



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación: 11001-03-26-000-2014-00017-00 (49948)

Actor: LUIS ALFONSO ARIAS GARCIA

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE MINERIA

Medio de control: NULIDAD

Procede la Sala Dual a resolver el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte demandada AGENCIA NACIONAL DE MINERIA, contra el auto de fecha 17 de junio del 2015 proferido por esta Corporación, mediante el cual se revocó la decisión adoptada por el mismo en auto de 16 de diciembre de 2015, procediendo a suspender provisionalmente los efectos del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución No. 396 de 14 de junio de 2012.

ANTECEDENTES

1.- La parte actora LUIS ALFONSO ARIAS GARCIA, actuando en nombre propio interpuso demanda de Nulidad Simple en contra de la AGENCIA NACIONAL DE MINERIA¹, con el objeto que se declarare la nulidad del inciso segundo del artículo segundo (2°) de la Resolución No. 396 de 14 de junio de 2013, *por medio de la cual se establece el procedimiento para la radicación de las solicitudes mineras en ejercicio del derecho de prelación consagrado en los artículos 124 y 133 del Código de Minas*, acto administrativo publicado el 14 de junio de 2013.

2.- En auto de fecha 16 de diciembre 2014 el Despacho de la Consejera Olga Mélida Valle De De La Hoz, resolvió negar la solicitud de suspensión provisional del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución 396 de 14 de junio de 2012. Dicha decisión se notificó por estado del 16 de enero de 2015.

¹ Fls 1-11, cuaderno principal



3.- En escrito del 20 de enero de 2015², la parte actora interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión, argumentando:

*“(...) Es evidente la violación de los artículos 6, 84, 113, 121, 150-2 y 211 de la Constitución Política de Colombia, puesto que como su Despacho señala de manera acertada, a través de la expedición de la Resolución 396 de 2012, la **Agencia Nacional de Minería incluyó un trámite no contemplado por el legislador para el ejercicio del derecho de prelación o preferencia**, lo cual, sin lugar a dudas, constituye, sin necesidad de profundizar en el tema, una extralimitación de sus funciones y un inocultable exceso en el ejercicio de sus potestades reglamentarias, las cuales, como se verá, tampoco había lugar a ejercer.” (Fl. 38-38, C2)*

4.- El día 26 de enero del 2015, se fijó en lista el escrito de recurso de reposición interpuesto por el termino de tres (3) días, frente a lo cual la parte demandada guardo silencio, no en cambio, el Ministerio Público, expuso que

“Tal como lo señaló la Corte Constitucional las acciones tendientes a la comunicación, información, etc., a las comunidades debe hacerse efectiva antes del término de 30 días, sin que la ley, ni tampoco la interpretación constitucional permitan inferir que después de vencido el término de 30 días exista uno adicional, seguido de un “requerimiento” por la autoridad minera.

(...)

En virtud de lo expuesto el Ministerio Público solicita revocar el auto recurrido y en su lugar declarar la suspensión provisional del inciso segundo del art. 2 de la resolución 396 de 14 junio de 2012, por ser contraria a norma superior a la cual está supeditada.” (Fl. 49, C2)

5.- Mediante auto de fecha 17 de junio de 2015³, la Corporación procedió a resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante, respecto del cual resolvió revocar la providencia del 16 de diciembre del 2014 y en su lugar suspender provisionalmente los efectos jurídicos del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución N° 396 de 14 de junio de 2012. Dicha decisión se notificó por estado el 26 de junio del 2015.

6.- Dentro del término de ejecutoria del auto antes mencionado, mediante escrito de 2 de julio de 2015 la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA, interpuso recurso de súplica⁴, contra la providencia del 17 de junio del 2015, solicitando reconsiderar la medida cautelar de suspender los efectos jurídicos de la resolución demandada.

² Fls 37- 42, ibídem

³ Fls 51-61, ibídem

⁴ Fls 64- 67, ibídem



7.- La Secretaría de esta Corporación realizó fijación en lista, con fecha 6 de julio de 2015, por el término de (2) días para el pronunciamiento de las partes.

8.- Mediante escrito de 8 de julio de 2015⁵, la parte demandante intervino con sus consideraciones frente al recurso de súplica interpuesto, solicitando confirmar la medida cautelar de suspender los efectos jurídicos de la resolución abordada.

CONSIDERACIONES

1.- Procedencia del recurso ordinario de súplica

1.1.- A efectos de resolver el presente asunto, se debe precisar la procedencia y oportunidad del recurso de súplica contemplado en el artículo 246 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el cual manifiesta lo siguiente: *“El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única, o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto.”* Con base en ello, es de tener en cuenta que el recurso ordinario de súplica, únicamente procede frente a los autos interlocutorios dictados por el ponente; y en lo que concierne a la oportunidad para su interposición dicha regla prescribe que *“este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda”*.

1.2.- De esta manera, vale decir que el de súplica se instituye como un recurso judicial tendiente a controvertir la decisión interlocutoria dictada por el Ponente, siendo esta la razón por la cual, la Sala dual, con exclusión de quien dictó la decisión, es la competente para conocer del mismo. Por tanto, no es procedente que por conducto del mismo se pretenda que la Sala dual (en el caso de las Subsecciones) socave la competencia del ponente para dictar las decisiones de trámite e instructoras del proceso judicial, ya que no se instituye como una instancia u oportunidad alternativa a la del ponente para decidir las cuestiones procesales que sobrevengan al proceso;

⁵ Fls 69- 73, ibídem



recuérdese, por último, que el recurso ordinario de súplica persigue como finalidades el obtener que la decisión impugnada sea modificada o revocada por la Sala Dual.

1.3.- El recurso de súplica interpuesto en el *sub judice*, por la Agencia Nacional de Minería-, satisface el requisito de oportunidad dado que la providencia de 17 de junio de 2015 fue notificada por estado el 26 de junio del mismo año, por lo cual, para dicho sujeto procesal, el término de ejecutoria transcurrió entre el 30 de junio al 2 de julio de 2015, lo cual lleva a concluir que al interponerlo el día 2 de julio de 2015, se propuso como lo establece la ley.

2.- Las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.1.- Los artículos 229 y siguientes del CPAyCA instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia⁶⁻⁷; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el

⁶Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.” Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido C-490 de 2000.

⁷ “4. (...) el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite*”.

5. (...) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo⁷.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros. En el mismo sentido véase: Caso Del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 Marzo de 2006, considerando cuarto; Caso Del Internado Judicial De Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando cuarto.



momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda “la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón”⁸.

2.2.- El anterior aserto se sustenta en que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc.; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración. En otras palabras, al decir de Schmidt-Assmann, con la tutela cautelar “se pretende evitar “hechos consumados” y, así garantizar la temporalidad de la tutela judicial, aunque sólo sea de forma provisional.”⁹.

2.3.- Avanzando en la tipología desarrollada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se diferencia entre medidas cautelares *preventivas*, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; *conservativas* que buscan mantener o salvaguardar un *statu quo ante*; *anticipativas*, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de *suspensión* que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

2.4.- Es preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se

⁸CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di dirittoprocessoalecivile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147.

⁹ SCHMIDT- ASSMANN Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objetos y fundamentos de la construcción sistemática, Madrid, Barcelona, Marcial Pons - INAP, 2003, p. 237.



mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos” y, por último, “impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

2.5.- Por último, la Sala pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y con las que se procura la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde – dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado – se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la misma, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código).

2.6.- Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos¹⁰,dejando la medida de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial *sui generis* de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia.

2.7.- Esta interpretación ha sido acogida favorablemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en reciente providencia fijó este

¹⁰ Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.



alcance avanzado de las medidas cautelares, específicamente, de las denominadas de urgencia, señalando que este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal requisito. La Sala Plena manifestó lo anterior en los siguientes términos:

“Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar. En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal. Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos”¹¹.

2.8.- Con base en la anterior jurisprudencia, cabe comprender y reconocer a la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, para la procedencia de las medidas cautelares debe tenerse en cuenta presupuestos constitucionales, convencionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez Administrativo le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos. Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están llamadas a satisfacer, implica que se concreten como verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos¹².

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2014, exp. 2013-06871.

¹² Al respecto es valioso resaltar el hecho de que otras jurisdicciones han experimentado la adopción de este tipo de medidas preliminares, autónomas y de eficacia inmediata para la protección de los derechos de las personas, tal como se refleja en el sistema jurídico brasilero en donde se ha establecido la llamada “medida liminar” comentada por Berizonce en los siguientes términos “La medida liminar se dispone inaudita parte en el proveimiento inicial, salvo



2.9.-Criterio de aplicación. Por otro lado, en cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad para adoptarla así como para modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez tener en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, se desprende, además de las exigencias constitucionales y convencionales, de la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela que “el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, **mediante un juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (artículo 231 CPAyCA) (Resaltado propio).

2.10.- Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un

en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22 § 2°). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado, lo que autoriza el art. 7°, III, es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos.” BERIZONCE, Roberto Omar. Tutela de urgencia y debido proceso. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 37. Disponible en el enlace web: <http://www.icdp.co/revista/articulos/37/RobertoOmarBerizonce.pdf> [sin numeración en el documento digital]. En similar sentido, el ordenamiento jurídico francés, desde el año 2000 (Ley No. 2000-597 de 30 de junio) ha conocido la formulación de los denominados référé que corresponde a un conjunto de medidas de urgencias que pueden ser adoptadas por el “juge des référés” y consistente en i) un référé de suspensión, mediante el cual se puede ordenar la suspensión de la ejecución de cierta decisión, y de ciertos efectos siempre que la urgencia así lo justifique (artículo 5°), ii) un référé de libertad, mediante el cual el Juez puede ordenar las medidas que se consideren necesarias para dejar a salvo una libertad fundamental que está siendo afectada por una persona de derecho público o particular encargado de la gestión de un servicio público, siempre que sea un atentado grave y manifiestamente ilegal (artículo 6°) y iii) el référé conservativo, dirigido a adoptar las “medidas útiles” en un procedimiento administrativo en donde aún no se ha adoptado una decisión por parte de la autoridad (artículo 7°). Para un comentario de tales medidas véase la intervención realizada por el señor Consejero de Estado francés Marc Durand-Viel a la ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio sobre medidas cautelares en el marco del seminario franco-colombiano de reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. La memoria de dicho encuentro (págs. 157-159, c1) se encuentra disponible en el enlace web: <http://www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf> [Consultado el 6 de marzo de 2014] El texto de la Ley puede verse en el siguiente enlace web: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000204851&categorieLien=id> [Consultado el 6 de marzo de 2014].



razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*¹³, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad¹⁴. Sobre la aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, se ha sostenido en anteriores ocasiones:

“1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho¹⁵, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple “habilitación” normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “libertad de selección”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

(...)

6.- Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar

¹³ Como ya se ha sostenido, estos principios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* significan que “siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 45316 (entre otras decisiones similares).

¹⁴ En cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

¹⁵ MELKEVIK, Bjarne. Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p.141: En el otro extremo, y que cabe comprender también dentro del discurso de la modulación de la discrecionalidad se encuentra la tesis de Habermas acerca del estado de derecho democrático: “El Estado de derecho democrático no es simplemente un Estado de dominación, de amenaza, como lo había preconizado MAX WEBER. HABERMAS llega incontestablemente a una conclusión opuesta. En efecto, WEBER concibe el derecho como una dominación y sostiene así una concepción positivista del derecho ajena a toda cuestión de legitimidad. Por el contrario, HABERMAS, como lo habíamos mencionado, fusiona las nociones de legitimidad y de legalidad, lo cual es símbolo del paradigma democrático de la autolegislación que se efectúa por intermedio del proceso democrático que debe situarse dentro del corazón mismo del Estado moderno. Se desprende de lo anterior que el Estado no puede ser legítimo o legal sino en la medida en que respete al proceso democrático. Dicho de otra manera, el Estado democrático no puede ser sino el destinatario de la legitimidad y de la legalidad que le otorga el mencionado proceso. El respeto a los derechos, a las normas y a las instituciones seleccionadas, así como la institucionalización de la seguridad y de la estabilidad jurídicas reposan, en consecuencia, exclusivamente sobre los procesos democráticos. Esta es la razón por la cual el Estado de derecho democrático no puede en adelante estructurarse a partir del poder y de la dominación. No tiene otra fuente de legitimidad y de legalidad que aquella que le otorgan esos procesos democráticos”.



decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho¹⁶, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad¹⁷.

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización¹⁸, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial¹⁹. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.²⁰

¹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid, 2004, pp.79 a 86.

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2a ed. 1a reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp.208 y 209.

¹⁸ ALEXY, Robert, "Deber ideal", en BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (eds). Desafíos a la ponderación. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p.14.

¹⁹ STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64).

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada "El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos", dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática", en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; "Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo", en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; "Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa", Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); "El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración", en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro).



2.11.- En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica **i)** que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); **ii)** que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario **iii)** llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación²¹, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos²² (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra *justificado* que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPAyCA da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4 literales a) y b) cuando prescribe como exigencia

“Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”*

2.12.- Es en los anteriores términos que se impone analizar el contenido y alcance, en general, de las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²¹ La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epílogo). 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

²² A través de una escala tríadica de leve, medio o intenso.



3.- La suspensión provisional de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.

3.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción. En consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos²³. En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho²⁴.

3.2.- De acuerdo con los anteriores argumentos, cabe afirmar que la suspensión provisional como medida cautelar diseñada para el procedimiento contencioso administrativo procede, a petición de parte, “cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud”, figura que ha sido ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación²⁵, precedente vigente para entender el alcance de la Ley 1437 de 2011 en esta materia, en los siguientes términos:

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: “La jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos –y por consiguiente el perjuicio- se han consumado”.

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo. Contencioso Administrativo, T.III, 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.482.

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 22 de marzo de 2011, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38.924.



“... En efecto, la figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, inherente a las funciones de control preventivo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativa que impide, previa decisión motivada de la autoridad judicial competente, que los actos de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente sobre su constitucionalidad o legalidad, previniendo de esta manera el peligro que tal situación implica para el interés general de las instituciones y en particular para los asociados,²⁶ por lo tanto, instrumento vital de carácter material consolidador de los presupuestos de la cláusula constitucional del Estado social de derecho...”

Es provisional porque su existencia es precaria toda vez que el pronunciamiento de la decisión final normalmente la extingue, sin olvidar que puede ser modificada o levantada en presencia de las circunstancias previstas por la ley; objetiva porque la decisión que la adopte debe fundarse en estrictas consideraciones de clara y evidente contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, y no en consideraciones personales o subjetivas del juzgador; accesorio porque no constituye el centro del debate procesal y está sujeta a lo que disponga el fallo que ponga fin al proceso; y, finalmente, motivada porque siendo una decisión judicial, la garantía del debido proceso y el deber del sometimiento del juez al imperio de la ley, exigen una adecuada y suficiente exposición,²⁷ argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta²⁸ la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación,²⁹ el hecho de exigirse una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye en manera alguna la interpretación de la ley ni la debida y suficiente motivación por parte del juez de lo contencioso administrativo.

Ahora, la realización de esta actividad garantística de motivación no implica romper las fronteras de una medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

De otro lado, esa manifiesta infracción debe establecerse a partir de la aplicación de alguna, o de ambas, de las metodologías indicadas en el inciso 2 del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, esto es, de la confrontación directa del acto administrativo impugnado con el ordenamiento jurídico superior invocado como infringido, o también, mediante la confrontación del acto administrativo impugnado con el texto de los documentos aducidos con la solicitud que por sus características o contenidos normativos permitan establecer lo manifiesto de la infracción al ordenamiento jurídico.

En síntesis, para la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo resulta imprescindible que la vulneración del ordenamiento jurídico sea evidente, ostensible o notoria, vulneración que se pone en evidencia por medio de cualquiera de las dos metodologías antes mencionadas, esto es, el juez debe llegar a esa conclusión realizando un cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas o mediante el análisis de los documentos presentados con la solicitud.

Finalmente, entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado debe existir una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-977 de 1992.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2010.

²⁸ Artículo 303 del C. P. C. que desarrolla los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de Mayo de 2009, (Expediente 36.476).



cautelar se tornaría improcedente ya que no se configuraría la manifiesta infracción a la que se refiere expresamente el artículo 152.2 el C. C. A.”

3.3.- En relación con este aspecto de la necesaria motivación de toda providencia que resuelva la solicitud de suspensión provisional debidamente solicitada dentro de un proceso contencioso administrativo en esta misma providencia se hace énfasis en lo siguiente:

“La Sala considera que la interpretación y la argumentación son imprescindibles e inescindibles en la actividad judicial.

En efecto, los jueces están conminados de manera permanente y continúa a interpretar las normas, incluso cuando se considera que una determinada disposición jurídica es clara y unívoca, pues en estos eventos el Juez, previamente, ha desarrollado un ejercicio hermenéutico para arribar a tal conclusión.

Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente “la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella.”³⁰

Pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (Como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C. C. A: “manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho.”³¹

3.4.- Su procedencia está determinada por la violación al ordenamiento jurídico mediante la subsunción de un acto administrativo con el universo normativo de principios y valores al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad en sentido amplio mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado.

3.5.- Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen

³⁰ Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6.

³¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de marzo de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38924.



derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.

3.6.- Ahora bien, para arribar a la conclusión de que la norma demandada atenta contra el orden jurídico debe el juez necesariamente hacer un proceso de interpretación del derecho y materializarlo en una debida y suficiente motivación, sin romper las fronteras que implica la medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

3.7.- También debe el juez establecer que entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado exista una situación de subordinación jurídica, pues de no existir la medida cautelar se tornaría improcedente, ya que no se configuraría la subsunción que se exige para configurar la infracción que demanda la medida de suspensión provisional.

3.8.- Requisitos de la solicitud de suspensión provisional.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, en los siguientes términos:

*“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 231. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.
(...)”*

3.9.- De la normativa en cita, se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que i) sea solicitada por el demandante, ii) procede cuando existe una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del



derecho debe acreditarse, de manera sumaria los perjuicios que se alegan como causados por los actores.

3.10.- Ahora bien, bajo los supuestos legales referidos y para determinar sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional del aparte acusado se procederá a efectuar el respectivo análisis de cada uno de los cargos invocados por el actor, para así determinar si en el presente asunto se vislumbra una infracción evidente u ostensible de las normas superiores cuya transgresión se alega.

4.- Los cargos esgrimidos por el actor.

4.1.- El actor elevó solicitud de suspensión provisional respecto del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución No. 396 del 14 de junio de 2012 proferida por la Agencia Nacional de Minería.

4.2.- Consideró que la Agencia Nacional de Minería se extralimitó en su competencia al establecer mediante la Resolución demandada, requisitos adicionales a los previstos en el artículo 275 del Código de Minas, toda vez que el mencionado acto administrativo no cuenta con un soporte jurídico, respecto del trámite establecido en el artículo indicado, el cual exterioriza la comunicación de la propuesta a los grupos étnicos y el término de estos para ejercer su derecho de prelación.

4.3.- Por consiguiente, el aparte respecto del cual se solicita la suspensión provisional de efectos viola los artículos 35 y 275 del Código de Minas, en la medida que “desarticula el trámite previsto por el Legislador frente a la definición de las áreas sobre las cuales se hubiere ejercido el derecho de prelación o preferencia, en tanto establece un término adicional al previsto en el citado artículo 275, sin considerar que los artículos 35 y 276 *ibídem*, dependen en su desarrollo de aquél”.

4.4.- Del mismo modo, adujo la parte demandante que dicha disposición vulnera de manera contundente y evidente la Constitución Política en sus artículos 6, 84, 113, 121, 150 (numeral 2) y 211, estimando que “la Constitución Política es clara al establecer que: (i) ningún servidor público podrá ejercer funciones que no estén expresamente previstas en la ley; (ii) las autoridades públicas no pueden exigir licencias, permisos o



requisitos adicionales a los establecidos en la ley; (iii) la facultad para expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones es exclusiva del Congreso de la República; y, (iv) la facultad reglamentaria del ejecutivo se ejerce mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes *necesarios* para la cumplida ejecución de las leyes.”

5.- El escrito de oposición a la medida cautelar.

5.1.- La Agencia Nacional de Minería, en escrito de 21 de noviembre de 2014 (fls 18-21, c2), solicitó se denegara la medida cautelar.

5.2.- Manifestó que la aseveración realizada por el actor faltaba a la verdad, ya que el artículo demandado lo único que hace es desarrollar las facultades y competencias que la Ley radica en cabeza de esta entidad pública, y que no se pretendió reformar el contenido del artículo 275 del Código de Minas. Así lo señaló el demandado: “es claro que la disposición atacada fue expedida con total acatamiento de la Constitución y la ley, careciendo de sustento jurídico afirmar que dicho acto es ilegal por abrogarse facultades exclusivas del Congreso de la República. Adicionalmente, para el caso que nos ocupa, se debe manifestar que todos los actos administrativos expedidos por autoridades competentes gozan de la presunción de legalidad, la cual sólo puede ser desvirtuada a través de fallo judicial. De esta forma, al expedirse la disposición materia de inconformidad, no cabe duda que este principio de legalidad se cumplió en toda su extensión.”

6.- La providencia que decretó la suspensión provisional del aparte demandado.

6.1.- Mediante auto de 17 de junio de 2015 el Despacho de la Consejera Olga Mélida Valle De De La Hoz procedió a decretar la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución 396 de 14 de junio de 2012, proferida por la Agencia Nacional de Minería - ANM.

6.2.- Como consideraciones indicó que le asiste razón a la parte actora en solicitar dicha medida cautelar en contra de la norma demandada, ya que constituye una



extralimitación de la potestad reglamentaria de la Agencia Nacional de Minería, así se motivó: “De la comparación normativa entre la disposición acusada y los preceptos legales que regulan el término y el procedimiento para que los grupos étnicos ejerzan su derecho de preferencia respecto a las propuestas de contratos de concesión minera (artículos 275 y 276, en concordancia con el 124 del Código de Minas), para el Despacho es claro que el ejecutivo excedió su potestad reglamentaria al exceder las disposiciones legales adicionando un término de un mes para que las mencionadas comunidades radiquen su propuesta de contrato de concesión y estableciendo un procedimiento consistente en el requerimiento que debe realizar la autoridad minera, mediante comunicación escrita, al grupo étnico”.

7.- Motivación del recurso ordinario de súplica.

7.1.- El apoderado de la Agencia Nacional de Minería en escrito de 2 de julio de 2015 procedió a interponer recurso de súplica en contra de la decisión adoptada el 17 de junio de 2014, solicitando se revocara el mismo, toda vez que el inciso demandado no modificó los plazos previstos en el artículo 275 de la Ley 685 de 2001, por el contrario se mantienen inalterados.

7.2.- Igualmente, manifestó que existía un vacío legal respecto del término para que los grupos étnicos puedan presentar la presentación de la propuesta de contrato de concesión, y que la autoridad minera no buscaba más que precisar el procedimiento administrativo, así se evidenció en su oficio: “De las aseveraciones previamente transcritas, las cuales valga reiterar no son correctas, se puede ver claramente como el Honorable Despacho confunde el término que la Ley otorga para **ejercer** el derecho de prelación con el que tienen estas Comunidades para **presentar** su propuesta de contrato de concesión, el cual valga la pena aclarar; se concede **previo ejercicio del derecho de prelación y como consecuencia necesaria de aquel.** Así las cosas, es preciso enfatizar que una cosa es el ejercicio de derecho de prelación, para lo cual la Ley consagra un término de 30 días, y otra muy diferente la presentación de la propuesta de contrato de concesión, para lo cual **no se estableció término legal alguno**”.



8.- Problema jurídico

8.1.- Planteados como quedaron los términos del asunto a decidir, el problema jurídico que debe ser resuelto en esta oportunidad se concreta en determinar si puede una norma administrativa crear, modificar o agregar términos, medidas o instancias que hagan parte del procedimiento administrativo minero, como por ejemplo el fijar la regla del desistimiento por la no concurrencia de manifestación de interés de grupos indígenas y/o comunidades negras.

8.2.- Inicialmente, se advierte que la Sala comparte plenamente lo dispuesto en el auto objeto del recurso ordinario de súplica, ya que si bien el debate se realizó en cuanto a los términos para que se surtiera la manifestación por parte de los grupos indígenas y/o comunidades negras, tal argumentación se refuerza precisando el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar esta decisión, tales como: (1) control de convencionalidad, (2) derechos de los grupos indígenas y comunidades negras, (3) la necesaria regulación de los procedimientos administrativos por vía legislativa, (4) contenido y alcance del aparte respecto del que se solicita la suspensión provisional de efectos, (5) caso en concreto.

9.- Control de convencionalidad³².

9.1.- El control de convencionalidad³³ es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con

³² Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (exp. 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (exp. 19195), sentencia de 1° de febrero de 2012 (exp. 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (exp. 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (exp. 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (exp. 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (exp. 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (exp. 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (exp. 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (exp. 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (exp. 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (exp. 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (exp. 28505), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 35413), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 26737), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 45433), sentencia de 26 de febrero de 2015 (exp. 30924), sentencia de 6 de mayo de 2015 (exp. 31326). Auto de 24 de septiembre de 2012 (exp. 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (exp. 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (exp. 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (exp. 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (exp. 42402), Auto de 1° de diciembre de 2014 (Exp. 44586), entre otras providencias.



mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”³⁴

9.2.- Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile,”³⁵ lo cierto es que desde antes del 2002,³⁶ e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

9.3.- Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,³⁷ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

9.4.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de

³³ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”. En: BREWER CARIAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

³⁴ “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

³⁶ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.



garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma³⁸ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”³⁹

9.5.- Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.⁴⁰

9.6.- Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁴¹

³⁸ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>]; consultado el 9 de febrero de 2014].

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

⁴⁰ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>]; consultado el 9 de febrero de 2014].

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene



9.7.- En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de inconvencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

9.8.- Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales,⁴² sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su intérprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

9.9.- Dicho con otras palabras, no es la autoridad local quien determina la medida y alcance de la Convención, sino que es la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones.

9.10.- El control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, sino que ha tenido cabida cuestionada en el derecho comunitario europeo, en el que se planteó la denominada doctrina “Simmenthal”. Se trata del caso “Administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia del 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el que consideró:

[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera

directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

⁴² Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”



disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”⁴³

9.11.- Como puede observarse, el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración está llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano.

10.- Derechos de los grupos indígenas y comunidades negras.

10.1.- A lo largo del ordenamiento jurídico constitucional son varias las disposiciones dirigidas a proteger y garantizar los derechos (como colectivo) de grupos indígenas y las comunidades negras. Así, el artículo 7° superior refiere que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”; el inciso segundo del artículo 13 instituye un auténtico deber positivo a cargo del Estado dirigido a promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y [adoptar] medidas en favor de grupos discriminados o marginados”, mientras que el parágrafo del artículo 330, sobre territorios indígenas, enseña que

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.” (Resaltado propio).

10.2.- Sin embargo, el marco de protección de los grupos indígenas y las comunidades negras se extiende y amplía desde una perspectiva convencional.

10.3.- Así, en primer lugar, es preciso señalar que conforme al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT (adoptada el 7 de junio de 1989) se

⁴³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “administration des finances italiennes c. Simmenthal, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.



comprenden⁴⁴ como comunidades indígenas aquellas que descendan “*de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*” [artículo 1.1 (b)]. Por otra parte, el mismo Convenio considera por pueblos tribales a aquellos “*cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial*” [artículo 1.1 (a)]; debiendo precisarse en este punto que, conforme al entendimiento de la jurisprudencia constitucional⁴⁵, cabe encuadrar a las comunidades negras dentro del concepto de “*pueblos tribales*”, por cuanto satisfacen los elementos objetivos y subjetivos previstos en el Convenio para su aplicación⁴⁶.

10.4.- Dicho Convenio se ocupa de reconocer y garantizar, para los pueblos indígenas y tribales, el deber de los Estados de adoptar acciones tendientes a proteger los derechos de estos grupos (artículo 2), reconocer la plena titularidad y ejercicio, sin discriminación ni obstáculos, de los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 3°), reconocer el deber de los Estados de consultar a los pueblos “interesados” cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; establecer medios para que estos pueblos puedan participar en la adopción de decisiones en instituciones encargadas de la adopción de políticas y programas que les conciernan y establecer mecanismos para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos (artículo 6), reconocer el derecho que tienen a participar “en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional

⁴⁴ Es preciso advertir que ni el Convenio de la OIT ni la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas proveen una definición o concepto de lo que se entiende por pueblos indígenas o tribales. Se trata de criterios descriptivos respecto de los pueblos sobre los que recae la protección jurídica de dichos instrumentos.

⁴⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001, T-576 de 2014, entre otras.

⁴⁶ “Es así como, en síntesis, la norma internacional [Convenio 169] en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado.” Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001.



y regional susceptibles de afectarles directamente” (artículo 7°), el respeto de los gobiernos por la “importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13.1) y, entre otros, el derecho de que gozan estos pueblos de protección de los recursos naturales existentes en las tierras que habiten, lo que comprende “el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (artículo 15.1).

10.5.- Por otra parte, se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de dicho organismo⁴⁷, que refiere – para el interés de este proveído – al reconocimiento del pleno ejercicio de derechos por parte de los indígenas, como pueblo y como individuos (artículo 1°); el derecho de participación “en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos (...) así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones” (artículo 18); derecho a “mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado (...)” (artículo 25) y el derecho a “las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o adquirido (...)” (artículo 26).

10.6.- Ahora, debe referir la Sala que tanto los pueblos indígenas como los tribales gozan, desde la perspectiva de los instrumentos internacionales así como en el derecho interno, de la misma protección y garantía de sus derechos y libertades. Así, la jurisprudencia constitucional ha afirmado: “*Los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus integrantes*”⁴⁸, lo que se corresponde con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual:

“86. (...) la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación

⁴⁷ Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 61/295 adoptada el 13 de septiembre de 2007.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2014.



especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo.”⁴⁹

10.7.- Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido, respecto de los grupos indígenas y tribales, el derecho que les asiste a que se les respete y garantice el derecho a su propiedad comunal ancestral y su integridad y cosmovisión socio-cultural.

10.8.- Es claro que para los pueblos indígenas y tribales el sentido de la propiedad comunal (derecho de preferencia) no se agota en la mera posesión de la tierra, pues para tales comunidades existe una notable conexión entre su territorio y su identidad cultural, material y espiritual.

10.9.- Así, la Corte ha afirmado que *“Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”*⁵⁰, a lo que se agrega que el mismo Tribunal reconociera, posteriormente, que el derecho de propiedad que trata el artículo 21 de la Convención⁵¹, en relación con los pueblos indígenas, resguarda su supervivencia y la protección de los recursos naturales que se encuentran en su territorio. En el *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku c. Ecuador* la Corte razonó así sobre este punto:

“146. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. **Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad**

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam. Fallo de 28 de noviembre de 2007.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni c. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001. (párr. 149).

⁵¹ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.



de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.⁵²

10.10.- Dentro de este marco jurídico es que se comprende el derecho de las comunidades indígenas y afrodescendientes de participar de manera activa y real en aquellas decisiones de las autoridades estatales que les afectan o impactan en el goce de sus derechos como comunidad y a nivel individual.

10.11.- Y es que tales derechos conjugados con la cláusula democrática del Estado colombiano lleva a decir, como no podía ser de otra manera, que la participación de las comunidades diferenciadas en estos asuntos constituye aspecto básico de legitimidad sustantiva de las decisiones, por cuanto se procura –con tal intervención- enriquecer la discusión, intercambio de ideas y puntos de vista jurídicos y socio-culturales sobre cuestiones de interés tanto para las comunidades y el Estado⁵³. Dicho con otras palabras, se pretende reconocer la vigencia de un principio de democracia diversa, plural y participativa.

10.12.- Corresponde, entonces, a un derecho fundamental que tienen estas comunidades y pueblos, colectivamente, a participar de manera activa, real y efectiva en la toma de aquellas decisiones (ora de orden nacional, ora de orden regional o local) que pueda impactar sobre sus derechos, su territorio, subsistencia y el medio ambiente. Así, corresponde a un deber jurídico positivo en cabeza de los Estados y que encuentra

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Reiterado recientemente en el Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungadí y Emberá de Bayano y sus miembros c. Panamá. Sentencia de 14 de octubre de 2014 (párr. 111-114).

⁵³ “Para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, el derecho a la participación en la deliberación democrática cobra un significado distinto y reforzado. Esto deriva de la eficacia del principio constitucional de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Uno de los rasgos característicos del nuevo constitucionalismo es aceptar que dentro de los Estados coexisten diversos entendimientos acerca de lo público y de la interacción entre las autoridades y la sociedad. Estos diversos entendimientos también ocasionan pluralidad de modos de conformación de identidad individual y comunitaria, aspecto nodal para los pueblos indígenas y afrodescendientes, que en este fallo son también denominados, por la misma razón, como comunidades diferenciadas. La Constitución colombiana, en ese orden de ideas, rechaza posturas universalistas y de asimilación de la diferencia, basadas en la homogeneidad en la comprensión de los derechos y acepta, aunque de forma moderada, el pluralismo jurídico.”. Corte Constitucional, Sentencia C-366/2011.



su sustento en el Convenio 169 de la OIT (especialmente los artículos 2°, 6°, 7°, 13 y 15) y viene a armonizarse, desde la perspectiva de la Convención Americana de Derechos Humanos con la obligación de respetar los derechos (art. 1), el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar los derechos y libertades reconocidos a nivel convencional (art. 2), el derecho a la vida, entendido como vida digna conforme a la cosmovisión cultural y espiritual de estos pueblos y comunidades (art. 4°) y el derecho a la propiedad privada (art. 21) y en el derecho interno colombiano encuentra respaldo en el deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural (art. 7 constitucional), adoptar medidas para garantizar la igualdad material y respecto de los grupos marginados o discriminados (art. 13, inc 2° constitucional) y de acuerdo al deber de explotar los recursos naturales en territorio indígena sin desmedro de su integridad (parágrafo art. 330 constitucional).

10.13.- Se trata de un derecho democrático-deliberativo colectivo de los grupos indígenas y las comunidades negras de participación activa que adquiere, desde el ámbito convencional, constitucional y legal, una doble faceta bien definida y perfilada, pues, por una parte **i)** a estos grupos y comunidades les asiste el derecho fundamental a ser consultados de manera previa respecto de aquellas medidas legislativas o administrativas que pueden impactar sobre sus derechos en su territorio; consulta ésta que debe ser llevada a cabo por parte del Estado a) de manera informada para que se conozcan sus beneficios y riesgos, b) respetando y siguiendo las costumbres y tradiciones de las comunidades, c) efectuada de buena fe y en aras de obtener un potencial acuerdo, d) ejecutada desde las primeras etapas del procedimiento, plan o inversión que se piensa acometer y e) respetando los métodos tradicionales de los grupos o pueblos para la toma de decisiones⁵⁴. Ha sido este el criterio jurisprudencial

⁵⁴ En cuanto a la jurisprudencia constitucional, se tiene que en Sentencia T-129 de 2011 la Corte resumió algunas de las reglas respecto de la consulta previa, en los siguientes términos:

“En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.



de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se puede advertir en el fallo dictado en el *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, donde precisó:

“177. La Corte ha establecido que para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: **(a)** implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; **(b)** esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(c)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparición de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización administrativa de entidades del Estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional.” Corte Constitucional, sentencia T-129 de 2011.



o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones⁵⁵. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados.”⁵⁶

10.14.- Pero, por otra parte, **ii)** este derecho democrático-deliberativo encuentra otro desarrollo, el cual consiste en reconocer a favor de los grupos indígenas y las comunidades negras el derecho que tienen, en el marco de la protección de los recursos naturales de su territorio, a participar en la utilización, administración y conservación de tales recursos, como lo dispone perentoriamente el artículo 15.1⁵⁷ del Convenio 169 de la OIT. Este derecho, encuentra su debido respaldo en el ámbito convencional y constitucional (como se expuesto en el punto 10.12), y a nivel legislativo ha sido articulado – en materia minera – en los artículos 35⁵⁸, 124⁵⁹, 133⁶⁰, 134⁶¹ y 275⁶² de la Ley 685 de 2001 por medio de un derecho de prelación en virtud del cual los

⁵⁵ Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párr. 134.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*. Sentencia del 27 de junio de 2012.

⁵⁷ Convenio 169. OIT. Artículo 15.1 Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

⁵⁸ Ley 685 de 2001. Artículo 35. *Zonas de minería restringida*. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación: (...)

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

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

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

⁵⁹ Ley 685 de 2001. Artículo 124. *Derecho de prelación de grupos indígenas*. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.

⁶⁰ Ley 685 de 2001. Artículo 133. *Derecho de prelación de las Comunidades Negras*. Las comunidades negras tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera de comunidad negra. Esta concesión podrá comprender uno o varios minerales y le serán aplicables las disposiciones del presente Capítulo.

⁶¹ Ley 685 de 2001. Artículo 134. *Zonas Mineras Mixtas*. La autoridad minera dentro de los territorios ocupados indistintamente por pueblos indígenas y comunidades negras, establecerá zonas mineras mixtas en beneficio conjunto o compartido de estas minorías a solicitud de uno o los dos grupos étnicos. En estas zonas serán aplicables las disposiciones del presente Capítulo.

⁶² Ley 685 de 2001. Artículo 275. *Comunicación de la propuesta*. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los



grupos indígenas y/o las comunidades negras, puede solicitar a la Autoridad Minera – con preferencia respecto de cualquier otro interesado – que se les otorgue en su favor contrato de concesión minera para explotar aquellos yacimientos y depósitos mineros ubicados en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o en zonas mineras mixtas.

10.15.- De esta manera se pretende, sin duda, una armonización entre la libre iniciativa privada, el derecho que se tiene a que el Estado pueda conceder a favor de un particular el derecho de explorar y explotar recursos naturales no renovables y el derecho a la diversidad, el multiculturalismo y el pluralismo jurídico, reflejado en los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y comunidades negras a la protección de su territorio y los recursos naturales que allí se encuentren.

10.16.- Precisamente sobre tal cuestión tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional en sentencia C-891 de 2002. Allí el Alto Tribunal conoció de una demanda inconstitucionalidad contra los literales f) y h) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001, sobre “*zonas de minería restringida*” y la posibilidad de ejercer tal actividad en zonas mineras indígenas y mixtas siempre y cuando “*las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercido su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar*”. Sobre este punto señaló la Corte:

“45. Por su parte, el artículo parcialmente demandado permite que se desarrollen trabajos y obras de exploración y explotación de minas en las zonas constituidas como *zonas mineras indígenas* (literal f) o *zonas mineras mixtas* (literal h), compuestas por comunidades negras e indígenas, siempre y cuando se verifique la siguiente condición: que las correspondientes autoridades comunitarias, en uno y otro caso, no hubieren ejercitado, dentro del plazo que se les señale, su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV del Código de Minas.

Es decir, con especial referencia a los artículos 124 (derecho de prelación de grupos indígenas) y 275 (comunicación de la propuesta) del Código Minero, **las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para**

grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas.



conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia. Donde, en el evento de invocar a su favor el ejercicio efectivo de esta prerrogativa, el Estado debe realizar las correspondientes acciones positivas, incluidas las económicas, para hacer realidad la explotación minera por parte de los propios grupos indígenas en los casos previstos por la ley. Así, los literales f) y h) del artículo 35 demandado deberán entenderse bajo el anterior condicionamiento.

46. Con fundamento en todo lo anterior, la Corte no encuentra vulneración a la Constitución en la opción de explorar y explotar recursos en las llamadas zonas mineras indígenas y mixtas, pues, tal como se precisó en la sentencia C-418/02, deben armonizarse los intereses generales del Estado, titular del subsuelo y propietario de los recursos que se encuentren en él, con los intereses de las comunidades indígenas, que también son generales en la medida en que la Constitución reconoce y protege el multiculturalismo, como expresión del pluralismo étnico. Por ello, para resolver la tensión entre ambos intereses genuinamente protegidos por la Constitución, es necesario que se permita ejecutar dichas labores de exploración y explotación minera por parte de sujetos ajenos a las comunidades indígenas, negras o mixtas, pero respetando ciertas restricciones que garanticen la integridad cultural, social y económica de las comunidades y, particularmente, su derecho a participar en tales procesos de explotación de recursos mineros en sus territorios.

El criterio antes expuesto se constata en la disposición acusada, en la forma vista, pues si bien está permitido efectuar trabajos de exploración y explotación en zonas mineras indígenas y mixtas, las respectivas comunidades gozan de un derecho preferencial para hacerlo, previa obtención del título minero correspondiente dentro de un plazo señalado, que en todo caso debe ser razonable y debe atender a las circunstancias específicas en que se encuentran las diversas comunidades. **Lo anterior significa que prevalece su derecho a explorar y explotar minas, si así lo desean, en la zona delimitada por la autoridad minera (delimitación que, como se vio, obedece a un proceso previo en el que se debe garantizar la participación de las comunidades indígenas).**

47. Sin embargo, ¿qué sucede cuando las autoridades comunitarias, ya sea en el marco de las zonas mineras indígenas o las mixtas, deciden no ejercer su derecho preferencial o lo hacen por fuera del término estipulado? Para responder el anterior interrogante, siendo que la norma guarda silencio al respecto, se debe tener presente el objetivo de garantizar el derecho de los grupos étnicos a ejercer y preservar su autonomía e integridad, toda vez que la efectividad de ese derecho no puede estar supeditada a que dichos pueblos posean o no un título minero.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que las normas acusadas no son contrarias al principio según el cual se debe permitir la exploración y explotación a quien legítimamente ostente el título minero, pero sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de los grupos étnicos, en especial garantizando la participación de dichos pueblos durante la etapa previa, la ejecución y seguimiento de tales actividades.



48. En conclusión, por las razones aquí planteadas se declarará la exequibilidad de la expresión "*siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código*" contenida en el literal f) y el literal h) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia."

10.17.- En consecuencia, resulta claro que la interacción entre los derechos de los grupos indígenas y las comunidades negras frente a la actividad minera demanda por parte del Estado del despliegue de acciones positivas dirigidas a garantizar de manera real y efectiva [no formal o ficticia] el derecho de estos pueblos de i) consulta previa respecto de cualquier medida (legislativa o administrativa) que puedan impactar sus derechos y/o su territorio y, por otra parte, ii) de preferencia para la exploración y explotación de yacimientos y depósitos mineros que se ubiquen en zonas mineras indígenas, negras o mixtas.

10.18.- Entonces, la Sala comprende que dentro de este ámbito convencional, constitucional y legal el derecho de preferencia se erige como instrumento jurídico protector de los intereses de los grupos indígenas y las comunidades negras, garantizando de este modo el pluralismo jurídico, cultural, la protección y conservación del medio ambiente y la autonomía de estas comunidades que demandan especial protección por parte del Estado.

11.- La necesaria regulación de los procedimientos administrativos por vía legislativa⁶³.

11.1.- La ausencia de procedimiento administrativo o las falencias normativas de los de naturaleza especial que hubiere establecido el legislador se llenan siempre y bajo cualquier circunstancia con las disposiciones de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que configura en nuestro ordenamiento la gran regla general de los procedimientos administrativos.

⁶³ Algunos apartes de este acápite son tomados del fallo de la Sala de Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 21 de marzo de 2012, exp. 39477.



11.2.- Al respecto basta con recordar el viejo principio de nuestro ordenamiento jurídico en materia de procedimientos administrativos, positivizado en el inciso tercero del artículo 2° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual “Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código”⁶⁴

11.3.- Así las cosas, la Sala advierte que tanto la jurisprudencia⁶⁵ como la doctrina especializada⁶⁶ han señalado que la competencia de establecer los procedimientos administrativos, con independencia de que éstos sean generales o especiales, corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa, conclusión a la que se ha llegado a partir del estudio del artículo 150 de la Constitución, pues éste asigna como competencia exclusiva al legislador la expedición de códigos y, por tanto, los procedimientos administrativos contenidos en disposiciones especiales se consideran parte integrante del Código Contencioso Administrativo.

11.4.- En consecuencia, mediante acto administrativo no es posible crear procedimientos administrativos que regulen las relaciones entre la Administración y el ciudadano, esto es, con efectos extra-orgánicos, y si la ley no regula esos mínimos procedimentales será preciso acudir al procedimiento general consignado en el artículo 2° del C.P.A.C.A, como norma supletoria para estos casos⁶⁷.

⁶⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 34. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código.

En el anterior Código Contencioso esta regla se encontraba positivizada en el inciso segundo del artículo 1° “... Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles...”.

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010. C.P.: Enrique Gil Botero, Expediente: 36054. Véase también, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias Sentencia C – 252 de 1994. En igual sentido, la Sentencia C – 229 de marzo 18 de 2003.

⁶⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Op., cit.*, pp. 182 a 190.

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Exp. 36054.



11.5.- Y lo anterior deviene así en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto los procedimientos administrativos no son otra cosa que la concreción del principio de legalidad en las relaciones entre los administrados y las autoridades.

“... Conforme a los presupuestos sustentadores del principio de legalidad de la actividad estatal, principalmente en su relación con los desarrollos dinámicos de la función administrativa, se deduce que el cumplimiento de los cometidos estatales implica la concreción del mandato, competencia o atribución conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico y a sus finalidades; de lo contrario las decisiones que emanen de este complejo ejercicio se producirían con serios reparos de validez.

El estricto cumplimiento de la legalidad implica, por lo tanto, la garantía jurídica e institucional, para los involucrados en las actuaciones estatales, de certeza suficiente, tendiente, en primer lugar, a la protección de la necesaria participación de las personas y demás sujetos de derecho en los desarrollos previos a cualquier decisión, conjuntamente con la administración y el ministerio público en los casos en que este lo haga, protegiendo de esta forma sus derechos fundamentales; y en segundo lugar, a que las administraciones produzcan sus decisiones a través de senderos ciertos y predeterminados. En este sentido, se viene sosteniendo en el derecho administrativo la necesidad de incorporar para el cabal cumplimiento de la legalidad un elemento adicional, que consolida la seguridad jurídica en la actividad administrativa: se trata del proceso, institución desarrollada para el ejercicio de otras actividades estatales, como la judicial, y que no puede ser extraña para el eficaz encauzamiento y organización de la actividad administrativa como instrumento garante del Estado de derecho para los asociados...” (...)

La importancia del acercamiento de la administración al proceso es tan grande que en la práctica la legalidad sólo podría garantizarse en la medida del establecimiento de reglas claras sobre el comportamiento de los órganos y de los servidores del Estado con la participación armoniosa de los ciudadanos y demás sujetos y personas interesadas, en procura de adoptar las decisiones que correspondan. En otras palabras, el proceso aplicado a la administración pública constituye el elemento dinámico y cotidiano que garantiza decisiones conforme a un ordenamiento jurídico ligado estrechamente al derecho y a la democracia.

Desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos encauzan la actividad pública a través de reglas y principios que buscan en esencia otorgar garantías a los asociados, tal como lo hemos reiterado, pero también imprimir eficacia a las actuaciones públicas. Resulta, por lo tanto, indispensable que se adopten procedimientos que faciliten los medios para el efectivo ejercicio de las normas sustanciales. De aquí que el procedimiento administrativo resulte ser la herramienta más idónea para reasegurar la ausencia de arbitrariedad en el obrar de la administración. (...)

El respeto del principio de legalidad constituye una finalidad indubitable del proceso administrativo, en la medida en que estructura la piedra angular a la cual ha de someterse la administración para que sus actuaciones y manifestaciones estén acordes con el ordenamiento jurídico. En este sentido, debemos entender que la legalidad de la administración constituye la finalidad inmediata del proceso administrativo.



El determinar la certeza de los pasos a seguir por la administración garantiza al particular su derecho a la participación en el mismo y a que se le respete el debido proceso, lo mismo que sus derechos subjetivos, dando de esta forma plena acogida a los mandatos constitucionales del respeto al bloque de la legalidad. Por otra parte, el proceso busca igualmente la adecuación de sus normas al cumplimiento de la finalidad general del Estado, el bien común y el interés general. Principios estos expuestos en los artículos 2.º, inciso 2.º, 123 y 209 constitucionales, y que constituyen la base del elemento finalístico del acto administrativo. En últimas, el proceso administrativo no es otra cosa que la vía sustancial del procedimiento a seguirse para lograr una plena manifestación de voluntad de la administración...”⁶⁸.

12. Contenido y alcance del aparte respecto del que se solicita la suspensión provisional de efectos.

12.1.- Es a la luz de los anteriores parámetros convencionales y constitucionales alusivos a la protección de los derechos que les asiste a los grupos indígenas y las comunidades negras que esta Sala abordará la lectura del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución No. 396 del 14 de junio de 2012.

12.2.- Ahora bien, la norma respecto de la cual se solicita la suspensión provisional de efectos jurídicos, el inciso segundo del artículo 2º de la Resolución No. 396 de 2013 de la Agencia Nacional de Minería, trata sobre el establecimiento del “procedimiento para la radicación de solicitudes mineras en ejercicio del derecho de prelación consagrado en los artículos 124 y 133 del Código de Minas”.

12.3.- En cuanto a las consideraciones y justificación de dicha regulación administrativa, se puede leer, entre otros, los siguientes argumentos:

“Que así mismo, en desarrollo de las evaluaciones de las solicitudes mineras, se identificó que algunas de ellas se encontraban ubicadas total o parcialmente dentro de las zonas mineras mencionadas, razón por la cual, la Agencia Nacional de Minería expidió la Resolución número 0484 del 30 de octubre de 2012 que modificó el artículo 1 de la Resolución número 0304 del 28 de septiembre de 2012 estableciendo como excepción para el inicio de la radicación de propuestas para el contrato de concesión minera, aquellas presentadas en ejercicio del derecho de prelación por parte de las comunidades negras y los grupos indígenas, y señalando un plazo no mayor a sesenta (60) días contados a partir de la fecha de publicación de dicho acto administrativo, para emitir el procedimiento de radicación de las propuestas.

⁶⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, *Op., cit.*, pp. 173 y ss.



Que en aras de hacer efectivo el derecho de prelación de los grupos indígenas y las comunidades negras consagrado en el Código de Minas, es necesario establecer el procedimiento para que tales grupos y comunidades ejerzan su derecho a fin de obtener el título minero frente a las propuestas de contrato de concesión, las solicitudes de legalización de minería tradicional, y las de autorización temporal.”

12.4.- Y en lo que hace relación a la norma jurídica dispuesta en el inciso segundo del artículo 2° de la Resolución en comentario⁶⁹, se tiene que ésta cuenta con los siguientes elementos: se establece i) un requerimiento a cargo de la Autoridad Minera dirigido a los grupos indígenas y comunidades negras; dicho aviso se hace ii) para que dentro del mes siguiente a su envío radiquen su propuesta de contrato de concesión y, en caso de que los grupos y/o comunidades no presenten propuesta en ese término, iii) establece como consecuencia jurídica el “entender desistido su derecho de prelación”. Toda esta actuación tendrá lugar luego de vencidos los treinta (30) días, de que trata el artículo 275 del Código de Minas, para que los grupos indígenas y/o comunidades negras hagan valer su derecho de preferencia.

12.5.- Por otra parte, el accionante alega la contradicción jurídica entre el anterior apartado de la Resolución citada con el contenido normativo que se desprende del artículo 275 del Código de Minas, norma que se inserta dentro del capítulo XXV “Normas de Procedimiento” del Título VII “Aspectos Procedimentales”, razón por la cual vale precisar que el artículo referido trata sobre el trámite de comunicación que debe hacerse por la Autoridad Minera a los grupos indígenas y las comunidades negras, luego de haberse presentado una solicitud de contrato de concesión minera (y luego de superarse la etapa de correcciones o adiciones y/o no haber sido objetada la propuesta por la Autoridad Minera). El tenor literal del artículo 275 es el siguiente:

Código de Minas. Artículo 275. *Comunicación de la propuesta.* Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días

⁶⁹ Resolución 396 de 2013. Artículo 2. Ejercicio del Derecho de Prolación. La Agencia Nacional de Minería, a través de la Vicepresidencia de Contratación y Titulación, previo estudio técnico y jurídico procederá a comunicar al Ministerio del Interior la existencia de solicitudes mineras en zonas de minería indígena, de comunidades negras o mixtas, con el fin de que se surta el trámite de notificación para hacer valer el derecho de preferencia previsto en el artículo 275 del Código de Minas.

Vencido el término de treinta (30) días para que los grupos indígenas y/o las comunidades negras hagan valer su derecho de preferencia, la Autoridad Minera, mediante comunicación escrita procederá a requerirlos para que en el término de un (1) mes contado a partir de la fecha de envío de la comunicación, radiquen su propuesta de contrato de concesión, so pena de entender desistido su derecho de prelación.



siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas.

12.6.- Los elementos de dicho precepto legal son los siguientes: i) siempre que la Autoridades Mineras verifique que sobre los predios respecto de los que se solicita la concesión minera grupos indígenas y/o comunidades negras los habitan, ii) deberá comunicárseles de la existencia de esta propuesta de contrato de concesión, por conducto del Ministerio del Interior, para notificarles de ello, con la finalidad de que iii) hagan valer “su preferencia” dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación.

12.7.- Cumplida dicha actuación, adviene el momento en que la Autoridad Minera se ocupa de resolver las oposiciones que se hayan presentado (art. 276) y se definirán las áreas respecto de las cuales se hubiere ejercido el derecho de preferencia por parte de los grupos indígenas o las comunidades negras (en armonía, también, con lo dispuesto en el artículo 16⁷⁰). Como consecuencia de ello, si la Autoridad encontrara que las oposiciones y las superposiciones derivadas del derecho de preferencia comprenden en parte la propuesta, restringirá ésta a la parte libre. En caso de comprenderla toda se ordenará el archivo de la actuación administrativa.

12.8.- Finalmente, luego de resultas las oposiciones y las superposiciones derivadas del derecho de preferencia, se procederá a la celebración del contrato de concesión minera y se inscribirá en el Registro Minero Nacional (art. 279). Cumplido ello deberá observarse lo dispuesto en los artículos 280, 281 y 282, del mismo Código.

13.- Caso en concreto

13.1.- Vistos los antecedentes que informan el litigio y de acuerdo al anterior marco jurídico, pasa la Sala dual a desatar el recurso de súplica formulado por la Agencia Nacional de Minería contra el proveído de 17 de junio de 2015 mediante el cual la

⁷⁰ Ley 685 de 2001. Artículo 16. *Validez de la propuesta.* La primera solicitud o propuesta de concesión, mientras se halle en trámite, no confiere, por sí sola, frente al Estado, derecho a la celebración del contrato de concesión. Frente a otras solicitudes o frente a terceros, sólo confiere al interesado, un derecho de prelación o preferencia para obtener dicha concesión si reúne para el efecto, los requisitos legales.



Consejera Ponente Olga Mélida Valle de De La Hoz suspendió provisionalmente los efectos jurídicos del inciso segundo del artículo 2° de la Resolución 396 de 14 de junio de 2012, dictada por la demandada.

13.2.- En el recurso de súplica la demandada alega que el aparte cuestionado no alteró los términos de que trata el artículo 275 de la Ley 685 de 2001 y, por otro lado, afirma que ante la existencia de un vacío legal respecto del término para que los grupos indígenas y las comunidades negras puedan presentar su propuesta de contrato de concesión (en virtud de su derecho de preferencia) la Resolución buscaba precisar dicho procedimiento administrativo. En sus propias palabras: *“Así las cosas, es preciso enfatizar que una cosa es el ejercicio de derecho de prelación, para lo cual la Ley consagra un término de 30 días, y otra muy diferente la presentación de la propuesta de contrato de concesión, para lo cual no se estableció término legal alguno”*.

13.3.- Esta Sala considera que hay lugar a mantener la medida cautelar decretada por la Consejera de conocimiento de este proceso, por cuanto los argumentos del suplicante en nada alteran las razones expuestas en el proveído atacado; por el contrario, las alegaciones que allí se mencionan no hacen más que fortalecer la necesidad de mantener vigente la cautela petitionada.

13.4.- Ello por cuanto, por una parte, el inciso segundo del artículo 2° de la Resolución no hace más que agregar o añadir el cumplimiento de nuevas actuaciones dentro del procedimiento administrativo minero de que trata el Capítulo XXV del Título VII de la Ley 685 de 2001. Basta, para tal explicación, detenerse en dos cuestiones puntuales que la Resolución trae a cuento y que no encuentra respaldo en el ordenamiento jurídico legal, constitucional o convencional.

13.5.- El primero de tales aspectos consiste en exigir, luego de vencidos los treinta (30) días de que trata el artículo 275 de la Ley 685 de 2001, que la Autoridad Minera realice un nuevo requerimiento a los grupos indígenas y las comunidades negras para que dentro del término de un (1) mes puedan presentar propuesta de contrato de concesión minera.



13.6.- Mientras que el segundo elemento que incorpora la Resolución (en su aparte demandado) consiste, en puridad, en un castigo o sanción por no acometer cierta actuación dentro de un término prefijado. Se trata de la sanción de “*entender desistido su derecho de prelación*”, esto es, una ficción jurídica conforme a la cual se fija que si dentro del periodo antecitado los grupos o comunidades no presentan propuesta de contrato de concesión, se entiende que ya no habrá lugar –en lo sucesivo – a ejercer el derecho de prelación⁷¹ que la Ley reconoce en su favor.

13.7.- Conforme a lo anterior, esta Sala dual no tiene duda que por vía de la norma demandada la Autoridad Minera está infringiendo competencias que, constitucionalmente sólo se encuentran en cabeza del poder legislativo, por cuanto, como quedó dicho arriba, la competencia para establecer, modificar o regular procedimientos administrativos se encuentra en cabeza, exclusiva del Poder Legislativo; de modo tal que le está vedado al Gobierno Nacional y las autoridades administrativas en general modificar, agregar términos, instancias o requisitos que trascienden a la esfera intraorgánica de la Administración. Se exceptúan los casos en los cuales el legislador habilita al Gobierno Nacional para regular o precisar ciertos procedimientos administrativos (tal es el caso de lo ocurrido con la Ley 23 de 1973 y el Decreto 2811 de 1974), cuestión que no ocurre en el caso *sub judice*.

13.8.- Por consiguiente, si se advierte algún tipo de vacío o laguna en los procedimientos administrativos especiales creados por la Ley (como es el procedimiento administrativo que trae la Ley 685 de 2001), es claro que allí hay lugar a predicar la integración normativa que fijan, expresamente, los artículos 1° y 34 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, de

⁷¹ Es preciso señalar que el derecho de prelación no es una figura exótica en el ordenamiento jurídico colombiano. Considérese, para el efecto, la prelación que trae el artículo 56 del Decreto 2811 de 1974, en los siguientes términos: Decreto 2811 de 1974. Artículo 56º.- Podrá otorgarse permiso para el estudio de recursos naturales cuyo propósito sea proyectar obras o trabajos para su futuro aprovechamiento. El permiso podrá versar, incluso, sobre bienes de uso ya concedido, en cuanto se trate de otro distinto del que pretenda hacer quien lo solicita y siempre que los estudios no perturben el uso ya concedido.

Estos permisos podrán tener duración hasta de dos años, según la índole de los estudios.

Los titulares tendrán prioridad sobre otros solicitantes de concesión, mientras esté vigente el permiso de estudio y, así mismo, tendrán exclusividad para hacer los estudios mientras dure el permiso.

El término de estos permisos podrá ser prorrogado cuando la inejecución de los estudios, dentro del lapso de vigencia del permiso, obedezca a fuerza mayor



manera especial, el artículo 297 del Código de Minas⁷². Dicho con otras palabras, salta a la vista que la solución prevista por el legislador en este tipo de asuntos no consiste – ni puede consistir – en una pretendida *auto-habilitación* de la Administración para colmar, por sí y ante sí, el vacío que se echa de menos en el procedimiento. Por el contrario, honrando, como debe ser, la vigencia imperativa del principio de legalidad, llamado a campear sobre toda la actividad de la administración, es claro y evidente que corresponderá a esta acudir a las formas, reglas y actuaciones que prevé el procedimiento administrativo general y ordinario que da cuenta la Ley 1437 de 2011, especialmente cuando se trata de la intervención de sujetos por razón de la tutela de sus derechos o ejercicio de intereses.

13.9.- Es por lo anteriormente dicho que la Sala afirma que la argumentación que esbozó la Entidad demandada en su recurso de súplica más que rebatir o cuestionar los razonamientos expuestos en el auto revisado paradójicamente vienen a reforzar o coadyuvar la pervivencia de la medida de suspensión provisional del aparte demandado, pues nótese cómo la accionada entiende que ante un presunto vacío legislativo la Agencia Nacional de Minería ANI deviene competente para regular o reglamentar cierta actuación administrativa. En palabras del impugnante: *“Así las cosas, es preciso enfatizar que una cosa es el ejercicio de derecho de prelación, para lo cual la Ley consagra un término de 30 días, y otra muy diferente la presentación de la propuesta de contrato de concesión, para lo cual no se estableció término legal alguno”*.

13.10.- Por consiguiente, reafirma la Sala que por vía de la reglamentación administrativa no se puede vaciar las competencias legislativas (artículo 150 constitucional) ni exceder lo consagrado en los artículos 129 y 209⁷³ de la Constitución.

⁷² Código de Minas. Artículo 297. En el procedimiento gubernativo y en las acciones judiciales, en materia minera, se estará en lo pertinente, a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y para la forma de practicar las pruebas y su valoración se aplicarán las del Código de Procedimiento Civil.

⁷³ Sobre el artículo 209 constitucional recientemente esta Sala de Subsección ha precisado: “4.2.2.- Pero además, existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional⁷³, siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común; ii) Cefirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico – en materia de contratación pública – otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración.



13.11.- Pero, además, cuanto se ha dicho precedentemente conlleva a afirmar una contradicción analítica inicial entre el aparte demandado frente a lo dispuesto, de modo más general –pero directamente aplicable a este caso-, en el artículo 84 superior, según el cual *“cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentadas de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”*; disposición constitucional que, en consonancia con el principio de legalidad impone la prohibición de exigir el cumplimiento de cargas, requisitos, trámites o demás cuestiones que no encuentren respaldo legal⁷⁴; norma esta que se encuentra reproducida en el artículo 4° de la Ley 685 de 2001⁷⁵ y que proscribe este tipo de actuaciones en el marco de los procedimientos administrativos mineros.

13.12.- Siendo entonces la norma demandada aquella que agrega o incorpora un requisito o exigencia dentro del trámite administrativo minero, adicional a los que el legislador previó de manera especial (Ley 685 de 2001) y general (Ley 1437 de 2011), deviene que ello pugna abiertamente con el precepto constitucional incorporado en el artículo 84, pues por vía de una Resolución Administrativa se imponen trámites adicionales dentro del procedimiento administrativo minero tendiente a la obtención del

4.2.3.- Resulta claro, entonces, que en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción⁷³. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 20 de abril de 2015. Exp. 50219.

⁷⁴ “Ahora bien, la intervención del Estado en la economía se lleva a cabo con la concurrencia de las ramas del poder público. **En primer lugar**, en virtud de los principios democrático y *pro libertate*, la definición de los elementos básicos de las limitaciones de las libertades económicas corresponde exclusivamente al Legislador, es decir, **es una materia sujeta a reserva de ley**, de ahí que el artículo 333 de la Constitución prevé que para el ejercicio de las libertades económicas “nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, **sin autorización de la ley**” y que **“la ley delimitará el alcance de la libertad económica”**.⁷⁴ Esto significa que es deber del Legislador definir los instrumentos de intervención en la economía, sus límites y la forma cómo las demás autoridades públicas pueden participar en la regulación de las actividades económicas.” Corte Constitucional, sentencia C-197 de 2012. Igualmente en la sentencia T-425 de 1992 se señaló: “Por expreso mandato de la Ley Fundamental vigente, estas limitaciones a la libertad económica sólo puede establecerlas el Congreso (...) Las limitaciones a la libertad económica deben estar hoy, más que nunca, expresamente autorizadas por la ley, comoquiera que el Constituyente de 1991 quiso de manera clara y expresa no sólo ampliar su ámbito sino rodearla de las garantías necesarias para su ejercicio.”

⁷⁵ Ley 685 de 2001. Artículo 4°. *Regulación general*. Los requisitos, formalidades, documentos y pruebas que señala expresamente este Código para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros en su trámite administrativo hasta obtener su perfeccionamiento, serán los únicos exigibles a los interesados. Igual principio se aplicará en relación con los términos y condiciones establecidas en este Código para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales y de las correspondientes servidumbres.

De conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política, ninguna autoridad podrá establecer ni exigir, permisos, licencias o requisitos adicionales para la procedencia de las propuestas o para la expedición, perfeccionamiento y ejercicio del título minero, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.



contrato de concesión de minería, desconociendo, por contera, la libre iniciativa privada y la reserva de ley que existe para intervenir en esta esfera.

13.12.- Así mismo, la Sala encuentra una ostensible contradicción, entre el aparte normativo demandando (inciso segundo del artículo 2° de la Resolución 396 de 2013) y los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades negras. Como se revisó *supra* los derechos de los grupos indígenas y las comunidades negras encuentran un desarrollo jurídico en instrumentos convencionales (Convenio 169 de OIT y Convención Americana de Derechos Humanos), en diversas disposiciones constitucionales y en la legislación (para este caso en la Ley 685 de 2001, en materia minera).

13.13.- Ya quedó dicho que los derechos de estos grupos y comunidades, en relación con la exploración y explotación minera, comprende el derecho fundamental a que i) se desarrolle una consulta previa, debidamente respaldada por garantías dirigidas a efectivizar la participación activa y real de los grupos en tal procedimiento cuando se trate de medidas legislativas o administrativas que impacten sobre sus derechos y ii) el derecho que les asiste (en el marco del deber de protección de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios) a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos naturales (art.15.1 OIT), lo que se encuentra instrumentalizado en la legislación nacional en el derecho de preferencia de los grupos indígenas y las comunidades negras para que se les otorgue en su favor contrato de concesión minera para la explotación de los yacimientos y depósitos mineros ubicados en las zonas mineras indígenas, negras y mixtas.

13.14.- De esta manera, se violan al ser discriminados o excluidos de la posibilidad de participar en dicho procedimiento como titulares de derechos colectivos y como sujetos que por virtud del derecho de preferencia tienen que ser objeto de salvaguarda de los intereses para participar en el desarrollo de la actividad minera por sí mismos, concretando la igualdad material, siendo sujetos de especial protección convencional y constitucional.

13.15.- Siendo así, la Sala encuentra que surge la contradicción entre el contenido de las normas legales, constitucionales y convencionales con el inciso segundo del artículo



2° de la Resolución 396 de 2013, demandado, por cuanto allí se fija una consecuencia jurídica que no encuentra respaldo en el ordenamiento jurídico superior. En efecto, se atribuye como tal el desistimiento o renuncia tácita del derecho de prelación o preferencia de los grupos indígenas y comunidades negras cuando dentro del término de un (1) mes contado a partir del requerimiento de que trata el mismo apartado normativo tales grupos o comunidades no radican ante la Autoridad Minera propuesta de contrato de concesión.

13.16.- Para la Sala ello es así por cuanto entiende que el derecho de preferencia (en materia minera y a favor de los grupos indígenas y las comunidades negras) ostenta un rango convencional y constitucional, por cuanto por medio de él se cristaliza el derecho de las comunidades y grupos a la igualdad material y ejercer la tutela de los derechos colectivos para la utilización, explotación o administración de los recursos naturales (renovables y no renovables, como los mineros) ubicados en su territorio. Siendo un derecho susceptible restricciones o modulaciones proporcionales (como es propio en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho), es claro que éstas limitaciones son de estricta reserva legal –como se desprende de manera prístina del artículo 84 constitucional en armonía con el artículo 4 de la Ley 685 de 2001- y se encuentran ligados esencialmente con el ejercicio de derechos fundamentales colectivos de estas comunidades, de modo que si la Ley no ha regulado las condiciones o circunstancias bajo las cuales opera el desistimiento o renuncia a este derecho de preferencia, mal hace la Administración arrogándose tal competencia.

13.17.- Entonces, ante el *presunto* vacío legislativo sobre el ejercicio del derecho de preferencia de los grupos indígenas y las comunidades negras (alegato expuesto por la Agencia Nacional de Minería) la demandada, vía Resolución administrativa, resolvió **i)** atribuir una consecuencia no prevista dentro del procedimiento administrativo minero especial y general, y **ii)** cercenar en el tiempo el ejercicio del derecho a la igualdad material y de los derechos colectivos de los grupos indígenas y comunidades negras, adoptando una consecuencia jurídica que hace que tales grupos y comunidades *desisten* de su derecho de preferencia, esto es, renuncian tácitamente de su derecho a intervenir como partícipes directos en el desarrollo de la actividad minera.



13.18.- Así, resulta palmaria y al rompe la contradicción analítica inicial entre el contenido de la norma y el universo jurídico convencional, constitucional y legal, pues en vez de afirmar la igualdad material por medio de la adopción de medidas tendientes a materializar y garantizar la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades negras, específicamente al ejercicio de su derecho de prelación o preferencia, se resuelve restringirlo quebrantando con ello mandatos convencionales al crear requisitos o exigencias para su ejercicio y, aún más, prescribiendo un desistimiento completamente desconocido en el ordenamiento jurídico.

13.19.- Corolario de lo expuesto, esta Sala dual encuentra que el recurso de súplica propuesto por la Agencia Nacional de Minería – ANM contra el auto de 17 de junio de 2015 no está llamado a prosperar, por cuanto una revisión *prima facie* basta para corroborar que el contenido normativo del aparte demandado pugna con el ordenamiento jurídico superior dado que a) establece requisitos o exigencias dentro del procedimiento administrativo especial de que trata la Ley 685 de 2001 para la obtención de un contrato de concesión minera, fijando uno adicional a los grupos indígenas y comunidades negras, determinando como consecuencia jurídica el desistimiento renuncia tácita al ejercicio de su derecho de preferencia; b) es el Legislador y no la Agencia Nacional de Minería – ANM la autoridad jurídica encargada de crear, modificar y regular los procedimientos administrativos, c) ante la existencia de lagunas o vacíos normativos en los procedimientos administrativos especiales éstos se colman por vía de integración normativa con el procedimiento administrativo general que enseña la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, d) el inciso segundo del artículo 2° de la Resolución 396 de 2013 crea trámites administrativos adicionales a los dispuestos en el artículo 275 y en, general, en todo el procedimiento administrativo de la Ley 685 de 2001; e) en consecuencia, además de violentar el principio de legalidad se desconocen el derecho de preferencia o prelación que se consagra a nivel convencional, constitucional y legal a favor de los grupos indígenas y las comunidades negras para obtener, preferentemente, contrato de concesión minera para explorar y explotar los yacimientos y depósitos mineros, y f) se contraviene, con todo ello, el artículo 84 constitucional, dado que se instituyen nuevos



trámites y/o requisitos que no están exigidos en la Ley para el ejercicio de un derecho o una actividad.

13.20.- Corolario de lo expuesto, esta Sala confirmará el proveído de 17 de junio de 2015 mediante el cual se decretó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos jurídicos del inciso segundo del artículo 2° de la Resolución No. 396 de 2013 dictada por la Agencia Nacional de Minería, por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto recurrido de 17 de junio de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Despacho de origen para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente