



Bogotá D.C., 13-08-2019 08:24 AM

Doctor
JUAN CAMILO CA
Email:

RESERVADO

Antioquia
Medellín

Asunto: Consulta Áreas Estratégicas Mineras

En atención a su comunicación radicada en la Agencia Nacional de Minería bajo el número 20199020396692, por medio de la cual solicita concepto respecto del rechazo de las propuestas de contrato de concesión minera que se superponen con áreas reservadas estratégicas mineras, en el marco de las competencias de la Oficina Asesora Jurídica de esta Agencia se dará respuesta en los siguientes términos:

Como es de su conocimiento la Corte Constitucional en la Sentencia de Tutela T-766 de 2015, resolvió dejar sin valor y efectos las Resoluciones 180241 de 2012 del Ministerio de Minas, 045 de 2012 y 429 de 2013 proferidas por la Agencia Nacional de Minería y, advirtió al Ministerio del Interior, al Ministerio de Minas y Energía y a la Agencia Nacional de Minería que deberán agotar el procedimiento de consulta previa y de obtención del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habiten los territorios para la declaración y delimitación de áreas estratégicas mineras, de conformidad con las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional sobre la satisfacción de ese derecho fundamental.

Así, resulta claro que en virtud de lo ordenado por la Honorable Corte Constitucional las Resoluciones 180241, 0045 de 2012 y la Resolución 429 de 2013, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, respectivamente, por medio de las cuales se delimitaron y declararon áreas estratégicas mineras en los departamentos de Antioquia, Bolívar, Caldas, Cauca, Cesar, Chocó, Huila, La Guájira, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Tolima, Vallé del Cauca, Amazonas, Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada", actualmente no producen efectos.

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario hacer una interpretación integral de la sentencia de la Corte, esto es, una lectura armónica de su parte resolutoria y lo dispuesto en la *ratio decidendi*, con el fin de determinar el alcance jurídico del fallo y el rechazo de las propuestas de contratos de concesión en esas áreas precisamente en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional mediante la mencionada Sentencia.

J



Radicado ANM No: 20191200271581

Al respecto, es claro que: "(...) para dar aplicación al Fallo, se debe proceder con la anotación de la referida providencia en el Catastro Minero Colombiano, respecto de las áreas contenidas en los actos administrativos objeto de pronunciamiento y que se señalan en el artículo tercero de la parte resolutive de la T-766 de 2015, de tal manera que las autoridades concernidas surtan los procesos consultivos de participación con las comunidades étnicas, con miras a desarrollar procesos de selección objetiva para la exploración y explotación de los minerales estratégicos, como los que establece la Ley 1753 de 2015. Es decir, dichas áreas deben disponerse para que se efectúe el procedimiento de consulta previa y de obtención del consentimiento previo, libre e informado de las comunidades descritas"¹.

En este punto, se considera importante resaltar apartes de las consideraciones de la Sentencia T-766 de 2015, en la cual, para tutelar los derechos de las comunidades étnicas que habitan las zonas en las que se encuentran los minerales estratégicos, efectuó un amplio análisis del derecho a la consulta previa y la obtención del consentimiento previo, libre e informado, así como de las órdenes impartidas en dicho pronunciamiento, así:

"5.2. Alcance de la consulta y subreglas aplicables

"La jurisprudencia constitucional, así como las normas de derecho internacional relevantes, han definido los contornos de la consulta previa, mediante un conjunto de subreglas, principios y criterios que pueden ser concebidos como guías para los órganos competentes de adelantarla, los pueblos interesados y los particulares que se vean inmersos en el proceso consultivo. Así, en la sentencia T-129 de 2011² se recogieron las principales subreglas, que pueden sintetizarse, así:

"Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

"Reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (i) la consulta

¹ Memorando Oficina Asesora Jurídica ANM 20161200161133 del 21 de noviembre de 2016.

² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



Radicado ANM No: 20191200271581

debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.³

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

"(...)

"En ese orden de ideas, en las sentencias citadas (T-769 de 2009 y T-129 de 2011⁴), la Corporación estableció que si bien el deber general del Estado, en materia de consulta previa, consiste en asegurar una participación activa y efectiva de las comunidades con el objeto de obtener su consentimiento; cuando la medida represente una afectación intensa del derecho al territorio colectivo, es obligatoria la obtención del consentimiento de la comunidad, previa la implantación de la medida, política, plan o proyecto.

"(...)

"La consulta es entonces un balance adecuado para ese potencial conflicto en la mayoría de los casos. El consentimiento expreso, libre e informado, sin embargo -y siempre dentro de la lógica de la proporcionalidad-, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas y tribales obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos.⁵

"(...)

"Con base en las consideraciones previas se puede concluir, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, que la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse

³ Esta síntesis se basa en las sentencias T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

⁴ Magistrados ponentes: Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Iván Palacio Palacio, respectivamente.

⁵ Sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), ya citada: "(...) no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser".



Radicado ANM No: 20191200271581

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

Entonces, la Corte Constitucional exhorta a la Autoridad Minera, entre otras entidades, para adelantar el trámite de consulta previa y obtener el consentimiento previo, libre e informado para garantizar la integridad cultural, social y económica de las comunidades étnicas que se encuentran en el área objeto del pronunciamiento judicial, con antelación a la delimitación y declaración de las áreas estratégicas mineras, con el fin de que sean adjudicadas mediante procesos de selección objetiva, pero respetando los derechos de las comunidades asentadas en dichos territorios.

En ese orden de ideas, se ha considerado por parte de esta Oficina Asesora Jurídica⁶ que la Corte Constitucional en la Sentencia T-766 de 2015, al dejar sin valor y efecto las Resoluciones 180241, 0045 de 2012 y 429 de 2013, lo hizo con el propósito de que previo a delimitar y declarar áreas estratégicas mineras, se realice la consulta previa y se obtenga el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas que habitan esos territorios, de tal manera que se garanticen sus derechos fundamentales, y no con la finalidad de permitir que dichas áreas sean liberadas o desanotadas para el otorgamiento de contratos de concesión de los que trata la Ley 685 de 2001, hasta tanto se produzca la decisión definitiva por parte del Consejo de Estado respecto de la legalidad de los mencionados actos administrativos, de no ser así, se estaría vulnerando el mandato del Máximo Tribunal Constitucional y desnaturalizando la finalidad del derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades que pudieran llegar a verse afectadas, de acuerdo con el mandato judicial.

Se ha considerado que una conclusión diferente, menguaría los derechos de esas colectividades y desvirtuaría lo ordenado por el máximo juez constitucional que tuteló los derechos fundamentales de las comunidades étnicas que contaran con identidad fáctica y jurídica de las accionantes, al considerar "(...) que cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la validez de los actos administrativos, asunto que escapa a la competencia del juez constitucional, cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente." (Negrilla y subrayado fuera del texto).

⁶ Ver conceptos Oficina Asesora Jurídica 20161200139893 del 4 de octubre de 2016, 20161200161133 del 21 de noviembre de 2016.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-547 de 2010



Radicado ANM No: 20191200271581

Entonces, con el fin de dar cabal cumplimiento a la orden judicial se anotó la mencionada sentencia en el Castrato Minero reservando las áreas sobre las que recae la Sentencia, para disponerlas para la realización de la consulta previa y la obtención del consentimiento previo, libre informado de las comunidades étnicas, como procedimiento previo a su declaración y delimitación de dichas áreas, se insiste tal y como lo ordenó la Corte Constitucional.

Ahora bien, respecto del rechazo de las propuestas presentadas con posterioridad a la sentencia T-766 de 2015, sobre las áreas mencionadas en esa providencia, se tiene que al acreditar que *“es interés del Gobierno Nacional lograr el crecimiento y desarrollo sostenible del sector minero colombiano bajo un concepto de responsabilidad técnica, ambiental y social, en el que se haga un aprovechamiento racional de los minerales estratégicos que posee el país, bajo los mejores estándares de operación y de seguridad e higiene minera, a través de la obtención de las mejores condiciones y beneficios para el Estado y las comunidades que se encuentran ubicadas en estas áreas estratégicas mineras”*. (subrayado fuera del texto); se considera que de acuerdo con los fundamentos jurídicos expuestos no se consideran libres, y por lo tanto se procede al rechazo.

En conclusión, se reitera que la orden proferida por la Honorable Corte Constitucional, la cual ha sido cabalmente cumplida por esta Agencia, al dejar sin valor y efecto las Resoluciones 180241, 0045 de 2012 y 429 de 2013, tuvo como propósito que previo a delimitar y declarar áreas estratégicas mineras, se realice la consulta previa y se obtenga el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas que habitan esos territorios, de tal manera que se garanticen sus derechos fundamentales, y no con la finalidad de permitir que dichas áreas sean liberadas o desanotadas para el otorgamiento de contratos de concesión de los que trata la Ley 685 de 2001, hasta tanto se produzca la decisión definitiva por parte del Consejo de Estado respecto de la legalidad de los mencionados actos administrativos.

De esta manera damos respuesta a sus inquietudes, recordándole que el presente se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, por lo cual su alcance no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Atentamente,


JUAN ANTONIO ARAUJO ARMERO
Jefe Oficina Asesora Jurídica.

Ancxos: 0.

Copia: No aplica.

Elaboró: Mónica María Muñoz B. - Contratista

Revisó: No aplica.

Fecha de elaboración: 02-08-2019

Número de radicado que responde: 20199020396692

Tipo de respuesta: Total.



AGENCIA NACIONAL DE
MINERÍA



Radicado ANM No: 20191200271581

Archivado en: conceptos OAJ.