al debido proceso de las mismas, al interrumpir los procesos de legalización, a pesar de haberse declarado la Ley 1382 de 2010 inexecutable por la Corte Constitucional, con efectos diferidos, concediéndole así una vigencia por el término de 2 años.

Adicionalmente, afirma que estos artículos desconocen la tradicionalidad y ancestralidad de las comunidades negras, siendo muchas de estas áreas de explotación minera reconocidas por el Ministerio de Minas y Energía, como zonas mineras de comunidades negras, previo estudio técnico por ésta, lo cual pone de presente la tradicionalidad de tales labores mineras.

6. Finalmente, sostiene que se configura una violación del ámbito de competencia y extralimitación de las facultades cuando el Ejecutivo pretende derogar, modificar o reformar leyes ordinarias, a través del Plan Nacional de Desarrollo. Menciona que este tema ya ha sido tratado por la Corte Constitucional, en Sentencia C-149 de 2010¹, al decidir sobre la constitucionalidad de la Ley 1151 de 2007 -artículo 79-.

Por tanto, resulta claro para la accionante que, con la expedición de los artículos demandados como norma legal con status de ley orgánica, el Legislador o autor de la ley, está desbordando su esfera de poder y va en contravía de lo expuesto en los artículos 150 y 151 de la Constitución Política, al entrar a regular en materias que no son objeto del Plan Nacional de Desarrollo, por cuanto deben ser asuntos tratados por vía legislativa de carácter ordinario, al tratarse de reformas o derogatorias de leyes ordinarias, como lo son los artículos 12 y 30 de la Ley 1382 de 2010.

¹ M.P. Dr. Jorge Iván Palacio.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Minas y Energía

El Ministerio de Minas y Energía intervino dentro del presente proceso de constitucionalidad para defender la exequibilidad de los preceptos demandados de la Ley 1450 de 2011, con base en las siguientes consideraciones:

(i) Afirma que la Ley 1450 de 2011 le otorga los mismos derechos, libertades y oportunidades a todas las personas, sin discriminación por razones definidas en el artículo 13 de la C.P. y que por el contrario, da la oportunidad a quienes se encuentran fuera de la ley para legalizar su situación con los mismos derechos, libertades y oportunidades desde cuando presentan su solicitud hasta cuando se les resuelva de fondo.

(ii) Respecto de los artículos 150 y 360 de la Constitución Política, sostiene la potestad del Legislador para determinar las condiciones respecto de la explotación de los recursos naturales no renovables. Así, afirma que el Legislador se encuentra expresamente facultado por la Carta Política para expedir la normatividad minera y determinar las condiciones para la explotación de recursos naturales, incluyendo los mineros, incluso los requerimientos que tengan como fin la formalización y legalización de las explotaciones ilegales.

Por tanto, a juicio del Ministerio la norma establece una condición de explotación, que no puede considerarse inconstitucional por cuanto tiene fundamento y respaldo en normas constitucionales.

(iii) Indica que la normatividad establecida para grupos étnicos, consagrada en el capítulo XVI de la Ley 685 de 2001 artículos 121 al 131 no otorga a dichas comunidades título minero alguno sobre dichas zonas, sino que simplemente otorga un derecho de prelación para la solicitud de otorgamiento de títulos mineros -art. 124 y 133-.

En este sentido, afirma que estas comunidades no son objeto de procesos de legalización, no tienen que demostrar su tradicionalidad, ni someterse a las reglas de la legalización minera, toda vez que tienen prelación para que la autoridad minera les otorgue la concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros en una de dichas zonas declaradas (art. 124 y 133). Así mismo, a en criterio del Ministerio la demanda de inconstitucionalidad no indica a qué grupo étnico específico o comunidad poblacional especial se le infringió su derecho, libertad u oportunidad, de manera concreta.

(iv) Observa que, en el presente caso, la Ley 1450 de 2011 en el artículo 106 prohíbe en todo el territorio nacional la utilización de dragas, minidragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos en las actividades mineras sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional, y en el artículo 276 deroga las disposiciones que le son contrarias, además del parágrafo 2 del artículo 12 y el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, disposiciones que en interpretación del Ministerio no atentan contra la diversidad étnica ni cultural de las comunidades indígenas y afrodescendientes, por lo cual, no requerían de trámite de consulta previa.

(v) Adicionalmente, encuentra el Ministerio que la accionante no determina en forma concreta el grado de afectación directa que tienen las normas demandadas sobre las comunidades étnicas y afrodescendientes, y la forma como atentan contra el derecho de dichas comunidades indígenas y afrodescendientes a tener su vida social, económica y cultural.

(vi) Por consiguiente, concluye que las normas demandadas no vulneran ningún precepto constitucional y que en consecuencia, las pretensiones de la demandante no están llamadas a prosperar. De esta manera, solicita negar la prosperidad de los cargos de violación de constitucionalidad de los artículos demandados por el accionante y declarar la exequibilidad de dichas normas, en cuanto fueron expedidas en un todo de conformidad con la Constitución Política.

2. Intervención del Departamento Nacional de Planeación

El Departamento Nacional de Planeación intervino a través de apoderado judicial para solicitar a la Corte que declare la exequibilidad de las normas demandadas, por las siguientes razones:

(i) Considera que la premisa, que para la demandante se incumple, que es la ausencia de una ley ordinaria, precisamente se cumple en la Ley 1450 de 2011, que es una ley ordinaria, y por ello el cargo no debe prosperar.

(ii) Encuentra que en el caso de las disposiciones instrumentales del Plan Nacional de Desarrollo, que hacen parte de una ley ordinaria, es necesario que exista una unidad entre la parte general del Plan y esas normas instrumentales, exigencia que se cumple en el caso de la Ley 1450 de 2011.

(iii) Sostiene que no puede ser obligatoria la consulta previa para conservar una actividad ilegal atentatoria contra el medio ambiente sano y, consiguientemente, no podría hacerse con personas que tratan de preservar su conducta ilegítima. Menciona que lo que se busca con los artículos en discusión, es evitar una práctica ilegal, ya que se trata de garantizar la no explotación en términos industriales, lo que es contrario a la diversidad étnica y cultural, y constituye una medida de protección que ya existía, razones por las cuales no requería del trámite de consulta previa.

Advierte que la consulta previa se realiza en los casos de afectación directa de la medida legislativa sobre los derechos e intereses de la comunidad afectada, que no es un derecho constitucional con contenido absoluto, que no es un proceso automático, ni se aplica a todo trámite normativo, sino que exige del operador un criterio y la realización de unos juicios jurisprudencialmente establecidos que permitan determinar su razonabilidad en cada caso específico.

(iv) Menciona que el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, expedido por la Ley 1450 de 2011, tuvo en cuenta la evolución jurisprudencial en materia de consulta previa, y que por ello, puso a consideración de las minorías el documento que de manera general establece los objetivos y metas de mediano y largo plazo, o las bases de la Ley del Plan. Señala que este proceso de consulta focalizada, abarcó cada uno de los pueblos tribales residentes en el país.

(v) Adicionalmente, anota que la participación de las comunidades negras y afrodescendientes, fue complementada en otros escenarios como son el Consejo Nacional de Planeación y el Congreso de la República. Advierte entonces, que se surtió un proceso de consulta a cada una de las poblaciones que la normatividad afectaba, de forma tal que aún admitiendo el cargo, éste no debe prosperar por ausencia de correspondencia con los hechos.

(vi) En criterio de Planeación, el interés legítimo que le asiste a los explotadores, es a continuar su proceso de legalización, pero no a permanecer desarrollando una actividad ilegal que está haciendo estragos sobre bienes jurídicos superiores de toda la comunidad, como es el medio ambiente que goza de protección constitucional especial. Además, afirma que la norma está dirigida a combatir la ilegalidad y no a discriminar contra la población negra o algún grupo poblacional en particular.

(vii) Finalmente, menciona que la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, constituye una ley ordinaria, y no es una ley orgánica, como erradamente lo acota la accionante, ya que la diferencia entre ambas está consagrada en el artículo 342 de la Constitución Política.

Con fundamento en todo lo anterior, solicita a la Corte que se declare inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, o que en subsidio declare la constitucionalidad de las normas demandadas.

3. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino dentro del proceso de la referencia a través de apoderada judicial, para solicitar a la Corte que se declare inhibida para pronunciarse de fondo sobre la exequibilidad de las normas acusadas por carencia actual de objeto. Para fundamentar lo anterior, expuso los siguientes argumentos:

(i) Encuentra que los artículos demandados son normas puntuales dirigidas a la protección del medio ambiente y no a su afectación, y que además, la minería sin título minero es una actividad ilegal atentatoria contra el medio ambiente, razón por la cual la consulta previa no podría hacerse con personas que tratan de preservar su conducta ilegítima. Menciona por tanto, que la consulta previa ha sido establecida normativamente, para proteger la eventual afectación de las actividades legales, y no para preservar la ilegalidad con unos daños a bienes superiores y protegidos constitucionalmente.

(ii) Considera que es relevante advertir que la afirmación de la actora sobre la cual sustenta el cargo por violación del debido proceso, no tiene en cuenta que la actividad minera sin título minero es ilegal, por lo que el debido proceso no puede invocarse para perpetuar situaciones ilícitas que operan en perjuicio de la sociedad. No se configura en este caso por lo tanto, una violación al debido proceso, pues la actividad que se pretende perpetuar, como ya se ha especificado, es ilegal y atenta contra el interés público y viola el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano.

(ii) De otra parte, afirma que es necesario tomar en cuenta que el procedimiento que la actora aduce violado, hace parte de una norma que fue declarada inconstitucional en su totalidad por ausencia de consulta previa mediante la Sentencia C-366 de 2011. En

criterio del Ministerio, esta situación pone de presente la carencia material de objeto, pues el Legislador solamente derogó una norma que la Corte encontró contraria al ordenamiento, por lo cual considera que la Corte debe declararse inhibida para fallar.

(iii) Finalmente, aduce que dado que, como lo ha manifestado enfáticamente la Corte Constitucional, el Plan Nacional de Desarrollo es una norma de carácter ordinario, no le asiste la razón a la accionante cuando manifiesta que la disposición acusada reemplaza al Legislador ordinario en la definición de elementos normativos que escapan a una ley orgánica.

4. Intervención del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible intervino a través de apoderada judicial para solicitar a la Corte denegar las pretensiones de la demanda y declarar ajustados a la Constitución Política los artículo 106 y 276 inciso 3 (parcial) de la Ley 1450 de 2011, con fundamento en las siguientes consideraciones:

(i) Afirma que la protección especial que el Estado debe otorgar a las comunidades étnicas no puede consistir en la obligación del Estado de preservar legislativamente un programa transitorio de legalización de minería con minidragas y sus prerrogativas que amenazan valores superiores como lo son la protección contra la explotación ilícita de los bienes del Estado y el derecho colectivo a un ambiente sano. Sostiene que estos procedimientos de legalización de la minería no fueron diseñados en favor de los grupos étnicos, sino de quienes desarrollaban actividades mineras indistintamente, y que su modificación o derogación no puede constituirse en una vulneración a un supuesto derecho a la igualdad, máxime cuando la legislación minera, desde antes de la Ley 1382 de 2010, ya consagraba mecanismos adecuados para que las comunidades indígenas y negras pudiesen acceder preferentemente a los derechos de explorar y explotar los recursos mineros de propiedad del Estado.

(ii) Sostiene que los argumentos esgrimidos por la accionante no son contundentes ni claros al explicar el concepto de la violación, y menos aún suficientes para suscitar dudas acerca de la presunción de constitucionalidad que ampara a las leyes. Además, considera que se debe dar la razón y prueba de la oposición objetiva entre la norma demandada, la Constitución y los Convenios internacionales, lo cual no se evidencia en el presente caso. De esta manera, concluye que si no se cumplen todas las exigencias legales, dentro de las cuales se debe explicar las razones por las cuales la norma acusada desconoce una o varias disposiciones de la Carta, el juez constitucional no puede llenar este vacío oficiosamente, por lo tanto, la demanda no debe prosperar por carecer de suficientes razones y argumentaciones valederas para que la Corte profiera un juicio de inconstitucionalidad sobre los artículos cuestionados.

(iii) Así mismo, el Ministerio considera que no se ha presentado vulneración alguna al derecho constitucional del debido proceso, con motivo de las normas demandadas, ya que la vulneración de este derecho hace referencia a la existencia de irregularidades formales que afectan los procedimientos consagrados en la ley.

(iv) Por lo expuesto, el Ministerio solicita a la Corte Constitucional denegar las pretensiones de la demanda y declarar ajustados a la Constitución Política los artículos 106 y 276 inciso 3 (parcial) de la Ley 1450 de 2011.

5. Intervención de la Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo intervino a través del Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, para analizar la demanda por inconstitucionalidad de los artículos 106 y 276 inciso 3 parcial de la Ley 1450 de 2011, con base en los siguientes argumentos:

(i) Encuentra que los artículos demandados y las disposiciones de la Ley 1382 de 2010 derogadas, se refieren al desarrollo de la actividad minera en Colombia y, por ende, implican una afectación directa sobre las comunidades indígenas y afrodescendientes en cuyos territorios están ubicados los yacimientos minerales.

(ii) Indica que por disposición expresa del párrafo del artículo 330 de la Constitución Política, las decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales, incluidas las actividades de minería, deben ser objeto de consulta previa con las comunidades afectadas.

(iii) Observa que de conformidad con el artículo 273 de la Ley 1450 de 2011, el proceso de consulta previa se llevo a cabo. Sin embargo, a juicio de la Defensoría, la Corte debe determinar en el curso del proceso, si la consulta previa cuyas actas fueron protocolizadas por medio del artículo 273, reseñado, se llevó a cabo con sujeción estricta a los parámetros, criterios y requisitos que han sido consolidados por la jurisprudencia constitucional a partir del Convenio 169 de la OIT y de las disposiciones constitucionales que garantizan y protegen la diversidad étnica y cultural, en particular, si se sujetó a los principios de buena fe y de oportunidad.

En este sentido, pone de relieve la necesidad de evaluar a profundidad el proceso de consulta realizado de conformidad con el artículo 273 de la mencionada Ley 1450 de 2011, lo cual se impone además por la circunstancia de que el cambio en los mecanismos de regulación y control de la actividad minera, enfatizando en la prohibición y sanción de la minería informal o de hecho, supondría, *prima facie*, una vulneración del derecho a la confianza legítima, buena fé e igualdad de las comunidades afectadas por las normas demandadas que han venido realizando dicha actividad por largos periodos de tiempo.

(iv) Observa que la prohibición a nivel de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo o Ley 1450 de 2011, de la explotación minera por medio de dragas, minidragas, retroexcavadoras y otros artefactos, junto con la subsecuente penalización y otras medidas de carácter sancionatorio de dicha actividad, sin las distinciones y excepciones que pueden resultar necesarias para no afectar las actividades de las comunidades destinatarias de especial protección constitucional, además de la derogatoria de los mecanismos que consagraba la Ley 1382 de 2010 para la regularización y/o legalización de estas actividades, son normas que suponen una modificación sustancial de la legislación minera, que debe hacerse por vía del proceso legislativo ordinario, para no desconocer el principio democrático y la participación de las comunidades afectadas.

(v) Finalmente, en criterio de la Defensoría, es necesario que la Corte precise los alcances y consecuencias que la derogatoria de los artículos 12 y 30 de la Ley 1382 de 2010 -realizada por el artículo 276 (parcial) de la Ley 1450 de 2011-, tiene respecto de la declaratoria de inexecutable con efectos diferidos adoptada por medio de la

sentencia C-366 de 2011 respecto a las mismas disposiciones.

6. Intervención de la Universidad Javeriana

La Universidad Javeriana intervino dentro del presente proceso de constitucionalidad a través de la directora del Centro de Estudios en Derecho Constitucional de esa institución, para solicitar a la Corte que declare la inconstitucionalidad de las normas demandadas, con base en los siguientes argumentos:

(i) Observa que el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 es inconstitucional parcialmente, en lo referente a que el Gobierno pueda reglamentar la materia, ya que siendo una Ley Orgánica le corresponde este atributo al Congreso.

(ii) Así mismo, considera que el artículo 276 es igualmente inconstitucional por cuanto la Ley del Plan Nacional de Desarrollo no tiene la capacidad de ser derogatoria, sino de contemplar propósitos y objetivos nacionales a largo plazo. Encuentra igualmente que este artículo viola el debido proceso de las comunidades afectadas, por cuanto deroga el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, al ordenar rechazar las solicitudes para legalizar la minería con minigragas, y afirma que la Ley derogada tiene efecto por el tiempo que la Corte ha establecido, es decir dos años a partir de su expedición.

(iii) De otra parte, considera que no hubo consulta previa del Congreso o del Gobierno a las comunidades afectadas y se hizo caso omiso al plazo de dos años que la Corte estableció, y por consiguiente se está vulnerando el derecho fundamental al debido proceso, en cuanto *“nadie será juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”*, y también se está violando el bloque de constitucionalidad (art 93 CP) al desconocer lo consagrado en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

(iv) Afirma que en el artículo demandado 106 de la Ley 1450 de 2011, no se tiene en cuenta el derecho de las personas que pertenecen a una comunidad poblacional especial como las zonas mineras de comunidad negra. Por tanto, sostiene que la contravención de la Ley 1450 de 2011, en su artículo 106, es clara en contra del artículo 13 de la CP, por cuanto hay vulneración de la protección de la que deben gozar las minorías étnicas. A este respecto, aduce que esta vulneración afecta el bloque de constitucionalidad sustentado en el artículo 93 de la CP.

En conclusión, la universidad solicita declarar la inconstitucionalidad del artículo 106 y del inciso 3 del artículo 276 de la Ley 1450 de 2011.

7. Intervención Universidad de Ibagué

La universidad de Ibagué intervino dentro del presente proceso para solicitar a la Corte la declaratoria de inexequibilidad parcial de las normas demandadas, con base en los siguientes argumentos:

(i) Considera que el Estado tiene todas las facultades para regular el aprovechamiento de los minerales, es decir intervenir por vía normativa en el desarrollo de ciertas actividades, sin que esto signifique una vulneración al contenido esencial de la libertad de empresa o de la libertad de trabajo o de otras libertades y derechos de carácter económico reconocidos en la Constitución. Afirma que lo anterior significa sin duda una

restricción al ejercicio irrestricto de dichas actividades, pero en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, la Constitución permite un amplio poder de configuración al Legislador en relación con estas actividades sin que ello signifique que las libertades económicas ligadas a la actividad minera puedan ser abolidas, ni privadas de su función esencial, es decir en su contenido nuclear.

(ii) Por tanto, sostiene que la regulación contenida en el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 no es en sí misma inconstitucional, en razón a que no vulnera ninguna de las libertades de carácter económico reconocidas en la Constitución, sino que simplemente regula el uso de equipos mecánicos en actividades mineras que no cuenten con título minero inscrito en el Registro Minero. A este respecto, advierte que si bien este hecho significa que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 106, a partir de la vigencia de la Ley 1450 de 2011, no podrá seguir utilizándose equipo mecánico en la actividad minera, ésto no puede ser aducido de inconstitucional porque si bien la Ley 1832 de 2010 concedió el derecho de seguir realizando actividades mineras a aquellos cuyos trámites de solicitud de licencia minera se encontraban pendientes, este hecho no significa que una nueva ley no pueda prescribir disposiciones contrarias en el futuro.

(iii) Además, advierte que en el caso en concreto que se demanda, no existió la obligación de consulta previa a las comunidades afrodescendientes por parte del Estado, fijada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, razón por la cual, considera que una consulta previa no era necesaria para aprobar el contenido de los artículos 106 y 276 inciso 3 de la Ley 1450 de 2011, por cuanto ambos artículos regulan ámbitos generales de la actividad minera y en ningún caso legislan sobre aspectos específicos que pudieran afectar directa y exclusivamente a las comunidades afrodescendientes de Colombia.

(iv) De otra parte, encuentra que el inciso tercero del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 sí vulnera el debido proceso de las personas que al amparo de la Ley 1382 de 2010 hayan adelantado procesos de legalización de sus actividades mineras. A juicio de la universidad, se debe respetar el debido proceso a las comunidades que han solicitado el trámite de legalización de la actividad minera, el cual adelantaron bajo el amparo de una norma vigente. Observa que se debe presumir que estos solicitantes cumplieron con los requisitos y por ende presentaron los documentos y las pruebas con el objeto de demostrar lo que la ley establece, pruebas que deben ser valoradas por la autoridad correspondiente, la cual debe averiguar la verdad en torno a la actividad respecto de la cual se solicita su legalización en el marco de un debido proceso.

(v) En conclusión, la universidad solicita declarar la exequibilidad del contenido del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 PND, a excepción del inciso tercero de esta norma que debe ser declarada inexecutable por vulnerar el derecho al debido proceso consagrado en la Constitución Política. Así mismo, solicita declarar la exequibilidad del artículo 276 inciso 3 (parcial), debido a que éste no resulta ser contrario a ningún precepto constitucional.

8. Intervención Universidad del Rosario

La Universidad del Rosario intervino dentro del presente proceso de constitucionalidad para solicitar a la Corte declarar la exequibilidad por los cargos formulados del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, en la medida en que el Gobierno demuestre la manera en que realizó la consulta previa con las minorías étnicas. A este respecto, considera que los cargos formulados en contra del artículo 106 adolecen de falta de claridad, ya que la

demandante no señala los artículos violados por la disposición demandada, y que el único cargo, claramente delimitado, en contra de este artículo, es la declaratoria de inconstitucionalidad por la violación al deber de consulta previa a las minorías étnicas. Sostiene que en este caso, se debe demostrar la manera en que una norma general y abstracta puede afectar a las comunidades étnicas en concreto, y que los intervinientes, a nombre del Gobierno Nacional, deben mostrar a la Corte la manera en que realizaron la consulta previa al proyecto de Plan Nacional de Desarrollo.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, el Señor Procurador General de la Nación, mediante concepto 5257 del 23 de noviembre de 2011, solicitó a la Corte declarar exequibles los dos primeros incisos y el párrafo del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, e inexecutable el tercer inciso del artículo 106, y la expresión “*párrafo 2º del artículo 12 y el artículo 30 de la ley 1382 de 2010*”, contenida en el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011.

El problema jurídico que considera hay que resolver es si el artículo 106 y la expresión demandada del 276 de la Ley 1450 de 2011, vulneran lo dispuesto en los artículos 4, 13, 29, 93, 150-3 y 151 Superiores, y si los mismos, debieron someterse a consulta previa a las comunidades afrodescendientes. Para analizar este problema presenta las siguientes consideraciones:

(i) Menciona que en este tema existe el precedente de la sentencia C-366 de 2011, por medio de la cual la Corte declaró inexecutable la Ley 1382 de 2010, por haber omitido la consulta previa a los grupos indígenas y afrodescendientes.

(ii) Considera que tanto la prohibición establecida en el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, con ocasión del control a la explotación ilícita de minerales, como la derogatoria expresa del párrafo 2 del artículo 12 y del artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, hecha por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, guardan una relación directa y explícita con la vigencia de la Ley 1382 de 2010. La Vista Fiscal señala que esta relación hace que el precedente de la sentencia C-366 de 2011 sea relevante para considerar este caso.

(iii) Sostiene que el artículo 106 remite de manera expresa al artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, al cual se refiere también el mencionado artículo 276. El artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, al hacer parte de la Ley 1382 de 2010, fue declarado inexecutable por la Corte en la sentencia C-366 de 2011, con un efecto diferido, que empieza a partir del día siguiente a cumplirse dos años, contados a partir de la fecha de expedición de esa sentencia. En criterio del Ministerio Público, si bien se trata de una norma inconstitucional, respecto de la cual no sería posible hacer derogatorias, sean expresas o tácitas, ni establecer prohibiciones, es indudable que al haberse diferido los efectos de la inconstitucionalidad, pese a todo la norma se encuentra vigente en este momento.

(iv) Advierte por tanto, que la expresión demandada del artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, deroga una norma inconstitucional vigente en el momento, valga decir, van en contra de la modulación que en su momento hizo la Corte en una sentencia con efectos vinculantes *erga omnes*. Por tal motivo, el Ministerio Público solicitó a la Corte que declare inexecutable esta expresión.

(v) En cuanto a la prohibición contenida en el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, observa que no todo su contenido está relacionado con la Ley 1382 de 2010. En efecto, solo el inciso tercero del artículo en comento alude a esa ley. Por lo tanto, el contenido de sus dos primeros incisos y de su párrafo, en cuanto hacen referencia al uso de equipos mecánicos en actividades sin título minero, a la imposición de sanciones por tal uso, y a las medidas adecuadas para reorganizar los municipios que en realidad explotan oro y para sancionar a los municipios usurpadores en esta materia, así como para indemnizar a los municipios afectados por minería ilegal, no parecen al Ministerio Público que sean contrarios a la Carta. Lo anterior, en razón a que la minería ilegal produce unas graves consecuencias ambientales, de orden público, laborales, fiscales y sociales, lo cual no puede pretender hallar cobijo en el ordenamiento superior. Afirma por tanto, que el que la Corte en la sentencia C-366 de 2011 haya declarado inexecutable el Código de Minas, no implica que la minería ilegal se torne *per se* en una actividad acorde con el ordenamiento jurídico. Por lo anterior, el Ministerio Público solicitó a la Corte que declare executable los dos primeros incisos y el párrafo del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011.

(vi) En relación con el inciso tercero del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, el cual dispone el rechazo de plano de solicitudes para legalizar minería con minidragas, a las que alude el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, la Vista Fiscal reitera lo dicho respecto de la expresión demandada del artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, en cuanto a que si bien se trata de una norma declarada inexecutable, merced a la decisión de diferir los efectos de dicha inexecutable por parte de la Sentencia C-366 de 2011, en este momento se encuentra vigente. En consecuencia, sostiene que el establecer el rechazo de plano de una solicitud hecha con fundamento en una ley vigente, aunque sea inexecutable, no parece ajustarse al respeto debido a la decisión vinculante de la Corte. Por lo tanto, el Ministerio Público solicitó a la Corte que declarara la inexecutable de ese inciso, en razón a que las solicitudes deberán ser estudiadas y resueltas con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente, esto es, de manera motivada y no rechazadas de plano.

(vii) Con fundamento en todo lo expuesto, la Vista Fiscal solicitó a la Corte que declarara executable los dos primeros incisos y el párrafo del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, e inexecutable el tercer inciso de este artículo y la expresión “*párrafo 2º del artículo 12 y el artículo 30 de la ley 1382 de 2010*”, contenida en el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las expresiones acusadas hacen parte de una ley, en este caso, de la Ley 1450 de 2011.

Sin embargo, debe precisarse si la Corte es competente para pronunciarse específicamente en relación con el inciso tercero del artículo 106 y la expresión demandada del artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, ya que estas disposiciones versan sobre normas de la Ley 1382 de 2010 –artículos 12 y 30 de esa ley- que fueran

declaradas inexecutable con efectos diferidos mediante la Sentencia C-366 de 2011. Así, si bien la Ley 1382 de 2010 fue declarada inexecutable por la Sentencia C-366 de 2011, expedida el once (11) de mayo de 2011, dicha inconstitucionalidad se declaró con efectos diferidos en el tiempo, por el término de dos años contados a partir de la expedición de la sentencia en mención, de manera que las disposiciones a las que remiten o hacen referencia las normas ahora demandadas de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, se encuentran todavía vigentes y produciendo efectos jurídicos, y lo estarán hasta dos años contados a partir del once (11) de mayo del 2011, tiempo durante el cual, el Congreso debe regular de manera integral lo concerniente al Código de Minas.

Por consiguiente, la Sala concluye que esta Corporación es plenamente competente para conocer de los preceptos normativos ahora demandados, a pesar de que su contenido se refiere parcialmente a normas que fueron declaradas como inconstitucionales mediante la Sentencia C-366 de 2011, ya que dicha inconstitucionalidad se decidió con efectos diferidos en el tiempo. Lo anterior implica que no solo la Ley del Plan Nacional de Desarrollo podía remitirse o referirse a la normatividad de la Ley 1382 de 2011, en este caso a los artículos 12 y 30 de esa ley, sino que la Corte tiene plenas facultades para entrar a pronunciarse de fondo sobre su constitucionalidad, por tratarse de unas disposiciones que remiten a unos preceptos que todavía se encuentran vigentes, que hacen parte del ordenamiento jurídico y que están produciendo efectos jurídicos.

2. Asunto bajo revisión

2.1 El libelo argumenta que los artículos demandados de la Ley 1450 de 2011 son violatorios de los artículos 4, 13, 29, 93, 150 y 151 de la Constitución Política, por cuanto (i) vulneran el principio de igualdad y debido proceso –art. 13 y 29 CP- de las comunidades negras, al transgredir los derechos relacionados con las actividades mineras tradicionales de una comunidad poblacional con protección constitucional especial, y al desconocer los procesos y trámites fijados por la Ley 1382 de 2010 para la legalización de la pequeña minería, minería informal y tradicional; (ii) desconocen el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas de conformidad con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, y que hace parte del bloque de constitucionalidad; y (iii) violan los artículos 150 y 151 Superiores, al desbordar el ámbito de competencia y extralimitar las facultades del Ejecutivo, al derogar, modificar o reformar leyes ordinarias a través de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, que tiene el status de ley orgánica, lo cual no debe ser objeto del Plan Nacional de Desarrollo, sino de la legislación ordinaria.

2.2 Los Ministerios de Minas y Energía, de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y el Departamento Nacional de Planeación, solicitaron a la Corte la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas, y por tanto denegar las pretensiones de la presente demanda y declarar ajustados a la Constitución Política los artículos 106 y 276 inciso 3 (parcial) de la Ley 1450 de 2011, al considerar que (i) no violan el derecho a la igualdad de las comunidades afrodescendientes, sino que contienen regulaciones generales dirigidas a toda la población, sin contener discriminación alguna por las razones definidas en el artículo 13 CP; (ii) que el Legislador goza de un amplio margen de configuración legislativa en materia minera, de manera que puede determinar las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables, de conformidad con los artículos 150 y 360 CP; (iii) que no se está irrespetando la normatividad especial

establecida para los grupos étnicos, consagrada en el capítulo XVI de la Ley 685 de 2001 en sus artículos 121 y siguientes; (iv) que lo que hace el artículo 106 es prohibir en todo el territorio nacional la utilización de dragas, minidragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos en las actividades mineras sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional, y lo que hace el artículo 276 es derogar las disposiciones que le sean contrarias, específicamente el parágrafo 2 del artículo 12 y el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, lo cual no atenta contra los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, grado de afectación que por lo demás no se demuestra en la demanda; (v) que por no afectar directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, estas disposiciones no requerían de consulta previa; (vi) que el cargo por violación de los artículos 150 y 151 no debe prosperar, por cuanto la demandante yerra al considerar que la Ley del Plan Nacional de Desarrollo no es una ley ordinaria; (viii) que no puede existir consulta previa para preservar una actividad ilegal atentatoria contra el medio ambiente sano y para preservar unas conductas ilegítimas, y que lo que buscan los artículos en discusión, es evitar una practica ilegal, garantizar la no explotación en términos industriales, lo cual no afecta la diversidad étnica y cultural; (ix) que en todo caso, el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, expedido por la Ley 1450 de 2011, puso a consideración de las minorías el documento que de manera general establece los objetivos y metas de mediano y largo plazo, o bases del Plan, y que este proceso de consulta focalizada, abarcó cada uno de los pueblos tribales residentes en el país; y (x) que no se ha presentado vulneración alguna al derecho constitucional del debido proceso, con motivo de las normas demandadas, ya que la vulneración de este derecho hace referencia a la existencia de irregularidades formales que afectan los procedimientos consagrados por la ley.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó a la Corte la inhibición por carencia actual de objeto, al encontrar que el procedimiento que la actora aduce violado, hace parte de una norma que fue declarada inconstitucional en su totalidad por ausencia de consulta previa mediante la Sentencia C-366 de 2011, situación que en su concepto pone de presente la carencia material de objeto, pues el Legislador solamente derogó una norma que la Corte encontró contraria al ordenamiento, razón por la cual la Corte debe declararse inhibida para fallar.

La Defensoría del Pueblo intervino para solicitar a la Corte que adelante un juicio de constitucionalidad en el que (i) tenga en cuenta si se cumplió con la consulta previa a las comunidades étnicas, de conformidad con los parámetros, criterios y requisitos fijados por el artículo 330 CP y la jurisprudencia constitucional en la materia, y de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT; (ii) analice la posible afectación de los derechos asociados a la minería tradicional de las comunidades afrodescendientes; y (iii) determine el alcance de las disposiciones derogatorias del artículo 276 de 2011, teniendo en cuenta los efectos de la inexecutable diferida de la sentencia C-366 de 2011.

La Universidad Javeriana solicitó a la Corte declarar la inexecutable de las normas demandadas, ya que considera que (i) el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 es inconstitucional, ya que no tiene en cuenta el derecho que tienen las personas que pertenecen a una comunidad poblacional especial como las zonas mineras de comunidad negra. Así mismo, considera que este artículo es igualmente inconstitucional en lo referente a que el Gobierno pueda reglamentar la materia, ya que siendo una Ley Orgánica le corresponde este atributo al Congreso. (ii) De otra parte, observa que el artículo 276 es inconstitucional por cuanto la Ley del Plan Nacional de Desarrollo no

tiene la capacidad de ser derogatoria, sino de contemplar propósitos y objetivos nacionales a largo plazo. Igualmente, encuentra que este artículo viola el debido proceso de las comunidades afectadas, por cuanto deroga el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, al ordenar rechazar las solicitudes para legalizar la minería con minigragas, y afirma que la Ley derogada tiene efecto por el tiempo que la Corte ha establecido, es decir dos años. (iii) Finalmente, considera que no hubo consulta previa del Congreso o del Gobierno a las comunidades afectadas, lo cual afecta el bloque de constitucionalidad sustentado en el artículo 93 de la CP, y se hizo caso omiso al plazo de dos años que la Corte estableció en la sentencia C-366 de 2011.

La Universidad de Ibagué intervino para solicitar declarar la exequibilidad del contenido del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 PND, a excepción del inciso tercero de esta norma que considera debe ser declarada inexecutable por vulnerar el derecho al debido proceso consagrado en la Constitución Política, y declarar la exequibilidad del artículo 276 inciso 3 (parcial), debido a que éste no resulta ser contrario a ningún precepto constitucional.

La Universidad del Rosario solicitó a la Corte declarar la exequibilidad por los cargos formulados del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, siempre y cuando el Gobierno demuestre la manera en que realizó la consulta previa con las minorías étnicas.

2.3 El Procurador General de la Nación solicitó a la Corte declarar exequibles los dos primeros incisos y el párrafo del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, e inexecutable el tercer inciso de ese artículo y la expresión “*párrafo 2º del artículo 12 y el artículo 30 de la ley 1382 de 2010*”, contenida en el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011.

Sostiene que la expresión demandada del artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, deroga una norma inconstitucional vigente en el momento, lo cual va en contra de la modulación que en su momento hizo la Corte en la sentencia C-366 de 2011, con efectos vinculantes *erga omnes*, razón por la que solicitó a la Corte que declare inexecutable esta expresión.

En relación con la prohibición contenida en el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, afirma que sus dos primeros incisos y su párrafo, en cuanto aluden al uso de equipos mecánicos en actividades sin título minero, a la imposición de sanciones por tal uso, y a las medidas adecuadas para reorganizar los municipios que en realidad explotan oro y para sancionar a los municipios usurpadores en esta materia, así como para indemnizar a los municipios afectados por minería ilegal; no son contrarios a la Carta, ya que la minería ilegal genera graves consecuencias ambientales, de orden público, laborales, fiscales y sociales, razón por la cual no puede pretender hallar cobijo en el ordenamiento Superior. Por lo anterior, el Ministerio Público solicitó a la Corte que declare exequibles los dos primeros incisos y el párrafo del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011.

Finalmente, en cuanto al inciso tercero del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, que dispone el rechazo de plano de solicitudes para legalizar minería con minidragas, a las que alude el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, la Vista Fiscal solicitó a la Corte que declare la inexecutable de ese inciso, en razón a que las solicitudes deberán ser estudiadas y resueltas con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente, esto es, de manera motivada y no rechazadas de plano.

3. Problema Jurídico y esquema de resolución

El problema jurídico que la Sala debe resolver en esta oportunidad, es si el artículo 106 y la expresión demandada del 276 de la Ley 1450 de 2011, vulneran la obligación de realizar consulta previa a las comunidades étnicas, de conformidad con los artículos 330 y 93 Superiores, y el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT; así como los derechos a la igualdad y al debido proceso, de conformidad con los artículos 13 y 29 Superiores.

Para resolver este problema jurídico, la Corte reiterará su jurisprudencia en relación con (i) la propiedad y explotación minera en Colombia; (ii) el debido proceso administrativo; (iii) la consulta previa a las comunidades étnicas, especialmente la consulta previa respecto de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo; para posteriormente (iv) entrar a analizar la constitucionalidad de las normas demandadas de la Ley 1450 de 2011.

4. Jurisprudencia en relación con la propiedad y explotación minera en Colombia

En reciente pronunciamiento² la Corte hizo un recuento jurisprudencial en relación con la propiedad y explotación minera en Colombia, reglas jurisprudenciales que se reiteran en esta nueva oportunidad:

(i) Los artículos 332, 334, 360 y 80 de la Constitución Política, consagran: (a) la propiedad del Estado del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos de conformidad con las leyes preexistentes; (b) la facultad de intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales y uso del suelo, así como la planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales; (c) el deber del Estado de conservación de los recursos naturales no renovables, y el derecho sobre los recursos económicos o regalías que se deriven de su explotación, así como la facultad para conceder derechos especiales de uso sobre esos recursos, a través de concesiones;³ (d) el concepto de Estado como propietario de los recursos naturales no renovables, el cual comprende el conjunto de todas las autoridades públicas, a todos los colombianos y a todas las entidades territoriales;⁴ (e) la amplia libertad de configuración del Legislador, que es quien debe determinar, por disposición de la Carta, las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos⁵.

(ii) De otra parte, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades en relación con la figura jurídica de la concesión para el uso y explotación de recursos naturales no renovables, como el agua, los metales preciosos o las salinas⁶, encontrando que el otorgamiento de concesiones para la explotación de recursos naturales, de conformidad con el conjunto de las disposiciones constitucionales y legales que le son aplicables, tiene un claro sustento constitucional.⁷

² Ver la Sentencia C-983 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ Consultar la Sentencia C-029 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Ver sentencias C-580 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-128 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, C-402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, C-447 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-299 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz, y C-2561 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Sobre sentencias de constitucionalidad relacionadas con leyes aprobatorias de tratados internacionales sobre la materia ambiental se encuentran, entre otras: C-519 de 1994.M.P. Vladimiro Naranjo Mesa (Convenio sobre la Diversidad Biológica), C-200 de 1999.M.P. Carlos Gaviria Díaz (Convenio Internacional de Maderas Tropicales), C-671 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería (Enmienda al Protocolo de Montreal).

⁶ Ver, entre otras, las sentencias T-379 de 1995, C-028 de 1997 y C-647 de 1997, y C-126 de 1998.

⁷ Ver las Sentencias C-250 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara, C-029 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y Sentencia C-126 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

Igualmente, en relación con los contratos de concesión, la Corte ha encontrado que la extinción de los derechos derivados de la concesión procede exclusivamente por la vía judicial o por la vía administrativa.⁸ Así mismo, en punto al tema de los procedimientos previstos para los contratos de concesión minera, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en relación con el procedimiento gubernativo para la celebración de estos contratos, y los aspectos procedimentales del mismo.⁹ Sobre este asunto, ha analizado igualmente el requisito de registro de estos contratos, contenido en el artículo 332 del código de minas, sosteniendo que se trata de un trámite útil, desde el punto de vista administrativo, y exequible, desde el punto de vista constitucional, el cual garantiza la oponibilidad de los mismos frente a terceros.¹⁰

(iii) Ahora bien, esta Corporación ha puesto de relieve la amplia libertad de configuración que le compete al Legislador en relación con la determinación de las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables, de conformidad con el inciso 1º del artículo 360 de la Constitución Política. A este respecto, ha sostenido que el artículo 360 superior, en armonía con la cláusula general de competencia legislativa, contenida en el artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución Política, le confiere al Legislador, una amplia facultad de configuración legislativa con el fin de que determine las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Así, en relación con la explotación de recursos naturales no renovables, la Corte se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia sobre la amplia potestad regulativa del Legislador para decidir lo concerniente a éste ámbito, incluyendo las rentas generadas por la explotación de los recursos naturales no renovables y la participación de las entidades territoriales en ellas.¹¹

No obstante lo anterior, este Tribunal ha sostenido igualmente que la libertad de configuración del Legislador en esta materia no es absoluta, sino que se encuentra limitada por criterios de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas. De esta manera, al tratarse de un ámbito en donde le compete al Legislador un amplio margen de regulación, el control de constitucionalidad que adelante la Corte, debe llevarse a cabo atendiendo esta amplia libertad, de manera que *“solo en aquellos casos en los cuales se evidencie una irrazonabilidad manifiesta en las medidas adoptadas por el Legislador, o que la medida sea desproporcionada, o afecte manifiestamente derechos fundamentales, o vulnere prohibiciones constitucionales específicas, la medida pueda llegar a ser declarada inconstitucional.”*^{12, 13}

En este mismo sentido, ha sostenido esta Corporación que en virtud de los artículos 150 y 360 de la Constitución Nacional, *“normas superiores contentivas de la cláusula general de competencia legislativa y de la competencia expresa y específica del Legislador para expedir la normatividad que fije las condiciones para la explotación de recursos naturales no renovables, ...es claro que es el Legislador quien se encuentra*

⁸ Sentencia C-029 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹ Ver sentencia C-891 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ver sentencias C-691 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-221 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-541 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-845 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y sentencia C-2561 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

¹² A este respecto ver sentencias C-1548 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y C-2561 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

¹³ Sentencia C-2561 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

expresamente facultado por la Carta para expedir la normatividad minera y las demás reglas que, de una u otra forma, se relacionen con la explotación de dichos recursos. En punto a este tema, la Sala destaca la relevancia que tiene para la regulación sobre las condiciones de explotación de los recursos naturales no renovables, la determinación de los trámites, procedimientos, formas y requisitos necesarios para la explotación de dichos recursos, así como de los procesos necesarios con el fin de lograr la formalización y legalización de la explotación tradicional de recursos naturales no renovables o mineros” (Resalta la Sala).

Así, de una interpretación sistemática de los artículos 150 y 360 Superiores, la Sala reitera en esta nueva oportunidad, la amplia potestad regulativa del Legislador para determinar las condiciones y requisitos para la explotación de los recursos naturales no renovables, de tal manera, que el control ejercido por el juez constitucional debe ser respetuoso de esta competencia regulatoria, y sólo en casos de manifiesta irrazonabilidad o de afectación desproporcionada del núcleo esencial de otro derecho fundamental, podría el juez constitucional declarar inexecutable una medida tomada por el Legislador en este ámbito.

(iv) Finalmente, en relación con la explotación de los recursos naturales no renovables, esta Corporación se ha pronunciado de manera amplia y reiterada en relación con el impacto ambiental de dicha explotación, la protección del medio ambiente y la biodiversidad, las zonas excluidas de la minería y de minería restringida, y la protección constitucional de las comunidades étnicas. Sobre este último tema, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado específicamente en relación con (i) los recursos naturales existentes en sus territorios, de conformidad con los artículos 7, 70 y 330 superiores, (ii) el derecho de estas comunidades de velar por la preservación de los recursos naturales; (iii) las zonas mineras de las comunidades étnicas; (iv) el derecho de participación de estas comunidades en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios indígenas,¹⁴ mediante el mecanismo de consulta previa, en concordancia con el Convenio 169 de 1989 de la OIT adoptado por la Conferencia General de ese organismo, y aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991; y (v) la importancia del reconocimiento y protección de la minería tradicional así como de los procesos de legalización de la misma.

5. El derecho fundamental al debido proceso administrativo de conformidad con el artículo 29 Superior

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, de conformidad con el cual “*toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*” deben desarrollarse con respeto de las garantías inherentes al derecho fundamental del debido proceso. De conformidad con el texto constitucional, el debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende también a todas las actuaciones, procedimientos y procesos administrativos que aparejen consecuencias para los administrados.

5.1 En primer lugar, esta Corporación ha recabado en que el derecho fundamental al debido proceso se encuentra protegido en normas de derecho internacional y consagrado en instrumentos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos – art. 10 y

¹⁴ Ver al respecto las sentencias T-380 de 1993, SU-039 de 1997, T- 652 y SU-510 de 1998; y las sentencias C-418 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis, C-339 y C-891 de 2002, ambas M.P. Jaime Araújo Rentarías, C-620 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

11-, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre – art. XVIII y XXVI-, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) –art.14 y 15-, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –art.8-, y ha sido desarrollado por la jurisprudencia de órganos internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha establecido que el principio del debido proceso se aplica también a los procedimientos de carácter civil y administrativo, jurisprudencia que esta Corte ha reconocido constituye un pauta hermenéutica relevante en el proceso de interpretación, aplicación y determinación del alcance¹⁵.

5.2 La jurisprudencia de esta Corporación también se ha pronunciado de manera pacífica y consolidada acerca del contenido, elementos y características del derecho al debido proceso, el cual es considerado uno de los pilares fundamentales del Estado Social y constitucional de Derecho. Entre los elementos más importantes del debido proceso, esta Corte ha destacado: (i) la garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de lograr una pronta resolución judicial; (ii) la garantía de juez natural; (iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) la garantía de imparcialidad; entre otras garantías.¹⁶

5.3 En materia administrativa, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que los principios generales que informan el derecho fundamental al debido proceso se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en el cumplimiento de sus funciones y realización de sus objetivos y fines, de manera que se garantice: (i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados. Todas estas garantías se encuentran encaminadas a garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos de los ciudadanos, con el fin de evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la administración a través de la expedición de actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho.¹⁷ Igualmente, esta Corporación ha sostenido que estas garantías inherentes al debido proceso administrativo constituyen un contrapeso al poder del Estado en las actuaciones que desarrolle frente a los particulares.¹⁸

De otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha expresado que de la aplicación del principio del debido proceso administrativo se derivan consecuencias importantes, tanto para los asociados, como para la administración pública. Desde la perspectiva de los asociados, de este derecho se desprenden las garantías de (i) conocer las actuaciones de la administración; (ii) pedir y controvertir las pruebas; (iii) ejercer con plenitud su derecho de defensa; (iv) impugnar los actos administrativos, y (v) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio.

En lo que respecta a la administración, todas las manifestaciones del ejercicio de la función pública administrativa se encuentran cobijadas por el debido proceso, tales como

¹⁵ A este respecto ver las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003, T-786 de 2003 y C-1189 de 2005, entre otras.

¹⁶ Ver entre otras las sentencias T-001 de 1993, T-345 de 1996, C-731 de 2005. Sobre el debido proceso administrativo, ver, entre otras, las sentencias SU-250 de 1998, C-653 de 2001, C-506 de 2002, T-1142 de 2003, T-597 de 2004, T-031, T-222, T-746, C-929 de 2005 y C-1189 de 2005.

¹⁷ Sobre estos temas consultar entre otras las sentencias T-442 de 1992, T-120 de 1993, T-020 y T-386 de 1998, T-1013 de 1999, T-009 y T-1739 de 2000, T-165 de 2001, T-772 de 2003, T-746 de 2005 y C-1189 de 2005.

¹⁸ Ver sentencias T-391 de 1997 y T-196 de 2003, entre otras.

(i) la formación y ejecución de actos administrativos; (ii) las peticiones presentadas por los particulares; y (iii) los procesos que se adelanten contra la administración por los ciudadanos en ejercicio legítimo de su derecho de defensa.¹⁹

Finalmente, es de acotar que el principio del debido proceso administrativo cobra una especial relevancia constitucional cuando se trata del desarrollo de la facultad sancionadora de la administración pública. De esta manera, cuando la Carta consagra el debido proceso administrativo, reconoce implícitamente la facultad que corresponde a la Administración para imponer sanciones. En punto a este tema, la jurisprudencia constitucional ha expresado que la potestad sancionadora de la Administración persigue: (i) la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública, de conformidad con el artículo 209 de la Carta, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; (ii) se diferencia de la potestad sancionadora por la vía judicial; (iii) se encuentra sujeta al control judicial; y (iv) debe cumplir con las garantías mínimas del debido proceso.²⁰

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

Esta Corporación ha desarrollado una amplia, pacífica y consolidada jurisprudencia²¹ en torno al tema del derecho a la consulta previa de medidas legislativas o administrativas a las comunidades étnicas, indígenas y afrodescendientes. En esta nueva oportunidad, la Sala realizará una síntesis de las reglas jurisprudenciales en esta materia:

(i) La consulta previa se fundamenta en el principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de conformidad con el artículo 40 Superior,²² que en el caso de las comunidades indígenas y afrodescendientes cobra un significado distinto y reforzado, en virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el pluralismo jurídico, el reconocimiento de estas étnias como *comunidades diferenciadas* y autónomas.²³

(ii) La garantía y reconocimiento de la diversidad de las comunidades tradicionales tiene sustento constitucional en razón de los expresos mandatos previstos por la Carta, tales como el artículo 7 Superior, que incorpora el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, el artículo 330 de la Constitución Política, que dispone que los territorios indígenas estarán gobernados por sus autoridades tradicionales, conformadas y reglamentadas según sus usos y costumbres.²⁴

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ver sentencia C-506 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²¹ Ver al respecto la sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, mediante la cual se declaró la inexecutable de la Ley 1152 de 2007 – Estatuto de Desarrollo Rural, fundamentada en la vulneración del derecho de consulta previa; la sentencia C-063 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, en la cual se declaró exequible la norma de la Ley 1122 de 2007 que regula la libre elección de los afiliados al régimen subsidiado de salud, frente al cargo de desconocimiento de los derechos diferenciados de las comunidades indígenas y la posibilidad correlativa que accedan a las empresas promotoras administradas por ellas; la sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Mediante esta última sentencia, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 1151 de 2007, “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo*”, en el entendido que “*se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida en el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello en la jurisprudencia constitucional.*”

²² Sentencia C-175 de 2009.

²³ Sentencia C-063 de 2010.

²⁴ Ver la sentencia C-175 de 2009.

Estas disposiciones se encuentran complementadas con normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos.

(iii) El derecho de consulta previa que le asiste a las comunidades nativas se fundamenta en el derecho de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un *derecho fundamental* susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.²⁵

Así, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las comunidades indígenas y afrodescendientes deben contar con los espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que incidan en sus intereses, con el fin de evitar la implementación de políticas públicas que erosionen su identidad.²⁶

(iv) Como parte de los instrumentos constitucionales consagrados en la Carta Política para garantizar la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan, se encuentran: (a) la conformación de las entidades territoriales con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (art. 329 C.P.); (b) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos; y (c) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Para ello, el Gobierno deberá propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (art. 330, parágrafo C.P.).

(v) La participación de las comunidades diferenciadas en las decisiones que las afectan, tiene igualmente fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo “*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”, incorporado al ordenamiento jurídico interno por la Ley 21 de 1991, que hace parte del bloque de constitucionalidad y tiene carácter vinculante²⁷. Con fundamento en este Convenio esta Corporación ha identificado la existencia de un derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas.

²⁵ Ver sentencia C-030 de 2008.

²⁶ Consultar la sentencia C-715 de 2009.

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

Ha sostenido que este Convenio se encuentra dirigido a “(i) lograr las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; y (ii) superar esquemas predominantes en muchas partes del mundo, en que dichos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”.²⁸

La Corte ha reconocido también que la consulta previa es el instrumento que “*mayor impacto ha tenido en la jurisprudencia constitucional sobre participación de las minorías étnicas ... , al punto de ser reconocido por la jurisprudencia examinada en este apartado como un verdadero derecho constitucional de las comunidades tradicionales*”. El derecho a la consulta previa encuentra sustento en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, precepto que consagra la obligación de los gobiernos de garantizar la participación de las minorías étnicas en los asuntos que los afectan.

(vi) A partir del reconocimiento del derecho a la consulta previa, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado los siguientes ejes temáticos: (a) diferenciación entre la participación general de los representantes de las comunidades étnicas y la participación específica a través de la consulta previa; (b) identificación de las medidas legislativas que deben ser objeto de consulta previa a las comunidades diferenciadas; (c) previsión de los requisitos y etapas que debe cumplir el procedimiento de consulta, a fin que resulte compatible con los parámetros constitucionales; e (d) identificación de las consecuencias del desconocimiento del derecho de consulta previa.²⁹

(vii) En cuanto a la diferenciación entre la participación general de los representantes de las comunidades étnicas y la participación específica a través de la consulta previa, la Corte ha precisado que la primera de ellas, se puede llevar a cabo de manera general, sin perjuicio del reconocimiento de la identidad diferenciada de dichas comunidades, lo que exige que esta participación se realice a través de mecanismos concretos y adecuados, que resulten compatibles con las particularidades de esa identidad, a través de medidas tales como la asignación de curules especiales en las corporaciones públicas.³⁰ La segunda modalidad de participación específica de las comunidades étnicas, hace relación a su participación en la toma de decisiones que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, a través de un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades, como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad diferenciada.

(viii) Especial atención le ha merecido a la jurisprudencia constitucional el tema relativo a la identificación de las medidas legislativas y administrativas que deben someterse al procedimiento de consulta previa. A este respecto, la Corte ha explicado que existen varios elementos a tener en cuenta: (a) en primer lugar, la afectación directa de las medidas ha adoptarse para las comunidades étnicas. En este sentido, ha explicado que en armonía con lo consagrado por el Convenio 169 de la OIT, “*la consulta previa es imperativa respecto de aquellas medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes*”. En forma contraria, las políticas generales que afecten a toda la población y que no incidan directamente en las

²⁸ Sentencia C-366 de 2011.

²⁹ Ver sentencia C-030 de 2008 y C-366 de 2011.

³⁰ Consultar las sentencias C-030 de 2008 y SU-383 de 2003.

comunidades diferenciadas, no están sujetas a consulta; (b) en segundo lugar, ha sostenido que una manera de determinar si afecta de manera directa a las comunidades, es establecer si se trata de temas definidos previamente por el convenio, o de temas que tengan una relación intrínseca con su identidad como comunidad étnica o un “*vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes*”³¹; (c) en tercer lugar, la jurisprudencia constitucional ha identificado *prima facie*, algunos temas que por su propia naturaleza se encuentran en conexión intrínseca con la supervivencia, la identidad y la cultura de las comunidades étnicas, tales como el tema del territorio o de tierras, la explotación de recursos naturales en las zonas donde se ubican o residen estas comunidades, la protección del grado de autonomía que la Constitución les reconoce a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la conformación y delimitación del gobierno de estas comunidades y de su relación con los gobiernos locales y regionales, de conformidad con los artículos 329 y 330 C.P.. Estos temas, por constituir asuntos neurálgicos y ser de vital importancia para estas comunidades, deben someterse a consulta previa.³²

(ix) De otra parte, la Corte ha precisado que el método para la determinación de temas que afecten a las comunidades étnicas, es casuístico, esto es, se debe esclarecer y determinar *en cada caso en concreto* cuáles son las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, de manera que en concreto se evalúe qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico.

(x) La jurisprudencia ha señalado entonces tres escenarios en los que procede la consulta previa por afectación directa de las comunidades étnicas: “(i) *cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.*”³³

(xi) En cuanto a las condiciones y etapas de la consulta previa, la Corte ha resaltado que de conformidad con las pautas generales fijadas por el Convenio 169 de la OIT, este proceso (a) debe adelantarse de buena fé; (b) a través de formas y medios de comunicación efectivos con las comunidades étnicas; (c) de una manera idónea, apropiada y adecuada a las circunstancias con el fin de alcanzar un acuerdo respecto de las medidas ha adoptar; (d) debe respetar los parámetros constitucionales relativos a la participación de las comunidades étnicas; (e) no puede consistir en simples trámites administrativos por parte de las autoridades o en meros requisitos formales, sino que debe ser “*un proceso sustantivo de raigambre constitucional*”³⁴; (f) debe garantizarse a las comunidades afectadas la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o

³¹ Consultar la sentencia C-175 de 2009, reiterado en Sentencias C-030 de 2008 y C-366 de 2011.

³² Ver Sentencia C-366 de 2011.

³³ Sentencia C-366 de 2011.

³⁴ sentencia C-175 de 2009.

administrativas del caso; (g) no puede ser extemporáneo a las medidas adoptadas, de manera que por ejemplo, respecto de medidas legislativas, debe llevarse a cabo este procedimiento, antes de radicar el proyecto de ley con el fin de que se garantice una participación efectiva de las comunidades étnicas; (h) no debe entenderse como un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y las tradicionales, ni como un proceso adversarial,³⁵ sino como uno de participación activa de éstas últimas en decisiones que las afectan de manera directa, de forma que tampoco implica un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas por parte de las comunidades étnicas; (i) es posible que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación, si así lo estiman pertinente; (j) debe realizarse sobre la base del reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en ellos; (k) debe estar precedido de un trámite *preconsultivo*, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo; y (l) debe realizarse un ejercicio de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados.³⁶

(xii) Finalmente, en relación con las consecuencias del incumplimiento del procedimiento de consulta previa, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que esto implica (a) la vulneración de un derecho constitucional, y (b) la producción de efectos sustanciales para las medidas de que se trate, tales como “(i) *la declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente, al oponerse al derecho de consulta previa; o, cuando ello resulte posible (ii) la exequibilidad condicionada del precepto, que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas.*”³⁷

7. Consulta Previa de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo

La jurisprudencia de esta Corte, se ha manifestado igualmente en relación con la consulta previa específicamente respecto de las leyes de los Planes Nacionales de Desarrollo.³⁸ En este sentido, se ha referido a la especial naturaleza de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo y de su proceso de formación frente al deber de realización de consulta previa. Así, ha explicado que la Ley contentiva del Plan Nacional de Desarrollo, “*por mandato del artículo 339 de la Constitución, está conformada por dos partes distintas, una general, y un plan de inversiones de las entidades públicas nacionales.*” Así mismo, precisó que la Ley del Plan Nacional de Desarrollo tiene niveles distintos de generalidad, y que “*específicamente en la parte constitutiva del Plan Nacional de Inversiones Públicas, ha de examinarse cada uno de los programas, proyectos y presupuestos plurianuales que lo conforman, para efectos de establecer si tal programa, proyecto o presupuesto plurianual tendrá una incidencia directa y específica sobre los grupos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país, de conformidad con los criterios trazados en la sentencia C-030 de 2008 y reiterados en la presente providencia – es decir, si cada programa, proyecto o presupuesto plurianual individualmente considerado constituye una de las medidas “susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas*

³⁵ Ver sentencia C-461 de 2008.

³⁶ Ver Sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009 y C-366 de 2011.

³⁷ Consultar la Sentencia C-366 de 2011, ver también las sentencias C-461 de 2008 y C-063 de 2010.

³⁸ Ver Sentencia C-461/08, en donde la Corte conoció de la Ley 1151 de 2007, contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.

*disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”.*³⁹

En cuanto al proceso de formación de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, de conformidad con lo establecido en los artículos 340 y 341 Superiores, y la existencia del Consejo Nacional de Planeación, en el cual se encuentran representadas las comunidades étnicas del país, la Corte ha explicado que si bien el Consejo Nacional de Planeación cumple una función trascendental dentro del proceso de formulación de este instrumento, más aún, teniendo en cuenta que las comunidades étnicas tienen asiento en dicho Consejo; este mecanismo de participación “*no supe el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos concretos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica*”, teniendo en cuenta las importantes diferencias que a nivel constitucional existen entre la *representación* y la *participación*, como distintas expresiones del principio democrático.

En este sentido, esta Corporación ha concluido que existe el deber de realizar una consulta previa a las comunidades étnicas respecto de cada uno de los proyectos individuales, que les afectarán de manera directa y específica y que hacen parte del Plan Nacional de Desarrollo, la cual debe adelantarse de manera integral y con pleno cumplimiento de los requisitos y exigencias constitucionales fijadas por la jurisprudencia constitucional. Sobre este tema, manifestó la Corte:

“5.4. Una lectura detenida de las distintas disposiciones contenidas en la Ley 1151 de 2007 revela que éstas prevén varios proyectos susceptibles de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes que residen en las zonas donde estos habrán de ser ejecutados. En efecto, varios proyectos y programas incluidos dentro del Plan Nacional de Inversiones, o resaltados por su importancia dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, incidirán directa y específicamente sobre distintos grupos del país –independientemente de si su impacto será benéfico o perjudicial, cuestión cuya determinación atañe a las comunidades étnicas –indígenas o afrodescendientes– potencialmente afectadas en ejercicio de su autonomía y sus derechos colectivos. Es claro para la Corte que, respecto de cada uno de estos proyectos individuales, sí existe una obligación estatal específica de realizar consulta previa, en su integridad y con pleno cumplimiento de los requisitos constitucionales precisados por la jurisprudencia constitucional”.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha evidenciado que el hecho de que se incluyan proyectos o programas susceptibles de afectar de manera directa y específica a las comunidades étnicas del país, respecto de los cuales se ha omitido la consulta previa, “*constituye un vicio a la luz de la doctrina constitucional*”, vicio que impide la declaratoria de constitucionalidad de la ley y apareja distintos efectos asociados a su inconstitucionalidad. En el caso de la sentencia C-461 de 2008, la Corte decidió declarar exequible la Ley 1151 de 2007 “*siempre y cuando se entienda que se suspenderá la ejecución de los proyectos -y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales- incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por*

³⁹ Ibidem.

la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia” (Resalta la Sala), aclarando que debía determinarse en cada caso la procedencia de la consulta respecto de los proyectos o programas incluidos dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo.

La anterior síntesis de la doctrina y jurisprudencia constitucional permitirá a la Sala entrar a resolver los problemas jurídicos planteados en la presente oportunidad, teniendo en cuenta el requisito de la consulta previa y los requisitos que ésta debe cumplir, la especial naturaleza de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo frente al deber estatal de realizar la consulta previa a los grupos étnicos, así como el respeto por el debido proceso administrativo.

8. Análisis constitucional de las normas demandadas

8.1 El artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, contiene disposiciones relativas al control a la explotación ilícita de minerales. Al efecto, esta norma prohíbe, en su inciso primero, que a partir de la vigencia de esa ley y en todo el territorio nacional, se puedan utilizar equipos mecánicos, tales como dragas, minidragas, retroexcavadoras y demás equipos de esa naturaleza, en las actividades mineras sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional. En el inciso segundo, esta disposición consagra que el incumplimiento de esta prohibición, dará lugar a una serie de sanciones, tales como el decomiso de dichos bienes, así como la imposición de una multa hasta de mil salarios mínimos legales vigentes, que impondrá la autoridad policiva, sin perjuicio de la acción penal correspondiente y de otras medidas sancionatorias. Así mismo, este inciso dispone que el Gobierno Nacional reglamentará la materia.

En el inciso tercero, este precepto normativo dispone que las solicitudes que actualmente se encuentren en trámite para legalizar la minería con minidragas, que consagra el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, serán rechazadas de plano por la autoridad minera. La norma a la que hace referencia esta disposición, establece que el Estado dará especial protección para la continuidad de la pequeña minería con el método de minidragas de motores hasta de 60 caballos de fuerza y dará un plazo de hasta dos años para legalizar dicha actividad.

Por su parte, el párrafo único del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 dispone que el Gobierno Nacional reorganizará los municipios verdaderamente explotadores de oro y tomará medidas para aquellos municipios que usurpan y cobran por conceptos de regalías en esta materia sin tener derechos por este concepto. Así mismo, consagra que aquellos excedentes que se demuestren del resultado del uso indebido de esas regalías serán utilizados como indexación e indemnización a los municipios afectados por la minería ilegal de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

8.2 El artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, ahora demandado parcialmente, contiene las vigencias y derogatorias de la ley, y al efecto consagra que la Ley 1450 de 2011 rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. La parte de este artículo que ahora se demanda, se refiere a la derogatoria del párrafo 2o del artículo 12 y del artículo 30 de la Ley 1382 de 2010.

Las derogatorias del párrafo 2º del artículo 12 y del artículo 30 de la Ley 1382 de 2010 que consagra el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011 y que se demandan en esta oportunidad, se refieren, en lo que toca al artículo 12 de la Ley 1382 de 2010, a la legalización de los explotadores, los grupos y asociaciones de minería tradicional que exploten minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, y específicamente, se deroga el párrafo 2º del artículo 12 de la Ley 1382 de 2010, el cual consagra que se considerará legal el barequeo, que consiste en la extracción de materiales de arrastre, siempre y cuando se realice con herramientas no mecanizadas y con una extracción que no supere un volumen de 10 metros cúbicos por día, por longitud de rivera de 200 metros de largo.

De otro lado, el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010 derogado, determina que en los departamentos contemplados en el artículo 309 de la Constitución Nacional, esto es, en los departamentos de Arauca, Casanare, Putumayo, el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el Amazonas, Guaviare, Guanía, Vaupés y Vichada, y en el departamento del Chocó, donde existe la pequeña minería, mediante el método de minidragas de motores hasta de 60 caballos de fuerza, el Estado les dará especial protección para la continuidad en el ejercicio de esta tarea y tendrá un plazo de hasta dos (2) años contados a partir de la vigencia de la Ley 1382 de 2010, para legalizar dicha actividad.

8.3 En primer lugar, la Sala se permite precisar nuevamente, que dado que el alcance normativo de los preceptos demandados se refiere parcialmente a los artículos 12 y 30 de la Ley 1382 de 2010, que fuera declarada inexecutable con efectos diferidos mediante la Sentencia C-366 de 2011, esta Corporación es plenamente competente para pronunciarse de fondo respecto de las mismas. Lo anterior, en razón a que la declaratoria de inexecutable de la normatividad contenida en la Ley 1382 de 2010 se realizó con efectos diferidos en el tiempo, por un lapso de dos años, contados a partir de la fecha de expedición de la Sentencia C-366 de 2011, esto es, a partir del once (11) de mayo de 2011. Por lo anterior, las normas de la Ley 1382 de 2011, a las cuales se refieren parcialmente los artículos 106 y 276 de la Ley 1450 de 2011 ahora demandados, es decir, los artículos 12 y 30 de la Ley 1382 de 2011, no fueron expulsados del ordenamiento jurídico de manera inmediata por la Sentencia C-366 de 2011, sino que el efecto de la inconstitucionalidad para esa normatividad, se extendió en el tiempo por causa de la declaratoria de inexecutable con efectos diferidos que se hizo en dicho pronunciamiento, razón por la cual la normatividad de la Ley 1382 de 2011 continúa vigente y produciendo efectos jurídicos, y en consecuencia la Corte tiene plena competencia para pronunciarse de fondo sobre normas que remiten o hacen referencia al contenido normativo de la Ley 1382 de 2011, en este caso, a los artículos 106 y 276 de la Ley 1450 de 2011. Por estas mismas razones, es claro igualmente para la Sala que la Ley 1450 de 2011 o Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, podía también válidamente, desde el punto de vista jurídico y constitucional, referirse o remitirse al contenido normativo de la Ley 1382 de 2011, la cual se encontraba todavía vigente al momento de la expedición de la Ley del Plan, y se encuentra todavía vigente hoy y produciendo efectos jurídicos, hasta la expiración del plazo de dos años fijado por la Corte en la sentencia C-366 de 2011 para su expulsión definitiva del ordenamiento jurídico.

8.4 En segundo lugar, la Corte reitera los lineamientos jurisprudenciales que ha trazado en relación con la obligatoriedad de la consulta previa a las comunidades indígenas y

afrodescendientes, de las medidas legislativas y administrativas, en cuanto éstas los afecten directamente. Por tanto, reafirma que el derecho de consulta previa que les asiste a las comunidades étnicas se fundamenta en el principio democrático, el derecho a la participación, el pluralismo y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Este proceso debe adelantarse de buena fé, a través de formas y medios de comunicación efectivos con las comunidades étnicas; no puede consistir en simples trámites administrativos por parte de las autoridades o en meros requisitos formales, sino que debe ser *un proceso sustantivo de raigambre constitucional*. Para tal efecto, debe garantizarse a las comunidades afectadas la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso, y estar precedido de un trámite preconsultivo en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento administrativo. En cuanto al método para la determinación de temas que afecten a las comunidades étnicas, es casuístico, esto es, se debe esclarecer y determinar en cada caso concreto, cuáles son las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, de manera que en una situación concreta, se evalúe qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico.

8.5 En el presente caso, la Sala constata que el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, prohíbe en todo el territorio nacional, la utilización de dragas, minidragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos en las actividades mineras sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional. A la vez, prevé el decomiso de bienes y la imposición de una multa por infracción a esta prohibición, además de medidas especiales para la reorganización de los municipios explotadores de oro.

Así, el precepto normativo contiene disposiciones tales como: (i) una prohibición general de utilización de equipos mecánicos en las actividades mineras sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional; (ii) fija sanciones para el incumplimiento de la anterior prohibición, tales como el decomiso de los equipos mecánicos y la imposición de multas, sin exclusión de otras medidas administrativas o penales a que hubiere lugar; (iii) consagra que las solicitudes que actualmente se encuentren en trámite para legalizar la minería con minidragas, a que hace referencia el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, serán rechazadas de plano por la autoridad minera; (iv) dispone que el Gobierno Nacional reglamentará la materia y reorganizará los municipios verdaderamente explotadores de oro y tomará medidas contra aquellos municipios que usurpan y cobran por conceptos de regalías en esta materia sin tener derechos por este concepto; y (v) finalmente, determina que aquellos excedentes que se demuestren del resultado del uso indebido de estas regalías serán utilizados como indexación e indemnización a los municipios afectados por la minería ilegal, de acuerdo con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

La Corte evidencia por tanto que el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 contiene una norma general que busca evitar una práctica ilegal, la cual produce serios daños ambientales y se encamina a garantizar la no explotación minera en términos industriales, que no es propia de las comunidades indígenas y afrodescendientes, y por tanto, no las afecta de manera directa y específica. Por el contrario, para esta Corporación, es claro que dicho tipo de explotación produce un deterioro irreparable de

los recursos naturales que deben preservarse, de manera que es a toda la comunidad nacional, y no solo a los grupos étnicos, a quienes les interesa el control de esa explotación ilícita de minerales. En punto a este tema, la Sala recuerda que la preservación de los recursos naturales renovables y no renovables y el derecho colectivo a un ambiente sano, no fueron consagrados únicamente en favor de los grupos étnicos, sino que se encamina a la protección de bienes jurídicos superiores que interesan a toda la comunidad nacional.

Con fundamento en lo anterior, la Sala advierte que esta disposición del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, (i) encuentra sustento constitucional, al encaminarse al control de la minería ilegal, y buscar con ello proteger un bien superior de orden constitucional como es el medio ambiente; y (ii) que no debió ser objeto de consulta previa a las comunidades étnicas, por tratarse de medidas que no afectan directamente a éstas comunidades, sino que consagran una prohibición general de explotación minera con equipos mecánicos que es diferente a las técnicas de minería tradicional y, fijan sanciones por el incumplimiento de dicha prohibición.

En este sentido, esta Corporación constata que la disposición contenida en el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, no tiene relación directa con las comunidades étnicas, ya que prohíbe de manera general las prácticas de explotación minera ilegal con equipos mecánicos, lo cual no se aplica a las comunidades étnicas que utilizan formas tradicionales de explotación minera. De esta manera, a juicio de la Sala, esta norma no se aplica a las actividades de minería tradicional, por lo cual no deben verse afectadas las reglas especiales y diferenciales para la actividad minera tradicional en las zonas en que se asientan las comunidades indígenas y afrodescendientes, ya que se debe proteger las actividades de minería tradicional en los territorios de las comunidades indígenas o afrodescendientes, a las cuales no se les debe aplicar la regla general de prohibición y sanción que prevé el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011.

De esta manera, es claro para la Sala que el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 o Ley del Plan Nacional de Desarrollo no afecta de manera directa a las comunidades étnicas, razón por la cual no se evidencia la obligatoriedad de consulta previa a estas comunidades, en cuanto la norma no se refiere a las actividades de minería tradicional, y por tanto, estas actividades de minería tradicional quedan salvaguardadas, sin que sea constitucionalmente legítimo que puedan llegar a ser afectadas por la disposición contenida en el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011. En consecuencia, la Sala evidencia que se trata de una medida relativa al control de la explotación ilícita de minerales que no tiene relación directa con la explotación de recursos mineros en los territorios de las comunidades étnicas a través de métodos tradicionales, en cuanto no se está prohibiendo el desarrollo de actividades de minería tradicional. De esta forma, en criterio de esta Corte, la consagración de esta medida en concreto no debió estar precedida de espacios de participación para dichos pueblos, en los términos del parágrafo del artículo 330 C.P. y los artículos 6° y 15 del Convenio 169 de la OIT.

Por consiguiente, al no tratarse de medidas legislativas que afectan directamente a las comunidades étnicas, de conformidad con lo expuesto en este fallo, no debieron someterse al trámite de consulta previa, de acuerdo a los requisitos y etapas explicados en la parte considerativa de esta sentencia.

En punto a este tema, la Sala coincide por tanto, con algunos intervinientes quienes sostienen que las normas acusadas no afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, puesto que se trata de normas de carácter general que afectan a toda la población por igual y que se encaminan a cumplir una finalidad plenamente constitucional, como es el control de la minería ilegal y la protección del medio ambiente. De esta forma, encuentran plenamente ajustada a la Constitución la finalidad constitucional de la norma 106 de la Ley 1450 de 2011, en cuanto la misma se encamina a prohibir la utilización de métodos ilegales para la explotación minera que causen graves daños al medio ambiente, y por tanto no afecta de forma directa a las comunidades étnicas, sino a toda la ciudadanía en general.

En suma, la Corte concluye que el contenido del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 o Ley del Plan Nacional de Desarrollo, contiene diversas e importantes disposiciones relativas al control de la explotación ilícita de minerales, medidas que no son aplicables en los territorios de las comunidades étnicas y por tanto no afectan la explotación minera con métodos tradicionales en los territorios indígenas y afrodescendientes. Estas disposiciones, por ende, no afectan directamente a las comunidades étnicas, puesto que como se indicó, no se refieren ni afectan la actividad minera en los territorios ancestrales. Por consiguiente, la Sala considera que la expedición del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 no requería ser consultada de manera previa y específica a las comunidades indígenas y afrocolombianas, de conformidad con el artículo 330 de la Constitución y el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y en consecuencia, declarará esta norma exequible, por este cargo.

8.6 No ocurre lo mismo, en cuanto a la expresión del inciso tercero del artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, que deroga el párrafo 2º del artículo 12 y el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, las cuales serán declaradas inexequibles por esta Corte.

Como se mencionó, las derogatorias del párrafo 2º del artículo 12 y del artículo 30 de la Ley 1382 de 2010 que consagra el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011 y que se demandan en esta oportunidad, se refieren, en lo que respecta al artículo 12 de la Ley 1382 de 2010, a la legalización de los explotadores, los grupos y asociaciones de minería tradicional que exploten minas de propiedad estatal sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, y específicamente el párrafo 2º del artículo 12 de la Ley 1382 de 2010, al reconocimiento legal del barequeo, que consiste en la extracción de materiales de arrastre, siempre y cuando se realice con herramientas no mecanizadas y con una extracción que no supere un volumen de 10 metros cúbicos por día, por longitud de rivera de 200 metros de largo.

Por su parte el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, derogado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, establece que en los departamentos contemplados en el artículo 309 de la Constitución Nacional, esto es, en los departamentos de Arauca, Casanare, Putumayo, el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el Amazonas, Guaviare, Guanía, Vaupés y Vichada, y en el departamento del Chocó, donde existe la pequeña minería, mediante el método de minidragas de motores hasta de 60 caballos de fuerza, el Estado les dará especial protección para la continuidad en el ejercicio de esta tarea y tendrá un plazo de hasta dos (2) años contados a partir de la vigencia de la presente ley, para legalizar dicha actividad.

Frente a la derogación de estas disposiciones por parte de la Ley 1450 de 2011, es de reiterar lo precisado con anterioridad por esta Sala, respecto de la inexecutableidad diferida de la Ley 1382 de 2011 mediante la Sentencia C-366 de 2011, en cuanto a que estas disposiciones continuaban vigentes al momento de la expedición de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, y por tanto seguían haciendo parte del ordenamiento jurídico y produciendo efectos jurídicos, de manera que era posible tanto su derogación por parte de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, como ahora el pronunciamiento de fondo de la Corte respecto de la constitucionalidad de las normas demandadas que hacen parte de dicha normatividad.

De otra parte, es de precisar que si bien en el artículo 273 de la Ley 1450 de 2011 se dejó constancia de la protocolización de las consultas previas sobre el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 con las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales y palenqueras y pueblos Rom y Gitano; el Departamento Nacional de Planeación explicó en su intervención ante esta Corte, que esas consultas se refirieron al documento que puso a consideración de estas minorías, contenido de los objetivos y metas de mediano y largo plazo, es decir, de las “bases del plan”, lo que el artículo 339 de la Carta Política denomina como parte general del Plan Nacional de Desarrollo, y se realizó por tanto la consulta en relación con la derogatoria de las normas que autorizaban las actividades de barequeo y minería tradicional, lo cual afecta de manera directa a las comunidades étnicas.

Con base en lo anterior, la Sala arriba a la conclusión respecto de la inconstitucionalidad de estas derogatorias realizadas por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, en razón a la omisión de la obligatoria consulta previa a las comunidades étnicas, por cuanto al tratarse de derogaciones que expulsan del ordenamiento jurídico disposiciones que regulan lo atinente al reconocimiento legal de la pequeña minería y minería tradicional, así como los procesos y trámites de legalización de la pequeña minería y minería tradicional, son temas que afectan de manera directa a las comunidades étnicas, asuntos respecto de los cuales no se surtió la debida consulta previa, y acerca de los cuales, al no haberse regulado en relación con los mismos, su derogación genera un vacío normativo que afecta los derechos constitucionales de las comunidades étnicas, y con ello se afecta especialmente el derecho a la igualdad y el debido proceso administrativo –art.13 y 29 Superiores-.

Así, la Sala encuentra que al no haber legislado en relación con estos reconocimientos, procedimientos y trámites de legalización de la pequeña minería y minería tradicional, al no haberse agotado el requisito de consulta previa respecto de estos temas, y al dejar un vacío normativo en la materia, estas derogatorias constituyen una vulneración del derecho constitucional de consulta previa, de la igualdad de las comunidades étnicas y del derecho al debido proceso.

Por consiguiente, la Corte constata que estas derogatorias desconocen la especial protección para la continuidad del barequeo o minería tradicional y de la pequeña minería, que afecta directamente a las comunidades étnicas y vulnera el debido proceso para la legalización de tales actividades y el deber de consulta previa a la que debió someterse. Además, con dicha derogatoria se deja un vacío normativo para la regulación de esta materia, al no fijar procedimiento alguno para la legalización o reconocimiento de la minería tradicional, lo cual afecta también el derecho a la igualdad de las comunidades

étnicas y el debido proceso para la legalización de las actividades de pequeña minería y minería tradicional de estas comunidades.

Adicionalmente, en relación con este tema, la Sala reitera las consideraciones expuestas en la sentencia C-149 de 2010, sobre la regulación y derogación de normas de leyes ordinarias mediante la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, en cuanto a que la Ley del Plan Nacional de Desarrollo no puede ser utilizada para *“vaciar de competencia al legislador ordinario, toda vez que esta ley tiene por objeto adoptar medidas concretas relacionadas con la “planeación”, es decir, obras o proyectos específicos incluidos en el Plan de Inversiones, de tal suerte que no resulta constitucionalmente admisible incorporar en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, medidas sobre contratación estatal, sistemas de salud o régimen pensional. La inclusión en el Plan Nacional de Desarrollo de materias ajenas al concepto de planeación, conduce en la práctica a evadir el debate democrático que debe darse al momento de tramitar un proyecto de ley ordinaria.”*, lo cual afecta igualmente el principio de unidad de materia.

Por tanto, una vez determinada la omisión en el procedimiento de consulta previa, debe determinar la Sala la consecuencia jurídica constitucional de la misma, la cual debe conducir *prima facie* a la inexecutable de la norma acusada, por vulnerar el derecho constitucional de participación y de consulta previa de las comunidades étnicas, que constituye un vicio material⁴⁰, razón por la cual no le resulta aplicable el procedimiento de subsanación previsto en el parágrafo del artículo 241 C.P., que se aplica exclusivamente para los vicios de procedimiento en la formación de las leyes.

Por tales motivos, la Corte concluye que la expresión acusada del artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, debe ser excluida del ordenamiento, de manera que la declaratoria de su inexecutable implica que reviven las normas derogadas.

9. Conclusiones

9.1 De conformidad con todo lo expuesto, la Corte encuentra que el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 es executable, por (i) ser una norma de carácter general, que afecta a todos los ciudadanos por igual y debe aplicarse en todo el territorio nacional; (ii) por tanto, no debió someterse a la consulta previa de las comunidades étnicas, de conformidad con el artículo 330 de la Constitución Política y el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucional; (iii) no es violatorio del derecho a la igualdad de estas comunidades, pues consagra una prohibición general que no afecta la minería tradicional de estas comunidades; y (iii) tampoco vulnera el debido proceso, por cuanto no se aplica a las actividades de pequeña minería y minería tradicional.

9.2 En segundo lugar, concluye la Sala que la derogatoria del parágrafo 2º del artículo 12 y del artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, contenida en el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011 es inexecutable, por (i) la omisión de la consulta previa obligatoria; (ii) por cuanto al derogar estas disposiciones, se crea un vacío normativo en relación con el reconocimiento, procesos y trámites para la legalización de las actividades de pequeña minería y minería tradicional, lo cual resulta violatorio del derecho a la igualdad –art.13 CP- y del debido proceso administrativo –art.29 Superior-, respecto del trámite y procedimiento para la legalización de la minería informal y tradicional de que trata el

⁴⁰ Ver Sentencias C-030 de 2008 y C-175 de 2009.

artículo 12 de la Ley 1382 de 2011 y del procedimiento para el reconocimiento de pequeña minería de comunidades negras asentadas en el Chocó, de que trata el artículo 30 de la Ley 1382 de 2011; y (iii) adicionalmente, en razón a que la Ley del Plan Nacional de Desarrollo debe referirse a objetivos, planes y programas específicos de planeación de mediano y largo plazo, y no contener regulaciones relativas a leyes ordinarias, so pena de suplantar al legislador ordinario y con ello vulnerar el principio democrático.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR EXEQUIBLE el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, por los cargos analizados en esta sentencia.

SEGUNDO.- DECLARAR INEXEQUIBLE la expresión “*parágrafo 2o del artículo 12 y el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010*” contenida en el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, por los cargos analizados en esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Presidente
Con salvamento de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Con salvamento de voto

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO
Magistrada (E)

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado
Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA
A LA SENTENCIA C-331/12**

INEXEQUIBILIDAD POR OMISION DE CONSULTA PREVIA DE NORMA DEL PLAN DE DESARROLLO SOBRE CONTROL A LA EXPLOTACION ILICITA DE MINERALES-Configuración por cuanto omisión constituye una desprotección de los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes (Salvamento parcial de voto)

No comparto las razones que condujeron a declarar exequible el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, que debió ser declarado inexecutable con efectos diferidos, ya que se trata de una disposición relativa a la explotación de recursos naturales, tema que por excelencia constituye un asunto respecto del cual la Corte ha aceptado, de manera pacífica y consolidada, la afectación directa de las comunidades étnicas. Asimismo, en cuanto se trata de una disposición de control a la explotación ilícita de minerales con diferentes medidas que serían aplicadas igualmente en zonas habitadas por las comunidades étnicas y sin que se haya tenido en cuenta el enfoque diferencial étnico respecto de éstas, como tampoco se hayan adoptado reglas diferenciales tendiendo en cuenta la explotación minera tradicional en territorios ancestrales. Por lo tanto, el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 afecta de manera directa a las comunidades étnicas y debió realizarse obligatoriamente la consulta previa a estas comunidades.

EXEQUIBILIDAD DE NORMA DEL PLAN DE DESARROLLO SOBRE CONTROL A LA EXPLOTACION ILICITA DE MINERALES-Improcedencia (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD DE NORMA DEL PLAN DE DESARROLLO SOBRE CONTROL A LA EXPLOTACION ILICITA DE MINERALES-Desconoce el precedente constitucional en materia de consulta previa de comunidades indígenas y afrodescendientes (Salvamento parcial de voto)

COMUNIDADES ETNICAS INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Sujetos de especial protección constitucional (Salvamento parcial de voto)

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Carácter obligatorio respecto de norma sobre explotación minera por su afectación de manera directa (Salvamento parcial de voto)

El artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 es una norma relativa al tema de la explotación minera que es un asunto que sin lugar a dudas afecta de manera directa a las comunidades étnicas en relación con su territorio, con los recursos naturales y las actividades de minería tradicionales. Al consagrar la norma una prohibición absoluta sin tener en cuenta la situación especial y diferencial de las comunidades indígenas y afrodescendientes, se vulneró el derecho a la igualdad de estas comunidades, que como sujetos de especial protección constitucional, respecto de ellas, se deben adoptar medidas especiales y diferenciales, esto es, adoptar un enfoque diferencial étnico y acciones afirmativas para garantizar sus derechos constitucionales. Asimismo, al prever

la norma el rechazo de plano de las solicitudes de legalización de la pequeña minería, minería informal y minería tradicional, se vulnera el derecho al debido proceso ya que se desconoce el reconocimiento, proceso y trámite especial que se le debe dar a esta solicitudes, desconociéndose de paso el amplio, pacífico y consolidado precedente constitucional en materia de consulta previa a las comunidades étnicas en temas que los afecta de manera directa

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Omisión constituye un vicio de carácter material (Salvamento parcial de voto)

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS EN MEDIDAS LEGISLATIVAS-Oportunidad para su realización (Salvamento parcial de voto)

OMISION DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS EN MEDIDAS LEGISLATIVAS-Consecuencias jurídico constitucionales posibles (Salvamento parcial de voto)

INEXEQUIBILIDAD DIFERIDA EN SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Técnica para subsanar omisión de requisito obligatorio de consulta previa (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD CON EFECTOS DIFERIDOS-Procedencia respecto de norma que omitió la consulta previa de comunidades étnicas en materia de explotación ilícita de minerales (Salvamento parcial de voto)

El artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 era inconstitucional, siendo lo procedente la declaratoria de inexecutable diferida, por: (i) haberse omitido la consulta previa a las comunidades étnicas, acorde con lo prescrito en los artículo 330 de la Constitución y 6° del Convenio 169 de la OIT que hace parte del bloque de constitucionalidad, por tratarse de una norma que sin lugar a dudas afecta de manera directa a las comunidades étnicas en relación con su territorio, los recursos naturales y las actividades de minería tradicional; (ii) no siendo el vicio subsanable por ninguna de las vías previstas por la jurisprudencia, implica prima facie la expulsión de dicha normatividad del ordenamiento jurídico; y (iii) la exclusión inmediata y definitiva de la norma demandada del ordenamiento jurídico, podría tener efectos contrarios a la vigencia de bienes jurídicos valiosos desde la perspectiva constitucional

Referencia: expediente D-8779

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 106 y 276 inciso 3 (parcial) de la Ley 1450 de 2011, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de esta Corporación, me permito salvar parcialmente mi voto a la presente sentencia, en relación con el ordinal primero de la parte resolutive, en el cual se decidió declarar exequible el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, en razón a que considero que debió ser declarado inexecutable con efectos diferidos, tal y como venía propuesto en el proyecto original presentado a la Sala Plena por el suscrito Magistrado.

A continuación expongo las razones de mi disenso:

1. No comparto las razones expuestas por la mayoría de los Magistrados de la Sala, en cuanto sostienen que la norma acusada del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 no afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, con el argumento de que se trata de una norma de carácter general que se dirige a toda la población por igual y se encamina a cumplir una finalidad constitucional, como es el control de la minería ilegal y la protección del medio ambiente. Así, si bien comparto la finalidad constitucional de la norma 106 de la Ley 1450 de 2011, acusada en esta oportunidad, en cuanto la misma se orienta a prohibir la utilización de métodos ilegales para la explotación minera que causen graves daños al medio ambiente, no concuerdo con la postura asumida en esta sentencia, relativa a que el contenido de la misma no afecta de forma directa a las comunidades étnicas. Por el contrario, a juicio de este Magistrado, el contenido del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 sí constituye una medida que tiene que ver con los derechos de los pueblos étnicos, tanto de los grupos indígenas como de las comunidades afrodescendientes.

En mi criterio, la afectación de las comunidades étnicas por la disposición contenida en el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 se debe a que tiene relación directa con la explotación de minerales, también en las zonas o territorios ancestrales, y por tanto, restringe o limita la actividad minera tradicional de las comunidades étnicas, sin que la misma ley prevea disposiciones especiales o específicas para estos grupos poblacionales. Así, se trata de una disposición relativa a la explotación de recursos naturales, tema que por excelencia, constituye un asunto respecto del cual la Corte ha aceptado de manera pacífica y consolidada la afectación directa de las comunidades étnicas, por cuanto tiene que ver con el territorio y la exploración y explotación de recursos naturales, lo cual tiene aplicación directa en los territorios de dichas comunidades.

A este respecto, me permito recordar que existe un consenso en el derecho constitucional colombiano y en el derecho internacional de los derechos humanos, acerca de la relación directa de las comunidades étnicas con los temas referidos a la exploración y explotación minera en los territorios ancestrales de los pueblos étnicos y la salvaguarda de la integridad de su identidad diferenciada. En ese orden de ideas, las medidas legislativas y administrativas que tengan aplicación en dichas actividades deben estar precedidas de la participación efectiva de las comunidades afectadas, so pena de vulnerar sus derechos constitucionales.

Igualmente, evidencio que el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, en cuanto trata de una disposición de control a la explotación ilícita de minerales, contiene diferentes medidas que serán aplicadas igualmente en las zonas habitadas por las comunidades étnicas, de

manera general y sin que se haya tenido en cuenta el enfoque diferencial étnico respecto de éstas, y sin que de otro lado, se hayan adoptado reglas diferenciales teniendo en cuenta la explotación minera tradicional en los territorios ancestrales. Así, el precepto normativo contiene disposiciones tales como: (i) una prohibición general de utilización de equipos mecánicos, tales como dragas, minidragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos, en las actividades mineras sin título inscrito en el Registro Minero Nacional; (ii) fija sanciones para el incumplimiento de la anterior prohibición, tales como el decomiso de los equipos mecánicos y la imposición de multas, sin exclusión de otras medidas administrativas o penales a que hubiere lugar; (iii) consagra que las solicitudes que actualmente se encuentren en trámite para legalizar la minería con minidragas, a que hace referencia el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, serán rechazadas de plano por la autoridad minera; (iv) dispone que el Gobierno Nacional reglamentará la materia y reorganizará los municipios verdaderamente explotadores de oro y tomará medidas contra aquellos municipios que usurpan y cobran por conceptos de regalías en esta materia sin tener derechos por este concepto; y (v) finalmente, determina que aquellos excedentes que se demuestren del resultado del uso indebido de estas regalías serán utilizados como indexación e indemnización a los municipios afectados por la minería ilegal de acuerdo a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

Este Magistrado advierte que todas estas disposiciones del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, si bien encuentran sustento constitucional, al encaminarse al control de la minería ilegal, y buscar con ello proteger un bien superior de orden constitucional como es el medio ambiente; debieron ser objeto de consulta previa a las comunidades étnicas, por tratarse de medidas que afectan directamente a estas comunidades, al consagrar una prohibición general de explotación minera con equipos mecánicos que pueden ser utilizados también por la minería tradicional; fijar sanciones por el incumplimiento de dicha prohibición; decidir el rechazo de los procesos que actualmente se encuentren en trámite para legalizar la minería con minidragas, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010; y adoptar medidas en materia de regalías.

De otra parte, observo igualmente que el inciso tercero de la norma bajo estudio, el cual determina que las solicitudes que actualmente se encuentren en trámite para legalizar la minería con minidragas, que consagra el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, serán rechazadas de plano por la autoridad minera; al ordenar dicho rechazo de plano afecta también de manera directa especialmente la minería tradicional de las comunidades étnicas, sin fijar procedimiento alguno alternativo para su legalización o reconocimiento.

En consecuencia, a mi juicio es claro que el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 o Ley del Plan Nacional de Desarrollo afecta de manera directa a las comunidades étnicas, razón por la cual debió realizarse obligatoriamente la consulta previa a estas comunidades, en cuanto la norma contiene unas medidas específicas o concretas que inciden de manera directa en el desarrollo de estas comunidades, en los términos del párrafo del artículo 330 C.P. y los artículos 6º y 15 del Convenio 169 de la OIT.

2. Ahora bien, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, si bien las bases de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, fueron objeto de un proceso de consulta previa con las comunidades étnicas, las medidas específicas contenidas en el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, relativas al control de explotación ilícita de minerales, no lo fueron, con lo cual se omitió la adopción de medidas con enfoque

diferencial que tuvieran en cuenta la explotación tradicional de minerales por parte de las comunidades étnicas, indígenas y afrodescendientes, en los territorios ancestrales.

Así, si bien en el artículo 273 de la Ley 1450 de 2011 se dejó constancia de la protocolización de las consultas previas al Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, con las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y pueblos Rom y Gitano, el Departamento Nacional de Planeación explicó en su intervención ante esta Corte, que estas consultas se refirieron al documento que puso a consideración de estas minorías los objetivos y metas de mediano y largo plazo, es decir “*lo que el artículo 339 de la Constitución Política y el artículo 4 de la Ley orgánica del Plan, Ley 152 de 1994, denominan “parte general”*”⁴¹ En este sentido, explicó que en efecto se surtió la consulta previa de las “*bases del Plan*”.

De conformidad con lo anterior, este Magistrado advierte que si bien se llevó a cabo un proceso de consulta previa general con las comunidades étnicas, proceso que quedó protocolizado en el artículo 273 de la Ley 1450 de 2011 y cuyas actas hacen parte integral de la misma ley, esta consulta se llevó a cabo sobre la parte general o bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, y no en relación con la medida legislativa específica contenida en el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, que afecta de manera directa a las comunidades étnicas y cuya constitucionalidad ahora se estudia.

3. Una vez determinada la omisión en el procedimiento de consulta previa, este Magistrado considera que la consecuencia jurídica constitucional de la misma era la declaratoria *prima facie* de inexecutable de la norma acusada, por vulnerar el derecho constitucional de participación y de consulta previa de las comunidades étnicas, que constituye un vicio material⁴², razón por la cual no le resulta aplicable el procedimiento de subsanación previsto en el parágrafo del artículo 241 C.P., que se aplica exclusivamente para los vicios de procedimiento en la formación de las leyes.

Sin embargo, en varias oportunidades, esta Corte al enfrentar esta misma situación de omisión de la consulta previa sobre medidas legislativas en concreto, ha precisado que es posible diferentes consecuencias jurídico-constitucionales, tales como (i) una declaratoria de executable condicionada a que en cada caso concreto se verifique la consulta previa a la comunidad étnica correspondiente⁴³; o (ii) una declaratoria de inexecutable con efectos diferidos en el tiempo⁴⁴. Este último tipo de decisiones se pueden adoptar, al tener en cuenta aspectos como (i) la bondad o corrección normativa del precepto demandado en sí mismo, el que la disposición tenga fundamento y finalidad constitucional legítima, y que se encuentre orientada a la protección de un bien jurídico constitucional de orden superior; (ii) el que la exclusión de la norma del ordenamiento jurídico traiga como consecuencia un vacío normativo en la materia de que se trate o un déficit de protección para los bienes jurídicos regulados, o incluso un déficit de protección para las mismas comunidades étnicas; y (iii) el respeto al principio democrático y a la necesidad de que sea el Congreso el que regule dentro de un espacio de tiempo razonable la materia de que se trate, sin que se generen vacíos normativos. De esta manera, esta Corporación ha evidenciado que existen casos en que un fallo de inconstitucionalidad diferida resulta ser menos lesivo y compatibiliza la función del Tribunal Constitucional con la democracia representativa que ejerce el Congreso, al

⁴¹ Ver Folio 98 cuaderno principal.

⁴² Ver Sentencias C-030 de 2008 y C-175 de 2009.

⁴³ Consultar las sentencias C-418 de 2002 y C-461 de 2008.

⁴⁴ Consultar las sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009 y C-366 de 2011.

impedir que se generen lagunas normativas que vulneran la Carta, o el vaciamiento de la competencia legislativa para regular la mencionada materia.⁴⁵

En este caso, no resultaba procedente la alternativa de exequibilidad condicionada de la norma, dado (i) que se trata de una disposición de la Ley 1450 de 2011 o Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, que es de aplicación inmediata y afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes; y (ii) a la oportunidad en que debió realizarse la consulta previa en relación con la Ley del Plan Nacional de Desarrollo. En este sentido y respecto de la primera razón, la norma hoy demandada de la Ley 1450 de 2011, se refiere a medidas tendientes a controlar la explotación ilícita de minerales y es de aplicación inmediata, razón por la cual, carecería de sentido un condicionamiento que suspendiera la vigencia de tal normativa frente a las comunidades étnicas, puesto que estas medidas resultan aplicables incluso respecto de actividades mineras actualmente en curso dentro de los territorios ancestrales. En relación con la segunda razón, es de reiterar que una de las condiciones para la validez de la consulta previa de medidas legislativa es su oportunidad, de manera que se debe adelantar con anterioridad a la presentación del proyecto de ley correspondiente.

Por lo anterior, encuentro que lo procedente era una decisión de inconstitucionalidad con efectos diferidos en el tiempo, por cuanto (i) si bien la norma objeto de examen es inconstitucional al haber desconocido el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, y de contera afecta el derecho a la igualdad y al debido proceso de estas comunidades; (ii) este vicio no resulta subsanable a través de ninguna de las vías previstas por la jurisprudencia aplicable, lo que implica *prima facie* la expulsión de dicha normatividad del ordenamiento jurídico; y (iii) no obstante lo anterior, la exclusión inmediata y definitiva de la norma demandada del ordenamiento constitucional podría tener efectos contrarios a la vigencia de bienes jurídicos valiosos desde la perspectiva constitucional, en especial el control de la minería ilegal, la prohibición de explotación de minerales a través de métodos ilegales que generan una afectación ecológica grave, y la protección del medio ambiente, en tanto se dejarían sin efectos reglas relativas al control de la explotación ilícita de minerales o minería ilegal, a través de equipos mecánicos que causan un grave daño ambiental, y que no cuentan con el Registro Minero Nacional.

En el presente caso, como en el precedente de la sentencia C-366 de 2011, considero que la opción más correcta era la declaratoria de inexecutable diferida, ya que la norma se dirige a la satisfacción de bienes constitucionales de primer orden, referidos al control de la minería ilegal o explotación ilícita de minerales y con ello a la protección del medio ambiente. Este Magistrado advierte que la exclusión de estas reglas, implicaría la eliminación de condiciones ambientales necesarias para hacer compatible la actividad minera con la satisfacción de los derechos constitucionales relacionados con el goce de un medio ambiente sano, máxime si se tiene en cuenta que uno de los rasgos definitorios del actual modelo constitucional es el reconocimiento y garantía de una *Constitución Ecológica*.

En armonía con el precedente fijado por la sentencia C-366 de 2011, la Corte debió diferir por tanto los efectos de inconstitucionalidad del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, por el mismo término en que lo hizo la sentencia C-366 de 2011, esto es, hasta dos años a partir de la expedición de dicha sentencia, concediendo dicho término “*para que*

⁴⁵ Ver sentencia C-366 de 2011.

tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, den curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas, previo el agotamiento de un procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del artículo 330 de la Carta Política. Bajo la misma lógica, en caso que esa actividad sea pretermitida por el Gobierno y el Congreso una vez culminado el término de dos años contados a partir de la expedición de esta sentencia, los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382/10 se tornarán definitivos, excluyéndose esta norma del ordenamiento jurídico.”

Por todo lo anterior, en mi criterio la decisión normativa y constitucionalmente correcta era la declaratoria de inexecutable del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 con efectos diferidos, tal y como lo propuse en su momento, en tanto su contenido prevé una cláusula de prohibición general de explotación minera ilegal a través de equipos mecánicos, por el mismo término que se difirieron los efectos de inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010, mediante la sentencia C-366 de 2011, término durante el cual el Legislador deberá regular de manera integral el tema minero en Colombia, y deberá adelantar para ello la consulta previa con las comunidades étnicas, y adoptar como eje transversal de dicha regulación el enfoque diferencial étnico relativo a la exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas.

4. Adicionalmente, considero que la declaración de inexecutable diferida del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, la Corte la debió realizar con excepción del inciso tercero de la misma norma, la cual debió declararse inexecutable con efectos inmediatos, ya que esta norma dispone que las solicitudes que actualmente se encuentren en trámite para legalizar la minería con minidragas, que consagra el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, serán rechazadas de plano por la autoridad minera. Lo anterior, por cuanto esta norma desconoce la especial protección para la continuidad de la pequeña minería con el método de minidragas de motores hasta de 60 caballos de fuerza y el plazo concedido por el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010 para la legalización de la pequeña minería y minería tradicional, hoy todavía vigente, desconociendo no solo la afectación directa a las comunidades étnicas y el deber de consulta previa a la que debió someterse dicha disposición, sino también dejando un vacío normativo para la regulación de esta materia, al no fijar procedimiento alguno para la legalización o reconocimiento de la minería tradicional, lo cual vulnera igualmente el derecho a la igualdad de las comunidades étnicas y el debido proceso para la legalización de las actividades de pequeña minería y minería tradicional de estas comunidades.

5. Concluyo, con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, que el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 también era inconstitucional por (i) haberse omitido la consulta previa a las comunidades étnicas, acorde con lo prescrito en los artículos 330 de la Constitución y el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad, ya que se trata de una norma relativa al tema de explotación minera que es un asunto que sin lugar a dudas afecta de manera directa a las comunidades étnicas, en relación con su territorio, con los recursos naturales y las actividades de minería tradicional; (ii) ser violatorio del derecho a la igualdad de estas comunidades, al consagrar una prohibición absoluta y no tener en cuenta la situación especial y diferencial de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las cuales son sujetos de especial protección constitucional y respecto de las cuales se deben adoptar medidas especiales y diferenciales, esto es, se debe legislar adoptando un enfoque diferencial étnico y acciones afirmativas para garantizar sus derechos constitucionales; (iii) vulnerar

el debido proceso, al no tener en cuenta el reconocimiento, el proceso o trámite especial que se le debe dar a las solicitudes de legalización de las actividades de la pequeña minería, minería informal y minería tradicional, solicitudes que la norma prevé serán rechazadas de plano; y (iv) desconocer el amplio, pacífico y consolidado precedente constitucional en materia de consulta previa a las comunidades étnicas en temas que los afectan de manera directa.

Especialmente debo recabar en que con esta decisión se desconoce el precedente de la sentencia C-366 de 2011, así como también la técnica constitucional de declaración de inexecutable diferida para la subsanación de la omisión de este requisito obligatorio, cuando se trata de normas de aplicación inmediata y que debieron ser consultadas previamente. Por consiguiente, en mi concepto, la prohibición absoluta de estas actividades afecta de manera directa a las comunidades étnicas que han venido desarrollando minería tradicional en las regiones donde residen, sin tener en cuenta el caso específico y particular de estos pueblos, y desconoce el precedente judicial de la Corte en materia de consulta previa a las comunidades étnicas en temas como la explotación minera de recursos naturales, respecto del cual existe un amplio consenso tanto en la jurisprudencia nacional como internacional sobre su afectación de manera directa a las comunidades étnicas, en aspectos como su territorio, la explotación de recursos naturales en sus tierras y sus actividades de minería tradicional.

En consecuencia, a juicio de este Magistrado, esta decisión no solo constituye un visible retroceso que contradice la consolidada jurisprudencia constitucional sobre consulta previa al prescindir de la obligatoriedad de la misma en un tema tan emblemático como el de la explotación minera que tiene que ver de manera directa con los derechos de las comunidades étnicas; sino que contradice lo ya determinado por la Corte Constitucional en la sentencia C-366 de 2011, mediante la cual la Corte declaró inexecutable la Ley 1382 de 2010 (Código de Minas), cuyos efectos se difirieron por el término de dos años contados a partir del 11 de mayo de 2011, término dentro del cual el Congreso deberá regular integralmente la materia minera en Colombia, previa consulta de aquellas disposiciones que afecten directamente a las comunidades étnicas, de conformidad con los artículos 330 de la Constitución y 6° del Convenio 169 de la OIT.

Con base en todo lo anterior, salvo mi voto de manera parcial a esta providencia, toda vez que aunque comparto la decisión de inexecutable del artículo 276 (parcial) de la Ley 1450 de 2011, considero que las mismas razones que condujeron a declarar esta inconstitucionalidad, conducían a la misma decisión de inexecutable con efectos diferidos respecto del artículo 106 de la citada ley, por el mismo término fijado en la sentencia C-366 de 2011, tal y como venía propuesto en el proyecto original presentado por el suscrito Magistrado a Sala Plena.

Fecha *ut supra*

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
A LA SENTENCIA C-331/12**

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DE DEROGATORIA Y VIGENCIA EN LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2012-2014-Improcedencia por tratarse de norma declarada inexecutable con efectos diferidos (Salvamento parcial de voto)

NORMA DECLARADA INEXECUIBLE CON EFECTOS DIFERIDOS-Improcedencia de un nuevo pronunciamiento por vicios materiales (Salvamento parcial de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DE LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2012-2014 POR OMISION DE CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES ETNICAS-Improcedencia de la consulta por tratarse de una norma de carácter general (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente acumulado D-8779

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 106 y 276 inciso 3 (parcial) de la Ley 1450 de 2011, *“por la cual reexpide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”*

Actor: Diana Paola Urrego Trujillo

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

En principio, comparto la decisión de exequibilidad contenida en la sentencia C-331 de 2012, respecto del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 por las consideraciones expuestas en la referida providencia. Sin embargo, me permito respetuosamente salvar parcialmente el voto en relación con el ordinal segundo de la parte resolutive, en la cual se decidió declarar inexecutable la expresión *“parágrafo 2o del artículo 12 y el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010”* contenida en el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011.

A continuación expongo las razones de mi disenso:

En mi criterio, la Corte no podía realizar un estudio de fondo respecto de la constitucionalidad del inciso 3° (parcial) del artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, por medio del cual se derogó el parágrafo 2° del artículo 12 y el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, toda vez que dicha norma, “*por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas*”, fue declarada inexecutable de manera diferida en la sentencia C-366 de 2011. En este sentido, no podían ser estudiadas, las normas demandadas, por parte de esta Corporación, por vicios materiales.

Igualmente, considero que la expresión contenida en el artículo 276 de la Ley 1450, no afecta de manera directa a las comunidades étnicas que han venido desarrollando actividades de minería tradicional en las regiones donde residen. Razón por la cual no era obligatorio realizar la consulta previa a estas comunidades. En este sentido, la decisión de la que me aparto, reiterando el precedente establecido en la sentencia C-366 de 2011, señaló que la forma como se puede determinar si una medida, afecta a las comunidades étnicas es casuística. Al respecto estableció la Corte que, una medida puede afectarles:

- i) Cuando tiene por objeto regular un asunto que, por expresa disposición constitucional, debe contar con la participación de las comunidades étnicas
- ii) Cuando no se trata de las medidas a las que hace referencia el anterior literal, pero el asunto está relacionado con elementos que conforman la identidad de estos pueblos; y
- iii) Cuando se trata de medidas de carácter general, pero **referidas sistemáticamente a materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales.**

Ahora bien, la medida contenida en artículo 276 se encamina a cumplir una finalidad constitucional, como es el control de la minería ilegal y la protección del medio ambiente, razón por la cual su consagración legal no requería estar precedida de espacios de participación para los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes. Se trata de una norma de carácter general que no regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales.

Con base en lo anterior, salvo mi voto de manera parcial en esta providencia, toda vez que, aunque comparto la decisión de exequibilidad del artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, considero que no procedía un estudio de fondo por esta Corporación.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

