

Boletín No. 6: Serie sobre el derecho a la consulta previa de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes



¿Qué efectos tiene la sentencia C-366 de 2011 que declaró inconstitucional la reforma al Código de Minas?

El Estado colombiano durante los últimos años, en el marco del modelo de desarrollo promovido por los diferentes estamentos institucionales y el sector industrial del país, le ha dado a las actividades de exploración y explotación minera el tamaño de una locomotora.

Por su parte autoridades del orden nacional, como la Corte Constitucional, e internacional, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Relatoría especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, han verificado que las actividades de exploración y explotación minera afectan gravemente los intereses y derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

En este contexto, la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ) el pasado 17 de agosto de 2010 presentó acción de inconstitucionalidad contra la ley 1382 de 2010, “*Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 (Código de Minas)*”. La demanda argumentó que la ley, al no haber sido consultada previamente con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, desconoció normas de la Constitución Política (CP) y de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Consecuencia de esta acción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional mediante sentencia C-366 decidió el 13 de mayo de 2011 declarar inexecutable, con efectos diferidos, la reforma minera de 2010.

El presente documento tiene como objetivo principal, a través de un formato de preguntas y respuestas brindar información sobre los alcances de la sentencia que declaró inconstitucional la ley que pretendía reformar el Código de Minas.

¿Qué dice la sentencia C-366 de 2011?

R/ El pasado 13 de mayo la Corte Constitucional, mediante sentencia C-366 de 2011, decidió declarar la inconstitucionalidad de la ley 1382 de 2010 (reforma al Código de Minas) al constatar que su trámite no garantizó el derecho fundamental a la consulta previa, el cual debió hacerse efectivo en la medida que este es un asunto que afecta directamente derechos e intereses de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes. Adicionalmente, la Corte ordenó diferir los efectos de la sentencia con el objetivo de salvaguardar normas que, a su juicio, precaven daños ambientales que podrían derivarse de su inconstitucionalidad inmediata.

Las consideraciones que la Corte decidió tener en cuenta para tal determinación se pueden resumir así:

- a. La consulta previa es un derecho de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendiente que se encuentra garantizado a través de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y reiteradas sentencias de la Corte Constitucional.
- b. El derecho a la consulta previa debe garantizarse en los casos que se vayan a adoptar medidas legislativas de carácter general que afecten especialmente derechos e intereses de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes.
- c. La reforma al Código de Minas, al tener como objetivo (i) regular el aprovechamiento de recursos mineros de manera competitiva; (ii) facilitar y ampliar la inversión, incluso de origen extranjero, en la actividad minera del país; (iii) formalizar las actividades mineras existentes y tecnificar las modalidades tradicionales y artesanales de explotación; (iv) incidir en el crecimiento económico y la superación de la pobreza; y (v) lograr conciliar la actividad minera con el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente, debió haber sido consultada previamente con los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes por estar regulando sistemáticamente materias que conforman o tienen la potencialidad de afectar, derechos e intereses de las comunidades étnicas tradicionales.
- d. Existe un consenso en el derecho internacional de los derechos humanos sobre la incidencia y afectación de la exploración y explotación minera en los territorios indígenas y afrodescendientes.
- e. Hay normas dentro de la reforma al Código de Minas que buscan precaver los graves efectos ambientales de la actividad minera y preservar ciertas zonas del impacto ambiental. Es por esta razón exclusivamente que la Corte Constitucional encuentra necesario diferir los efectos de la sentencia por el término de dos años.

Por las razones anteriormente expuestas la Corte Constitucional decidió:

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

Segundo.- Diferir los efectos de la inexequibilidad declarada por el término de dos (2) años, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.” (subrayas fuera del texto).

¿Qué significa que los efectos de la sentencia se hayan diferido?

R/ Por regla general las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales son de efecto inmediato, lo que significa que las consecuencias de la sentencia se dan una vez adoptada y publicada la decisión.



En el caso de las sentencias de inconstitucionalidad, en tanto su efecto principal es el de expulsar la norma del ordenamiento, la práctica de la Corte Constitucional colombiana, y en general de los principales tribunales constitucionales, ha demostrado que producto de esa decisión se pueden presentar circunstancias asimismo inconstitucionales por generar vacíos que afectan negativamente el ordenamiento jurídico y la vigencia de los preceptos constitucionales. En estos casos la Corte ha optado por suspender el efecto inmediato de la sentencia, cual es el de expulsar la norma del ordenamiento total o parcialmente, hasta tanto el órgano legislativo no emita en un término determinado una norma que evite se produzca esa circunstancia inconstitucional. Lo anterior no desconoce la incompatibilidad de la norma legal declarada inexecutable con la Constitución Política, sino que busca darle preponderancia a la coherencia del ordenamiento jurídico y así no afectar su validez y vigencia.

En el caso de la reforma al Código de Minas la Corte Constitucional encontró que eliminar del ordenamiento jurídico algunas normas de contenido o impacto exclusivamente ambiental comprendidas en ella, atentaba contra la vigencia de los preceptos constitucionales que ordenan al Estado la protección del ambiente.

Así pues, la consecuencia de haber diferido los efectos de la sentencia C-366 de 2011 por el término de dos años implica que la reforma al Código de Minas, en lo relacionado con normas de contenido o impacto exclusivamente ambiental, tendrá vigencia hasta tanto el Congreso de la República no expida una ley que regule la materia y que previamente haya garantizado el derecho a la consulta. En el caso que el Congreso de la República no tramite esta ley en el término de dos años, la norma saldrá íntegramente del ordenamiento jurídico.

¿La reforma al Código de Minas se encuentra vigente?

R/ Conforme a lo anteriormente expuesto: No. En tanto la Corte Constitucional encontró que la Reforma al Código de Minas, a pesar de ser una medida legislativa de carácter general que afecta los derechos e intereses de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, no fue consultada previamente desconociendo los preceptos constitucionales y del Convenio 169 de la OIT que así lo determinan. Ahora bien, salvo exclusivamente en aquellas normas relacionadas con la protección del ambiente, la Corte entendió que estas disposiciones deben guardar vigencia con el objetivo de salvaguardar este derecho colectivo. Lo anterior por cuanto en su parte resolutive la Corte Constitucional determinó

diferir los efectos de su decisión por el término de dos años de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia; en tanto lo que evidenció la Corte en sus consideraciones fue una posible desprotección de derechos ambientales con la salida inmediata del ordenamiento jurídico de algunas normas contenidas en la reforma, debe entenderse que los efectos son diferidos únicamente para estas medidas.

¿Qué implicación tiene que las únicas normas que se encuentran vigentes sean las relacionadas con aspectos ambientales?

R/ Implica que las autoridades administrativas o judiciales que pretendan aplicar una norma de la reforma al Código de Minas, deben demostrar que su aplicación tiene como efecto la preservación y/o protección de los derechos ambientales. Lo anterior por cuanto la Corte Constitucional circunscribió los efectos diferidos de la sentencia a lo contenido en las consideraciones realizadas, las cuales se encuentran relacionadas exclusivamente con aspectos de connotación ambiental.

¿Debe el gobierno Nacional presentar un proyecto de ley de reforma al Código de Minas nuevamente?

R/ No. La sentencia C-366 de 2011 no le impone al gobierno Nacional el deber de presentar un nuevo proyecto de ley de reforma al Código de Minas. Lo que sí obliga la sentencia es a que si se llegare a presentar una nueva iniciativa legislativa reformativa del Código de Minas, por ser esta una materia que afecta aspectos esenciales y constitutivos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, la adopción de esta medida debe estar precedida de un proceso legítimo de consulta previa en los términos de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional.

Conforme a lo anterior, la iniciativa legislativa podría ser gubernamental, congresional o incluso de origen popular. De igual manera podría suceder que no se presente proyecto alguno en los siguientes dos (2) años, contados a partir del 13 de mayo de 2011, que es el tiempo definido por la Corte, caso en el cual recobrará vigencia íntegramente el Código de Minas sin las reformas.

¿En qué afecta la sentencia los derechos a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado?

R/ Para evaluar correctamente los efectos de la sentencia C-366 de 2011 de cara al derecho a la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado, se hace necesario diferenciar entre el escenario de la adopción de medidas legislativas que deben garantizar el derecho, como es el caso de la reforma al Código de Minas, y el escenario de las medidas administrativas, como es el caso de la adjudicación de un título minero, el trámite de una licencia ambiental o la expropiación de un bien inmueble en territorio indígena o afrodescendiente.

1. Consulta previa de medidas legislativas

En lo que tiene que ver con las medidas legislativas, la sentencia C-366 de 2011 reafirmó el derecho fundamental que los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes tienen a ser consultadas previamente a la formulación y adopción de estas. En este sentido la Corte Constitucional enmarcó el derecho a la consulta previa de forma extensiva en tres hipótesis de medidas legislativas:

- a. Cuando por expresa disposición constitucional se señale que la medida legislativa debe estar sometida y garantizar el derecho a la consulta previa. Este es el caso de las medidas relacionadas con la explotación de recursos naturales en territorios de minorías étnicas correspondiente al artículo 330 de la CP.
- b. Cuando son medidas de carácter particular que regulan elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas. Un ejemplo de este tipo de medidas serían aquellas relacionadas con aspectos que exclusivamente afectan a indígenas y/o afrodescendientes, como sería el caso de una ley sobre etnoeducación, medicina tradicional o reparación integral diferenciada a víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.
- c. Cuando son medidas de carácter general que regulan sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades étnicas tradicionales. Este es el caso de medidas legislativas como el Código de Minas, la Ley Forestal o el Estatuto de Desarrollo Rural que, dado que regulan materias que hacen parte integral de las cosmovisiones indígenas y afrodescendientes, como es el territorio, la tierra y los recursos naturales, deben garantizar que su formulación y adopción cuenten con un proceso de participación legítima y efectiva las minorías étnicas.



De tal forma que la sentencia C-366 de 2011 corroboró en sede de constitucionalidad, y por ende en sala plena de la Corte Constitucional, que la legislación en materia minera, aún cuando sea de carácter general, es un asunto cuyas implicaciones tienen una especial connotación en los pueblos indígenas y comunidades afrodescendiente que requiere se garantice el derecho a la consulta previa.

Ahora bien. No obstante lo anterior, el hecho de haber diferido los efectos de la sentencia tiene un impacto negativo en la configuración del derecho a la consulta previa pues está dando pie para que por un lado se le de aplicación a normas que no fueron consultadas, aún cuando se traten de disposiciones de carácter ambiental; y por otro lado para que el legislador, de forma inconsulta, expida normas que deben ser consultadas, con la expectativa que la Corte diferirá los efectos de sus sentencias.

En síntesis, si bien la Corte adoptó una decisión en la que se concreta y extiende la jurisprudencia constitucional que reconoce que el derecho a la consulta previa debe garantizarse en la formulación y adopción de medidas legislativas de carácter general que afecten especialmente los derechos e intereses de las minorías étnicas, de igual forma se puede evidenciar un retroceso por el hecho de haber diferido los efectos de su sentencia.

2. Consulta previa y consentimiento libre, previo e informado de medidas administrativas

En tanto la sentencia C-366 de 2011 se dedicó exclusivamente a estudiar la constitucionalidad de una medida legislativa por ausencia de consulta previa, a saber la reforma al Código de Minas, este pronunciamiento no modifica de manera alguna los avances jurisprudenciales que en sede de tutela se han alcanzado, principalmente en lo relacionado con la exigencia del consentimiento libre, previo e informado en los casos que determinada concesión, adjudicación o permiso otorgado por las autoridades administrativas, ponga en riesgo la existencia y preservación de determinado pueblo indígena o comunidad afrodescendiente.

De esta manera los precedentes jurisprudenciales sentados por los casos “Mandé Norte” (sentencia T-769 de 2009) y “Chidima-Tolo y Pescadito” (sentencia T-129 de 2011) se encuentran intactos y fortalecidos con la sentencia C-366 de 2011, pues al tratarse de casos que evidencian la grave afectación que la minería produce al interior de las comunidades étnicas minoritarias, se confirma la necesidad de garantizar el derecho fundamental.

*Agosto 18 de 2011
Comisión Colombiana de Juristas*

Para mayor información, contactar a: Gustavo Gallón Giraldo, Director CCJ (Tel. 7449333, ext. 115)