

<b>Entidad originadora:</b>	<b>MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA</b>
<b>Fecha (dd/mm/aa):</b>	25 de julio de 2023
<b>Proyecto de Decreto:</b>	<i>Por el cual se reglamenta el Capítulo V de la Ley 70 de 1993, se adoptan mecanismos especiales para el fomento y desarrollo de las actividades mineras en los territorios colectivos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se dictan otras disposiciones, y se adiciona el Capítulo 11 al Título V de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1073 de 2015 - Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía”.</i>

## 1. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN

### 1.1. ANTECEDENTES

#### 1.1.1. Ley 70 de 1993 (antecedentes proceso legislativo, cultural e histórico):

Ante la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país, presentaron una “Agenda Unificada de Derechos del Pueblo Afrocolombiano”, que recogía las luchas históricas de estas comunidades por la tierra, la libertad, la autonomía y la identidad, iniciadas por los palenques cimarrones del siglo XVII y continuadas por las organizaciones étnico-territoriales contemporáneas de los siglos XX y XXI.

La agenda de derechos incluía los siguientes puntos:

1. Plantearon que el punto central de sus reivindicaciones era el reconocimiento de la propiedad colectiva de los territorios ancestrales, y su participación en la administración y manejo de los recursos naturales existentes en ellos.
2. Exigieron el reconocimiento de su identidad étnica y cultural como grupo étnico, visibilizando sus aportes a la construcción de Colombia como nación y adoptando una lucha frontal contra toda forma de discriminación y racismo contra los afrodescendientes.
3. Reclamaron el derecho al desarrollo económico y social, pero plantearon, que este debería hacerse de acuerdo con su propia visión de desarrollo y respetando los elementos de sus culturas ancestrales.
4. Demandaron el respeto de su autonomía, el derecho a gobernarse por autoridades propias, a conformar sus entidades territoriales y a la compensación del predial afrocolombiano.
5. Reclamaron el derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada sobre las decisiones que pudieran afectar sus vidas, sus culturas y sus territorios.
6. Solicitaron el reconocimiento de su derecho a la etnoeducación, a la conservación de sus lenguas e idiomas ancestrales, a la medicina tradicional y a la salud pública de acuerdo con su cultura.
7. Reclamaron su derecho a la participación en los ingresos corrientes de la nación, y en el Sistema General de Participaciones.

8. Exigieron el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios.
9. Reclamaron el derecho a integrar el Congreso de la República por Circunscripción Especial.
10. Demandaron su derecho a participar en el gobierno del país, en igualdad de condiciones con el resto de los colombianos.

En consecuencia, La Asamblea Nacional Constituyente de 1991, atendiendo las demandas planteadas por las comunidades negras de Colombia y reconociendo que estas poblaciones han sufrido condiciones históricas de injusticia, como víctimas del colonialismo, la esclavización, la discriminación racial, el racismo, la exclusión y el despojo de sus tierras. Por lo que incluyó el artículo 55 transitorio en la Constitución Política de 1991, y ordenó al Congreso de la República la expedición de una Ley Especial, que reconociera a estas comunidades como pueblo o grupo étnico, con derechos étnicos, territoriales, ambientales, mineros, socioeconómicos, políticos y culturales.

El mencionado, artículo 55 transitorio de la Constitución Política, estableció un plazo, ordenándole al Congreso de la República que dentro de los dos (2) años siguientes a su vigencia, expidiera una Ley Especial que le reconociera a las Comunidades Negras, Afrocolombianas, raizales y Palenqueras de Colombia, la titulación colectiva de las tierras baldías rurales y ribereñas que han venido ocupando con sus prácticas tradicionales de producción en la cuenca del Pacífico y en otras regiones del país con condiciones similares de ocupación.

*“Artículo transitorio 55. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas. La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley. **La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social. Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista. Parágrafo 2. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley (negrilla fuera de texto)***

Igualmente, dispuso que en esa misma ley se adoptaran mecanismos especiales para la protección de la identidad cultural de estas comunidades y para la planeación y el fomento de su desarrollo económico, social, cultural y ambiental.

En ese orden, la Ley 70 de 1993, desarrollando el Artículo 55 transitorio constitucional, adoptó los principales instrumentos normativos, para el impulso de la agenda de derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. El Congreso de la República en cumplimiento del mandato constitucional antes citado, expidió la Ley 70 del 27 de agosto de 1993, norma que, en 8 capítulos y 68 artículos, recogió de manera integral las principales demandas planteadas por las comunidades afrocolombianas y que se resumen en 10 ejes temáticos.

1. Eje de Territorialidad, (Capítulos 1º, 2º y 3º, artículos 1º al 18 de la Ley 70 de 1993).

El principal instrumento normativo que en materia de TERRITORIALIDAD, para las comunidades negras de Colombia aprobó la Constitución Política de 1991 y desarrolló la Ley 70 de 1993, fue la adopción y puesta en marcha de una Política de Territorialidad Afrocolombiana, que involucraba el reconocimiento integral de los derechos territoriales ancestrales de estas comunidades, para proteger las tierras y los territorios que tradicionalmente venían ocupando en la cuenca del pacífico y en todo el país y para devolverles y restituirles las tierras que les habían sido despojadas en todo el territorio nacional.

Para garantizar el cumplimiento de esta política, el principal instrumento que se adoptó en la Ley 70 de 1993, fue la titulación colectiva de los territorios ancestrales tradicionalmente ocupados por las comunidades negras en la Cuenca del Pacífico y en otras regiones del país, y se ordenó la titulación colectiva de por lo menos ocho millones de hectáreas de estos territorios ancestrales.

2. Eje Ambiental y de Recursos Naturales, (Capítulo IV, Artículos 19 a 25, 44, 51, 56 y 59).

El principal instrumento normativo que en materia de MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES RENOVABLES, aprobó la Constitución Política de 1991 y desarrolló la Ley 70 de 1993, fue el “reconocimiento de los derechos de las Comunidades negras para la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales existentes en sus territorios colectivos”, incluyendo el derecho a participar en la administración, conservación, gestión y utilización de dichos recursos, con el propósito de garantizar su sostenibilidad y para que pudieran ser aprovechados en beneficio de las generaciones afrodescendientes presentes y futuras.

Para garantizar el cumplimiento de este derecho, el principal instrumento que se adoptó en la Ley 70 de 1993, fue el reconocimiento de la propiedad colectiva de las comunidades negras sobre los bosques existentes en sus territorios. Conminando a la protección del ambiente y de los recursos naturales renovables y a contribuir con las autoridades en la defensa de ese patrimonio de forma tal que las comunidades continúan manteniendo o propiciando la regeneración de la vegetación protectora de aguas y garantizando mediante un uso adecuado la persistencia de ecosistemas especialmente frágiles.

La normativa en mención ha establecido que los planes de manejo ambiental asociados a los territorios de interés cultural y colectivo de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras tengan en cuenta las prácticas tradicionales de dichas comunidades que son compatibles con la naturaleza, objetivos y funciones del área de que se trate, avanzando en el reconocimiento de los saberes ancestrales de las comunidades negras, reconociéndoles derechos de acceso a los recursos.

3. Eje de Recursos Mineros, (Capítulo V, artículos 26 al 31).

El principal instrumento normativo que en materia de RECURSOS MINEROS aprobó la Constitución Política de 1991 y desarrolló la Ley 70 de 1993, fue el **“reconocimiento de los derechos de estas comunidades a explorar y explotar en forma exclusiva, directamente o en asociación con los particulares, los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por ellas en sus territorios colectivos”**, con el fin de preservar sus especiales características culturales y económicas en la exploración y explotación de tales recursos.

Para garantizar el cumplimiento de este derecho, el principal instrumento que se adoptó en la Ley 70 de

1993, fue la delimitación por parte el Ministerio de Minas y Energía, de las “Zonas Mineras de Comunidades Negras” dentro de sus territorios colectivos, en las cuales, la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables deberá hacerse exclusivamente por parte estas comunidades y bajo condiciones técnicas especiales para la protección de los derechos de estas colectividades étnicas.

Cuando los territorios fuesen compartidos con las comunidades indígenas, la Ley 70 previó la figura de las “Zonas Mineras Conjuntas entre Comunidades Negras y Comunidades Indígenas”.

También se estableció el Derecho de Prelación para las comunidades negras sobre todos los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por ellas, con excepción expresa del carbón, los minerales radioactivos, las sales y los hidrocarburos, para lo cual el Ministerio de Minas y Energía debería otorgar una licencia especial de exploración y explotación en las zonas mineras de comunidades negras y se ordenó al Gobierno nacional la formulación y ejecución de una política especial de fomento minero en los territorios colectivos de las comunidades negras.

#### 4. Eje de Identidad Étnica y Cultural (capítulo VI, artículos 32 a 43).

Se reconoció el derecho a la identidad étnica y cultural de las comunidades afrocolombianas como grupo étnico, visibilizando sus aportes a la construcción de Colombia como Nación y se ordenó una lucha frontal contra toda forma de discriminación y racismo contra estas comunidades.

Igualmente, se reconoció el derecho de las comunidades afrodescendientes a la etnoeducación, a la conservación de sus culturas y lenguas ancestrales, y se ordenó la puesta en marcha de la Cátedra de estudios afrocolombianos y el Fondo Especial de Becas para los estudiantes afrocolombianos.

#### 5. Eje de Etnodesarrollo, (capítulo VII, artículos 47 al 59).

Se ordenó la adopción de una política de etnodesarrollo para las poblaciones afrodescendientes de Colombia, mediante el diseño de mecanismos especiales financieros, crediticios, de asistencia técnica y de capacitación empresarial, como una estrategia para el fomento de las actividades productivas basadas en sus prácticas tradicionales de producción, la generación de ingresos, el acceso a bienes, servicios y el mejoramiento de la calidad de vida de estas comunidades.

#### 6. Eje de Autonomía y Autodeterminación del Pueblo Afrocolombiano, (Capítulo III, IV, V, VI y VII).

El principal instrumento normativo que en materia de AUTONOMIA Y AUTODETERMINACIÓN del pueblo afrocolombiano, aprobó la Constitución Política de 1991 y desarrolló la Ley 70 de 1993, para las comunidades negras del país, **fue el reconocimiento de su derecho a la autonomía y la autodeterminación, sustentado en el derecho a gobernarse por autoridades propias; a conformar sus entidades territoriales; a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios; a participar** en los ingresos corrientes de la nación, a obtener un régimen fiscal especial para sus territorialidades colectivas.

#### 7. Eje de Participación Política y Fortalecimiento Organizativo de las Comunidades Afrocolombianas, (Capítulo VIII, Art. 3, 44, 45, 46, 48, 56, 60 y 66).

El principal instrumento normativo que en materia de PARTICIPACION POLITICA Y FORTALECIMIENTO ORGANIZATIVO, aprobó la Constitución Política de 1991 y desarrolló la Ley 70 de 1993, para las

comunidades negras del país, fue el diseño de diversas estrategias para la consolidación del Movimiento Social Afrocolombiano, para el ejercicio pleno de los derechos y de las libertades ciudadanas de estas comunidades.

Para avanzar en este propósito, en el marco de la Ley 70 de 1993, se crearon diferentes espacios de participación política; de participación institucional y de participación comunitaria así:

(i) Los **espacios de participación política**, así se reconoció el derecho de las comunidades negras a integrar el Congreso de la República por Circunscripción Especial con 2 curules en la Cámara de Representantes y su derecho a participar en el gobierno del país en igualdad de condiciones con el resto de los colombianos.

(ii) Los **espacios de participación institucional**, como de concertación e interlocución entre el Estado y las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, para avanzar en el diálogo y los acuerdos necesarios, sobre diversas políticas o decisiones administrativas o legislativas que pudieran afectarles.

Aquí se avanzó en la creación de la **comisión consultiva de alto nivel y las comisiones consultivas departamentales y distritales**, para acompañar al Gobierno Nacional en el seguimiento, la reglamentación y la implementación de la Ley 70 de 1993.

Del mismo modo, en desarrollo del artículo 3º numeral 3º de la Ley 70 de 1993 y en cumplimiento de la sentencia T-576 de 2014 de la Corte Constitucional, se creó el ESPACIO NACIONAL DE CONSULTA PREVIA, como el espacio representativo para adelantar la consulta de medidas legislativas o administrativas de carácter general que puedan afectarlos directamente.

(iii). Los **espacios de participación comunitaria** son los espacios propios de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, que tienen la capacidad de asumir su representación política; definir su agenda; orientar su proyecto político y promover su estrategia organizativa.

(iv) Igualmente, se crearon los **consejos comunitarios** como autoridades de administración interna de los territorios ancestrales, y que representan a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras organizadas alrededor de estos territorios colectivos de origen rural, y las ORGANIZACIONES ÉTNICAS de carácter nacional, regional y local, que son la expresión de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de origen urbano.

#### 8. Eje de Adecuación Institucional, (Artículos 58, 59, 62 y 67).

Para gerenciar la Agenda Afrocolombiana, la Ley 70 de 1993, ordenó la adecuación institucional así:

- Se ordenó la creación de la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio de Gobierno hoy Ministerio del Interior, responsable de la coordinación interinstitucional de la Agenda.
- Se ordenó la participación de la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior en el Consejo de Política Económica y Social “CONPES”.
- Se ordenó la creación de las Direcciones de Asuntos de Comunidades Negras, en todos los Ministerios y Dependencias del Estado, incluyendo los Organismos de Control y se crearon 42

gerencias y direcciones en diversos ministerios y entidades del gobierno nacional para gerenciar la agenda afrocolombiana

**9. Eje de Infraestructura y Movilidad, (Artículos 63 y 65).**

En materia de INFRAESTRUCTURA y MOVILIDAD, los artículos 63 y 65 de la Ley 70 de 1993, ordenaron la construcción de cuatro (4) proyectos de infraestructura vial, fluvial y marítimos, para promover la movilidad en la cuenca del pacífico así:

- La construcción de la carretera entre Palmira en el departamento del Valle del Cauca y Palermo en el departamento del Huila.
- La construcción y terminación del tramo de la carretera panamericana entre Ánimas en el municipio de Unión Panamericana y Nuquí en el océano Pacífico, en el departamento del Chocó.
- La construcción de la vía fluvial del Rio Baudó hasta su desembocadura en el océano Pacífico en Pizarro del departamento del Chocó.
- La construcción de la Acuapista del Pacífico, para unir por vía fluvial el Baudó en el Chocó, Buenaventura en Valle del Cauca, Guapi en Cauca y Tumaco en Nariño.

**10. Eje de Política Especial Financiera y Crediticia Para las Comunidades Negras, (Artículos 21, 41, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 61 y 64).**

En la normativa se ordenó al Gobierno nacional la destinación de diversas partidas presupuestales especiales y se le autorizó para hacer los traslados presupuestales y contratar créditos internacionales, como una garantía de que se dispondrían de los recursos financieros necesarios para la reglamentación e implementación de la ley.

**Como puede verse la Ley 70 de 1993, se caracteriza por su integralidad, por cuanto en su diseño contempló el reconocimiento de un conjunto diverso de derechos constitucionales y fundamentales, de titularidad individual y colectiva, que involucran el territorio, los recursos naturales, la identidad étnica, la diversidad cultural, la autonomía y el etnodesarrollo.**

La Ley 70 de 1993, es una Ley de Territorialidad, por cuanto contiene los instrumentos legales para el reconocimiento y la protección de la propiedad colectiva de los territorios ancestrales de las comunidades negras de Colombia; también es una Ley de protección ambiental, porque en su estructura, incorpora diversos instrumentos para garantizar la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales existentes en los territorios colectivos; es igualmente una Ley de lucha contra la discriminación y el racismo, porque introduce diversos instrumentos para erradicar en Colombia todo acto de intimidación, segregación, discriminación o racismo contra las poblaciones afrodescendientes.

La integralidad de la ley 70 de 1993 y la importancia de reglamentarla ha sido reconocida expresamente por la Corte Constitucional cuando señala que *“la Ley 70 de 1993 y sus posteriores decretos reglamentarios, definieron los derechos territoriales, económicos, políticos y culturales de las comunidades afrocolombianas. A raíz de esta Ley, se consolidaron las organizaciones de las comunidades negras y se definió el esquema de participación de las mismas en las decisiones del Estado”.* (Sentencia C-253 de 2013)



### **1.1.2. Compromisos anteriores referentes a la reglamentación de la Ley 70 de 1993.**

En los 30 años de vigencia de la Ley 70 de 1993, los diferentes gobiernos que han administrado el país entre 1994 y 2022, han asumido diversos compromisos con el pueblo afrocolombiano, para avanzar en la reglamentación e implementación integral de la ley 70 de 1993, pero todos estos compromisos han sido incumplidos en forma reiterada, dejando la sensación de ser compromisos inertes, por esta razón, las comunidades negras de todo el país, en diversos escenarios han reclamado al Gobierno nacional la reglamentación de esta Ley y han aprovechado las movilizaciones sociales para poner el tema en la agenda nacional, con miras a obtener acuerdos para el cumplimiento real y efectivo de esta tarea.

#### **A. Primer Congreso Nacional del Pueblo Afrocolombiano En Quibdó-Choco - 2013.**

En el marco del 1º. CONGRESO NACIONAL DEL PUEBLO NEGRO, AFROCOLOMBIANO, PALENQUERO Y RAIZAL celebrado en Quibdó – Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto del 2013, con la participación de más de 2.000 delegados de todo el país, el Presidente de la República de la época Juan Manuel Santos Calderón, al hacer la apertura del Congreso, asumió el compromiso de avanzar en la reglamentación integral de la Ley 70 de 1993, y concluirla antes de terminar su gobierno, tal como consta en la copia del discurso visible a páginas 29 y 34 de las memorias del Congreso, concretamente en este espacio, el presidente Santos dijo:

*“Varios capítulos de la Ley 70, relacionados con temas ambientales, con los temas mineros, con desarrollo de las comunidades como aquí se ha dicho-, están a la espera de ser reglamentados y quiero asegurarles y usted debe comprometerse conmigo Viceministro, Oscar Gamboa que esa reglamentación la vamos a terminar, llevamos 20 años, pero la vamos a terminar antes de finalizar este año, eso se los aseguro” (...) Y yo le he dicho al Ministro del Interior que tiene unas instrucciones muy concretas, y se va a reunir con las demás carteras, con los demás Ministros para que esa reglamentación se dé, es una deuda que el país entero – no es mía- es del país, tiene con ustedes y yo me voy a encargar de que esa deuda se salde”.*

#### **B. Cumbre Agraria - 2016.**

Posteriormente, en las movilizaciones sociales que lideró la CUMBRE AGRARIA, CAMPESINA, ÉTNICA Y POPULAR, la demanda de reglamentación de la Ley 70 de 1993, se planteó nuevamente como un punto de reivindicación étnica y el Gobierno nacional en el Acuerdo que se suscribió el 12 de junio de 2016, en Santander de Quilichao Cauca, asumió el compromiso de avanzar en esta tarea, tal como puede verse en el acta que se suscribió para el efecto.

#### **C. Paro Cívico del Chocó 2016 - 2017.**

Del mismo modo, en el marco del PARO CIVICO DEL CHOCÓ, realizado en Quibdó y en todo el departamento en el mes de agosto del 2016, también se planteó en la agenda la reglamentación de la Ley 70 de 1993 y el Gobierno nacional en el acta de acuerdo suscrita entre el 22 y 23 de agosto de 2016 se comprometió a avanzar en esta reglamentación, y así quedó consignado en el acta que puso fin a esta movilización.

#### **D. Paro Cívico de Buenaventura -2017.**

En el marco del PARO CIVICO DE BUENAVENTURA en mayo de 2017, nuevamente las comunidades negras movilizadas reclamaron la reglamentación integral de la Ley 70 de 1993 y allí una vez más el

Gobierno nacional asumió el mismo compromiso de avanzar en esta tarea.

Durante el trámite del plan nacional de desarrollo 2018 – 2022 “Pacto por Colombia Pacto por la Equidad”, en el acta de protocolización de la consulta previa, incorporada en el artículo 4° Parágrafo 3° de la Ley 1955 de 2019, como parte integral del Plan Plurianual de Inversiones, el Gobierno Nacional acordó con las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país, la reglamentación integral de la Ley 70 de 1993, incluyendo el capítulo V Minero, y concluir esta tarea con la expedición de los respectivos Decretos Reglamentarios a más tardar el 30 de junio del 2020.

### **1.1.3. El Plan Integral de reglamentación e implementación de la Ley 70 de 1993, que ordena la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2022 – 2026, “Colombia Potencia Mundial de la Vida”.**

Para superar este reiterado incumplimiento, el nuevo Gobierno nacional, liderado por el Presidente y la Vicepresidenta, se han comprometido con la reglamentación integral de la Ley 70 de 1993, específicamente con la expedición del Decreto reglamentario del Capítulo V Minero. Así el presidente de la República mediante el artículo 2° del Decreto 1874 del 2022, le asignó a la vicepresidenta Francia Márquez Mina la competencia para la coordinación interinstitucional e intersectorial de la reglamentación, desarrollo e implementación de la Ley 70 de 1993.

En cumplimiento de este mandato, desde el mes de septiembre del 2022, la Vicepresidencia, convocó a los Ministerios del Interior, Minas y Energía y Ambiente y Desarrollo Sostenible y conformó un equipo de trabajo para:

- Revisar y retomar todas las propuestas de reglamentación del capítulo minero de la Ley 70 de 1993, elaboradas y consultadas desde el 2008, especialmente la propuesta de reglamentación del año 2018.
- Ajustar estas propuestas bajo la visión del nuevo gobierno, en la perspectiva del reconocimiento de los derechos mineros de las comunidades afrocolombianas.
- Expedir un decreto reglamentario del capítulo minero de la Ley 70 de 1993, que dé cuenta de los derechos mineros reconocidos en la mencionada Ley y ayude a resolver los problemas mineros que hoy enfrentan las comunidades negras en sus territorios colectivos.

La Vicepresidencia de la República, también avanzó en la elaboración de una propuesta de articulado para ser incluida en la Ley General del Plan Nacional de Desarrollo 2022 – 2026, ordenando adoptar un plan de acción en esa materia.

En efecto, **la propuesta de adopción de un Plan Integral de reglamentación e implementación de la Ley 70 de 1993, fue APROBADA por el Congreso de la República, mediante el artículo 351 de la Ley 2294 del 19 de mayo de 2023, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2022 – 2026, “Colombia Potencia Mundial de la Vida”.** La norma citada señala:

*ARTÍCULO 351. PLAN INTEGRAL DE REGLAMENTACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY 70 DE 1993. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley, el Gobierno nacional formulará, diseñará e implementará un Plan Integral de Reglamentación e Implementación de la Ley 70 de 1993. Este plan servirá para acelerar los procesos en marcha de elaboración, consulta y expedición de los Decretos Reglamentarios, así como las medidas para garantizar los derechos del acceso a la tierra y la salvaguarda de los territorios, igualdad de oportunidades y garantías para los pueblos afrodescendientes, negros, raizales y palenqueros. Las*



*entidades estatales del orden nacional, conforme a sus competencias, deberán identificar las asignaciones presupuestales específicas para el cumplimiento de lo establecido en el presente artículo, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gasto de Mediano Plazo, y presentarán al Departamento Nacional de Planeación las asignaciones de manera desagregada.*

Por lo que el presente proyecto de decreto reglamentario del Capítulo V minero de la Ley 70 de 1993, también se expide en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 351 de la Ley 2294 del 2023, que como ya se dijo ordena poner en marcha el Plan integral de reglamentación de esta norma con metas, indicadores, cronogramas y presupuestos para su ejecución y que permita acelerar la expedición de los decretos reglamentarios en marcha.

**1.1.4. Sentencia del Consejo de Estado del 14 de octubre del 2021, que ordena la reglamentación integral de la Ley 70 de 1993, en un término de 6 meses, en desarrollo de una acción de cumplimiento.**

Entre otras razones de conveniencia y oportunidad para la expedición del presente decreto reglamentario del Capítulo V minero de la Ley 70 de 1993, es preciso señalar que con este decreto, el Gobierno nacional, también da cumplimiento a la Sentencia del Consejo de Estado del 14 de octubre del 2021, que al resolver la Acción de Cumplimiento incoada por el líder afrocaucano ALFREDO RIASCOS TRUJILLO, **le ordena al Presidente de la República reglamentar concretamente el artículo 31 de la Ley 70 de 1993, en un término máximo de 6 meses, los cuales a la fecha se encuentran vencidos desde el pasado 14 de octubre del 2021**, por lo que no solo es conveniente sino urgente y necesaria la expedición del presente decreto reglamentario, para evitar acciones contra el señor Presidente de la República con ocasión del eventual incumplimiento y desacato de una decisión judicial que expresamente ordena lo que el decreto desarrolla.

En efecto, frente a los reiterados incumplimientos del Gobierno nacional con la reglamentación de la Ley 70 de 1993, el líder afrocaucano ALFREDO RIASCOS TRUJILLO, en representación de las comunidades negras del departamento del Cauca y del Espacio Nacional de Consulta Previa, en marzo del año 2021, presentó ante el Tribunal Administrativo del Cauca, ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO contra el Presidente de la República por no ejercer o retardar de manera injustificada, la potestad reglamentaria, prevista en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, para la expedición oportuna de los decretos reglamentarios para la implementación de la Ley 70 de 1993.

El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante Sentencia Número 162 del 26 de agosto del 2021, resolvió la Acción de Cumplimiento y ordenó al presidente de la República, que en un término máximo de seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, expedir la correspondiente reglamentación de los artículos 25º, 31º, 52º, 55º y 59º de la Ley 70 de 1993.

La Presidencia de la República impugnó esta decisión y el Consejo de Estado mediante Sentencia del 14 de octubre del 2021, confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Cauca y ratificó la orden de expedir en término máximo de seis (6) meses, la correspondiente reglamentación de los artículos 25º, 31º, 52º, 55º y 59º de la Ley 70 de 1993.

**1.2. CONSULTA PREVIA CONCEPTO, REGULACIÓN Y PROCESO PARA LA REGLAMENTACIÓN DEL CAPÍTULO V DE LA LEY 70 DE 1993.**

### 1.2.1. Aspectos Previos referentes a la Consulta Previa.

La consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos étnicamente diferenciados reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos e incorporado al ordenamiento jurídico interno por parte de la Corte Constitucional en su rol de máximo intérprete de la Carta Política mediante la metodología del bloque de constitucionalidad. Al respecto, este alto tribunal ha señalado lo siguiente:

*“El derecho a la consulta previa se incorpora vía bloque de constitucionalidad, a través de varios instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los cuales se destacan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante Convenio 169 OIT–, el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos –en adelante PIDCP–, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –en adelante PIDESC–, y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos –en adelante CADH–. Dichos instrumentos son vinculantes para la definición de las controversias y además marco de acción para garantizar la consulta de los Estados con los pueblos indígenas, como un principio de derecho internacional público. Adicionalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Resolución 61/295 y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial junto con la Recomendación General N° 23 de 1997 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, permiten darle alcance al contenido del derecho fundamental a la consulta previa”. (Sentencia SU-123 de 2018).*

Adicionalmente, el derecho de los pueblos étnicos a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afectan a los pueblos étnica y racialmente diferenciados conforme a la Declaración y Programa de Acción de Durban (Sentencias T-1303 de 2000; T-382 de 2006).

Desde un punto de vista sustancial, el derecho de consulta previa implica que los pueblos étnicos *“deban ser consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre la forma y las razones en las que se cimienta o en las que se fundó una determinada medida, pues esta incide o incidirá claramente en sus vidas”* (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018). Lo anterior quiere decir que la consulta previa reafirma el modelo de Estado definido por la Constitución como una *“república democrática, participativa y pluralista (C.P. art. 1), que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional (C.P. arts. 7 y 70)”* (Sentencia SU-123 de 2018).

Las reglas de la consulta previa de medidas legislativas y/o administrativas de carácter general susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país, se encuentran regladas en la sentencia T-576 de 2014 de la Corte Constitucional y en el Decreto 1372 de 2018.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-576 de 2014, ordenó al Gobierno nacional, previa consulta con las comunidades interesadas, integrar una institución representativa y legítima de las comunidades afrodescendientes, para adelantar los procesos de consulta de las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarle, procurando que tal institución representativa cumpliera con los requisitos de publicidad, transparencia y buena fe que deben caracterizar los procesos de consulta previa a la luz de lo exigido por el Convenio 169 de la OIT.

Como resultado la orden del máximo órgano de cierre constitucional y luego del respectivo proceso de consulta, se creó en marzo del 2016 el ESPACIO NACIONAL DE CONSULTA PREVIA -ENCP- de las comunidades afrocolombianas, integrado por 236 delegados de todo el país, como máxima instancia legítima y representativa de consulta de las medidas legislativas o administrativas de carácter general que puedan afectarles directamente.

Por su parte, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1372 de 2018, mediante el cual, reguló el Espacio Nacional de Consulta previa para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y estableció que en su funcionamiento interno operaría mediante siete comisiones, para garantizar su operatividad, **entre las cuales se conformaría la Comisión Quinta, responsable de los temas de territorio, ambiente y recursos minero-energéticos.**

Del mismo modo, en el Decreto 1372 del 2018, también se estableció el procedimiento de consulta previa de medidas legislativas y administrativas compuesto por cuatro (4) etapas: (1) Preconsulta, que define la ruta metodológica del proceso de consulta; (2) Consulta en territorio, que define el conocimiento, análisis y evaluación de los impactos de las medidas legislativas o administrativas de carácter general, con la finalidad de llegar a un acuerdo; (3) protocolización, que regula la suscripción de los acuerdos y los puntos de desacuerdo; (4) seguimiento, que define las reglas para la verificación y evaluación del cumplimiento de los acuerdos pactados.

El texto del borrador del presente proyecto de decreto tuvo como puntos de partida los principios jurídicos que rigen el derecho fundamental a la consulta previa, y en particular los referentes a la buena fe (artículo 6.2. del Convenio 169 OIT) y a la flexibilidad de los escenarios de consulta (artículo 6.1. del Convenio 169 OIT).

Desde este enfoque, el resultado de una consulta previa debe reflejar *“la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”*, según lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-1194 de 2008.

De igual forma, precisó que, *“el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto, para la eficacia de la consulta”*. Complementariamente, la exigencia establecida en el convenio 169 OIT de que las consultas previas se realicen de buena fe también *“implica que se desarrollen en un clima de confianza mutua y que respeten las tradiciones culturales y sociales de los pueblos interesados”*. (Sentencia T-550 de 2015).

Esto significa que el Estado debe *“reconocer a las autoridades representativas que definan las comunidades y brindarles toda la información pertinente sobre la medida o el proyecto objeto de consulta”* así como *“evitar retrasos injustificados, propiciar negociaciones genuinas y constructivas y cumplir con los acuerdos pactados”*. (Sentencia T-550/15).

Por su parte, el **principio de flexibilidad** hace referencia, al menos, a dos situaciones: *“Por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto”*. (Corte Constitucional, Sentencia C-175/09).

El artículo 34 del Convenio 169 OIT establece que *“la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”*.

Al respecto, la Corte Constitucional ha interpretado que dicho convenio brinda al Estado colombiano *“un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrá de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan”*. (Sentencia C-169/01).

Dicho ámbito de flexibilidad está, por lo tanto, supeditado a la garantía del goce efectivo del derecho a la consulta previa y, por ende, lleva consigo **la obligación del Estado de evitar la aplicación de medidas o decisiones regresivas en las decisiones sometidas a consulta configurando una suerte de principio de flexibilidad por pueblos étnicos, en virtud del cual, respecto de lo previamente consultado, debe aplicarse siempre una interpretación que garantice la mayor protección posible de los derechos respectivos.**

Ahora bien, para el caso sub examine, las instituciones concernidas del Gobierno nacional tuvieron como base para la construcción del texto de borrador de decreto sometido a consulta previa, textos sometidos desde 2017 a etapas de preconsulta y consulta, cuyas modificaciones han sido de forma, precavidas de no cambiar el sentido del texto consultado o gobernadas por el principio de progresividad, especialmente porque retomaban propuestas de las comunidades negras no acogidas por anteriores gobiernos y en todo caso han sido sometidas a análisis de la Comisión 5ª y la plenaria del Espacio Nacional de Consulta Previa (ENCP) en el año 2023.

### **1.2.2. Cumplimiento de las etapas del proceso de consulta en el presente decreto reglamentario.**

El presente proyecto, por su contenido material, debe ser objeto de consulta previa. Ciertamente, de acuerdo con lo establecido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, el Estado tiene el deber de *“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) ha instado a los gobiernos a respetar el derecho a la consulta cuando una medida legislativa o administrativa sea susceptible de afectar a los pueblos étnicos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como parte de las reparaciones decretadas en los casos de las comunidades Yakye Axa vs. Paraguay y Moiwana vs. Surinam Saramaka vs. Surinam, ha establecido el deber de estos Estados de tomar medidas, administrativas o legislativas, en consulta con las comunidades cuyos derechos han sido vulnerados.

De la jurisprudencia de la Corte IDH se desprenden tres obligaciones que deben cumplirse simultáneamente por el Estado Colombiano respecto a toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectar los derechos de los pueblos étnicos: (1) Respetar y garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos étnicos conforme al Convenio 169 de la OIT; (2) **Respetar y garantizar el uso y disfrute, libre y tranquilo de los territorios ancestrales de los**

**pueblos y de las tierras que ellos habitan, de acuerdo con sus tradiciones, prácticas, costumbres y respectivas autoridades;** (3) Proveer los recursos internos adecuados y eficaces que garanticen la tutela de estos dos derechos y que respondan a las especificidades de protección de los pueblos étnicos.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que cuando se trata de proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables existe una afectación directa si el impacto recae sobre el territorio de la comunidad, el ambiente, la estructura social, económica o cultural del grupo.

Además, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-366 de 2011, por medio de la cual se declaró la inexecutable de la Ley 1382 de 2010 por el incumplimiento de este derecho fundamental, luego de exponer las exigencias constitucionales y convencionales en esta materia, así como su jurisprudencia y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta clase de desarrollos normativos debe tener en cuenta los siguientes condicionantes:

***“29.2. El deber de participación antes anotado resulta particularmente intenso cuando se trata de medidas legislativas y administrativas relacionadas con la explotación de recursos naturales en los territorios en que se ubican las comunidades diferenciadas. Ello debido a que (i) existe un mandato constitucional particular a ese respecto, contenido en el parágrafo del artículo 330 C.P.; (ii) el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT prevé un mandato particular en el mismo sentido, que impone el deber al Estado de consultar a las comunidades toda medida relacionada con la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, lo que incluye los recursos mineros; (iii) tanto la jurisprudencia constitucional colombiana como la de tribunales internacionales de derechos humanos, coinciden en que tales proyectos de explotación de recursos naturales tienen un importante grado de incidencia en la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural de las comunidades diferenciadas.***

*29.4. En la actividad de exploración y explotación minera, para el caso colombiano, convergen diversos factores de riesgos para la vigencia de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas. Aunque se trata de una actividad legal y sometida a fuertes regulaciones, la experiencia histórica ha demostrado que los proyectos mineros son especialmente sensibles a acciones como la incursión de grupos armados ilegales, el desplazamiento forzado de las comunidades que habitan las zonas afectadas y la contaminación del medio ambiente. Estos riesgos, que lastimosamente son connaturales a la actividad minera, exigen un especial deber estatal de garantía de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes”*

Con fundamento en lo anterior, el proyecto objeto de la presente memoria justificativa fue consultado al menos por tres razones. **En primer lugar, porque recae sobre el derecho fundamental al territorio, ya que habilita a las comunidades negras a adelantar (directamente o mediante terceros) actividades de exploración y explotación de los recursos no renovables en sus tierras.** Esto es relevante, no solo porque ello incide de forma nítida sobre su territorio, sino porque las comunidades negras podrán participar en la actividad económica. Precisamente, a propósito del concepto rector que activa la efectividad de este derecho fundamental (i. e. la afectación directa), **la Corte ha advertido que existe una afectación directa cuando se atribuyen beneficios a una comunidad étnicamente diferenciada que modifican su situación.** En segundo lugar, la consulta resulta imperiosa porque el territorio ocupa un lugar central en la cosmovisión de los pueblos negros. En este sentido, el Convenio 169 de la OIT (artículo 13) le impone el deber a los Estados de respetar *“la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”.*



La incidencia territorial ya señalada de la reglamentación proyectada activa, entonces, este derecho fundamental. **En tercer lugar, las medidas previstas en el decreto podrían afectar la salud y el ambiente de los pueblos negros por la evidente relación entre la minería a pequeña y mediana escala y las posibles afectaciones al medio ambiente que esta podría causar en sus territorios.**

**En el caso que nos ocupa, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Agencia Nacional de Minería y las demás entidades involucradas, entre el año 2017 y el año 2023, adelantaron el proceso de Consulta Previa del proyecto de decreto reglamentario del Capítulo V Minero de la Ley 70 de 1993,** sobre la base de un texto borrador de decreto sometidos a consulta previa, incorporando en diversas etapas las modificaciones respectivas, previendo en no cambiar el sentido del texto consultado, o gobernadas por el principio de progresividad, especialmente, porque se retomaron propuestas de las comunidades negras, no acogidas por anteriores gobiernos, pero que en todo caso han sido sometidas a análisis de la Comisión 5 y la Plenaria del Espacio Nacional de Consulta Previa (ENCP) en 2023.

En estas condiciones el proceso de consulta previa del proyecto de decreto reglamentario del Capítulo V minero de la Ley 70 de 1993, en sus diferentes etapas se encuentra plenamente cumplido, quedando agotada la fase de protocolización así:

#### **A. Preconsulta.**

Entre el 19 y 20 de julio de 2017, el Ministerio de Minas y Energía en conjunto con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio del Interior, convocó en la ciudad de Bogotá, la plenaria del Espacio Nacional de Consulta Previa ENCP, para presentar el proyecto de Decreto reglamentario del Capítulo V MINERO de la Ley 70 de 1993, para avanzar en la preconsulta y construir la ruta metodológica para la consulta. La plenaria del ENCP decidió que la hoja de ruta para la consulta se adelantará con la Comisión 5ª de dicho Espacio, encargada de los temas minero-energéticos.

Mediante Acta suscrita con la Comisión Quinta del Espacio Nacional de Consulta Previa, en el Hotel San Fernando Real de la ciudad de Cali – Valle del Cauca, durante los días 29, 30 y 31 de julio del 2017, se adelantó el proceso de preconsulta y apertura del proceso de consulta del proyecto de decreto reglamentario del capítulo V de la Ley 70 de 1993, tal como puede verse en el acta respectiva de esa fecha.

#### **B. Consulta en Territorio.**

Entre los días 7 y 11 de agosto del 2017, se realizaron en forma simultánea en todos los departamentos del país 32 Asambleas departamentales y una en el Distrito Capital de Bogotá, con la participación de los Consejos Comunitarios y las Organizaciones representativas de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y con la intervención de más de tres mil (3.000) delegados de estas comunidades, para debatir los alcances del proyecto de decreto reglamentario del Capítulo V MINERO de la Ley 70 de 1993.

#### **C. Sistematización y consolidación de las propuestas surgidas de las 32 asambleas departamentales y la distrital en la ciudad de Bogotá.**

Entre el 19 y 22 de diciembre del 2017, el Ministerio de Minas y Energía en conjunto con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio del Interior, convocó en la ciudad de Bogotá, a la

Comisión 5ª del ENCP, para avanzar en la sistematización y consolidación de las propuestas y recomendaciones surgidas en las 32 asambleas departamentales y la del distrito capital de Bogotá, frente al proyecto de decreto reglamentario del Capítulo V MINERO de la Ley 70 de 1993, para avanzar en los acuerdos con el Gobierno nacional.

#### **D. Construcción de Acuerdos y Desacuerdos.**

Entre los días 19 y 27 de febrero del 2018, el Ministerio de Minas y Energía en conjunto con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio del Interior, convocó en la ciudad de Cali – Valle del Cauca a la Comisión 5ª y a la plenaria del ENCP para avanzar en la búsqueda de acuerdos frente a los contenidos y alcances del proyecto de decreto reglamentario del Capítulo V MINERO de la Ley 70 de 1993. Como resultado de esta actividad, **se identificaron múltiples desacuerdos**, frente a los contenidos del proyecto de decreto.

#### **E. Constancia de Desacuerdos.**

Entre el 25 de junio y el 2 de julio del 2018, el Ministerio de Minas y Energía en conjunto con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio del Interior, convocó en la ciudad de Cali – Valle del Cauca a la Comisión 5ª y a la plenaria del ENCP para avanzar en la protocolización de los acuerdos o desacuerdos frente al proyecto de decreto reglamentario del Capítulo V minero de la Ley 70 de 1993. En esta reunión no se lograron ACUERDOS y la PROTOCOLIZACIÓN no se realizó, tal como consta en el Acta del 2 de julio del 2018.

#### **F. Recepción de recomendaciones de la comisión consultiva de alto nivel frente al proyecto de decreto reglamentario.**

En cumplimiento del mandato establecido en el artículo 60 de la Ley 70 de 1993, que establece que la reglamentación de la Ley se hará teniendo en cuenta las RECOMENDACIONES de las comunidades negras beneficiarias a través de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, el Ministerio de Minas y Energía, durante los días 27 y 28 de diciembre de 2021 y 16, 17 de febrero de 2022; presentó, socializó y entregó copia del borrador del proyecto de decreto reglamentario del capítulo V minero de la ley 70 de 1993 a la Subcomisión V de la Comisión Consultiva de Alto Nivel para las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, con el propósito de recoger las recomendaciones de esta instancia de participación, tal como consta en las actas de dichas fechas.

Posteriormente, el Ministerio de Minas y Energía recibió las RECOMENDACIONES de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, tal como consta en acta del 20 y 21 de abril de 2022.

Del 26 al 28 de julio de 2022, se presentaron ante al Espacio Nacional de Consulta Previa los instrumentos normativos propuestos por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Tierras. Además, se presentó y construyó la ruta metodológica para la continuación del proceso.

#### **G. Continuidad del proceso de consulta y construcción de nuevos acuerdos con la comisión 5ta del ENCP.**

El nuevo Gobierno del presidente Gustavo Petro y de la Vicepresidenta Francia Márquez, a través del Ministerio de Minas y Energía, retomó el proceso de consulta previa del proyecto de decreto

reglamentario del Capítulo Quinto Minero de la Ley 70 de 1993, en el estado en que había quedado en julio del 2018, y convocó en la ciudad de Bogotá a la Comisión 5ª del ENCP para avanzar en la búsqueda de acuerdos frente a los puntos de DESACUERDO con los gobiernos anteriores.

En efecto, en reunión con la Comisión V del ENCP realizada en Bogotá entre los días 16 y 17 de mayo del 2023, el Ministerio de Minas y Energía alcanzó los acuerdos respectivos sobre los contenidos y alcances del proyecto de decreto reglamentario del Capítulo V Minero de la Ley 70 de 1993, y se recomendó avanzar en la protocolización con la plenaria del Espacio Nacional de Consulta previa de las comunidades afrocolombianas ENCP, tal como consta en el acta respectiva de esa fecha.

#### **H. Protocolización de la consulta previa con la plenaria del ENCP.**

Entre el 24 y el 28 de mayo del 2023, el Ministerio de Minas y Energía en conjunto con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio del Interior, convocó en la ciudad de Cali a la Comisión 5ta y a la plenaria del ENCP para avanzar en la protocolización de los ACUERDOS, frente al proceso de consulta previa del proyecto de decreto reglamentario del Capítulo V minero de la Ley 70 de 1993, tal como consta en el acta del 28 de mayo de 2023.

En efecto, en el "*Acta de convocatoria sesión plenaria del Espacio Nacional de Consulta Previa de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras para la continuación de la consulta previa del instrumento de reglamentación del Capítulo V de la Ley 70 de 1993*", suscrita el 28 de mayo de 2023, se da cuenta de la protocolización de acuerdos alrededor del borrador de decreto objeto del presente análisis, destacando lo siguiente:

- “Que la consulta previa del proyecto de decreto contó con las recomendaciones de la Comisión Consultiva de Alto Nivel” (p. 9).
- Que “se surtieron los pasos y estándares jurisprudenciales en materia de consulta previa y el decreto 1372 de 2018” (p. 9).
- Que en el proceso de consulta a que refiere el acta “se garantizó los principios (sic) de buena fe y se hizo de manera previa, libre e informada” (p. 9).
- Que se preguntó a la plenaria si protocoliza el texto de proyecto de decreto por medio del cual se reglamenta el Capítulo V minero de la Ley 70 de 1993, frente a lo cual se respondió de forma unánime que sí (p. 9).

Finalmente, las siguientes actas forman parte de la presente memoria justificativa:

Fecha Inicio	Fecha Final	Objeto
20-07-2017	20-07-2017	Recibo y distribución, entre otros, del proyecto por el cual se reglamenta el capítulo V de los artículos 26, 27 y 28 de la Ley 70 de 1993. Se establece el trámite de las zonas mineras especiales de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y regula el derecho de prelación para la exploración y explotación de recursos mineros a favor de estas comunidades.
29-07-2017	31-07-2017	Presentación del Proyecto de Decreto Capítulo 5 de la ley 70 de 1993, entre otros, concertación de la propuesta metodológica, apertura del proceso de consulta previa.
19-02-2018	27-02-2018	Acta sesión Comisión V de la ENCP. Cierre de sesión manifestando que

		no hay consenso frente al proyecto de reglamentación del capítulo V de la Ley 70 de 1993, en su integridad.
25-06-2018	2-07-2018	Espacio para avanzar en la protocolización de los acuerdos y desacuerdos con la Comisión 5ta y la plenaria del ENCP
30-01-2019	04-02-2019	Décimo segunda sesión de la plenaria del Espacio Nacional de Consulta Previa de medidas legislativas y administrativas de amplio alcance susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, para la consolidación de preacuerdos, acuerdos y protocolización de las medidas susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del plan nacional de desarrollo 2018 - 2022.
29-11-2021	01-12-2021	Socialización del proyecto de decreto de los capítulos IV y V de la ley 70 de 1993.
27-12-2021	28-12-2021	Construir y acordar la ruta o metodología de la propuesta de reglamentación del capítulo V de la Ley 70 de 1993 que permita realizar la revisión, ajuste, recomendaciones y el seguimiento de los proyectos y acuerdos de la reglamentación, con la Comisión Consultiva de Alto Nivel.
16-02-2022	17-02-2022	Sesión socialización, revisión y ajustes al plan operativo y socialización de la propuesta de reglamentación del capítulo V de la Ley 70 de 1993.
09-04-2022	10-04-2022	Mesa técnica de ajuste, recomendaciones y el seguimiento a los proyectos de acuerdo de reglamentación y las correspondientes recomendaciones al proyecto de decreto propuesto por el Ministerio de Minas y Energía en cumplimiento de la ruta o metodología acordada.
20-04-2022	21-04-2022	Presentación de las recomendaciones del artículo 60 de la Ley 70 de 1993 por parte de la Comisión Consultiva de Alto Nivel sobre el proyecto de decreto reglamentario del capítulo V de la Ley 70 de 1993.
26-07-2022	28-07-2022	Sesión Comisión V del Espacio Nacional de Consulta Previa para la concertación de la ruta metodológica al proyecto de reglamentación del capítulo V de la Ley 70 de 1993.
16-05-2023	17-05-2023	Convocatoria continuación de la consulta previa del proyecto de decreto de reglamentación del capítulo V de la Ley 70 de 1993
24-05-2023	28-05-2023	Sesión plenaria del espacio nacional de consulta previa de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras para la continuación de la consulta previa del instrumento de reglamentación del capítulo V de la Ley 70 de 1993. Protocolización.

### **1.3. DERECHOS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANAS, RAIZALES Y PALENQUERAS (ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y DEUDA HISTÓRICA):**

El presente análisis se sustenta en la subregla de la Corte Constitucional según la cual, “*es imprescindible, para la solución de un problema relacionado con los derechos de los pueblos*” étnicos, “*mantener una visión integral de sus derechos; pero es necesario, también, no perder de vista la autonomía conceptual que cada uno de ellos posee*” (Sentencia C-389 de 2016).

Por lo que el desarrollo del presente proyecto de decreto, parte de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos que son también predicables de los específicamente reconocidos

por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional a los pueblos étnicos. **En ese marco, la autonomía, el territorio, la consulta, el principio de no discriminación y la igualdad de culturas, constituyen un conjunto armónico de principios, que requieren el uno del otro para su eficacia, y que conforman una visión integral de la pervivencia de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras.**

También se sustenta en la necesidad ética, jurídica y política de que, desde el enfoque constitucional, el Gobierno nacional reconozca que esta reglamentación se encuentra gobernada por el enfoque diferencial étnico en los siguientes términos jurisprudenciales:

*“El enfoque diferencial como desarrollo del principio de igualdad, en tanto trata diferencialmente a sujetos desiguales, **busca proteger a las personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta, de manera que se logre una verdadera igualdad real y efectiva, con los principios de equidad, participación social e inclusión. Dentro del enfoque diferencial, se encuentra el enfoque étnico, el cual tiene que ver con la diversidad étnica y cultural, de tal manera que teniendo en cuenta las particularidades especiales que caracterizan a determinados grupos étnicos y el multiculturalismo, se brinde una protección diferenciada basada en dichas situaciones específicas de vulnerabilidad, que en el caso de las comunidades étnicas, como lo son las comunidades indígenas, afro, negras, palenqueras, raizales y Rom, se remontan a asimetrías históricas. Dicho principio, permite visibilizar las vulnerabilidades y vulneraciones específicas de grupos e individuos, por lo que partiendo del reconocimiento focalizado de la diferencia se pretenden garantizar los principios de igualdad, diversidad y equidad**”.* (Sentencia T-010 de 2015). (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, la Ley 70 de 1993 es el marco de derechos y el estatuto de autonomía más importante del pueblo afrocolombiano, después de la ley de abolición legal de la esclavitud de 1851, de igual forma, es una ley de reparación histórica, porque busca reivindicar y resarcir siglos de esclavización, racismo, exclusión y despojo de que ha sido víctima el pueblo afrocolombiano. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al señalar que *“el legislador expidió la Ley 70 de 1993 (...), cuyo propósito, entre otros, es el de establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico”* (Sentencia T-292 de 2017).

En el mismo sentido, el alto tribunal ha destacado que *“la Constitución Política, así como la Ley 70 de 1993, identificaron a las comunidades NARP como un sujeto étnico colectivo, que, como se ha dicho en reiteradas ocasiones, es titular de las garantías al reconocimiento de la identidad, diversidad e integridad culturales y la dignidad e integridad de su vida en comunidad”* (Sentencia C-433 de 2021).

#### **1.4. POTESTAD REGLAMENTARIA: CONCEPTO, ALCANCE, REQUISITOS (SUSTENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL).**

La implementación y aplicación de los derechos mineros reconocidos en el artículo 55 transitorio constitucional y en la Ley 70 de 1993, quedaron supeditados a la reglamentación que expidiera el Gobierno Nacional. En este punto es importante señalar que, la aplicación e implementación de los principales instrumentos normativos que en materia de recursos minero para las comunidades negras en los territorios colectivos se encuentran consagrados en el capítulo V de la Ley 70 de 1993, tal como lo dispone el artículo 31 de esta Ley, especialmente, (i) La delimitación de las Zonas Mineras de comunidades negras, (ii) El ejercicio del Derecho de Prelación, (iii) El Contrato Especial de Concesión Minera para comunidades negras y (iv) La política de fomento minero en los territorios colectivos:



*“ARTICULO 31 Para efectos de lo consagrado en los artículos anteriores, el Gobierno Nacional reglamentará los requisitos y demás condiciones para su efectiva aplicación”.*

**Sin embargo, en los 30 años de vigencia de la Ley 70 de 1993, el instrumento normativo en materia de recursos minero adoptados en ella no han sido reglamentados por el Gobierno nacional. La ausencia de reglamentación del Capítulo V de la Ley 70 de 1993, ha impedido su implementación y aplicación efectiva, lo que ha traído como consecuencia que los derechos mineros reconocidos a las poblaciones afrodescendientes de Colombia, se haya aplicado en el marco de la Ley 685 de 2001, sin contemplar los factores diferenciales y las particularidades de estas comunidades.**

A efectos de establecer el legítimo y razonable ejercicio de la potestad reglamentaria, se revisó la compatibilidad del proyecto con la Ley 70 de 1993, norma legal objeto de reglamentación. Además, se confrontó su contenido con la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, y la jurisprudencia aplicable de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los cuales fueron referente para la proyección del decreto y deben ser referente para la interpretación de este.

El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, grosso modo, reconoce el derecho de los pueblos étnicos a mantener sus culturas, costumbres y creencias, a participar en las decisiones que los afectan, a la propiedad de sus territorios y a decidir conforme sus autoridades e instituciones (OIT, 1989).

La parte segunda del convenio referente a “Tierras”, entre los artículos 14 y 19, convoca a respetar la relación colectiva que las comunidades étnicas tienen con las tierras o territorios. Para ello, **los Estados deben determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente; atender las reivindicaciones territoriales presentadas por las comunidades; permitir el retorno o regreso a sus tierras en caso de que tuvieren que dejarlas; a respetar las formas de transmisión de los derechos sobre la tierra entre ellos; a impedir que terceros se apropien de la propiedad o posesión de las tierras de estas comunidades; a asignarles tierras suficientes para garantizar su existencia y su crecimiento; a promover la participación de los pueblos en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales; a consultarlos en el caso de explotación de recursos del subsuelo de los territorios que habitan (OIT, 1989).**

Uno de los compromisos adoptados por Colombia al ratificar el convenio 169, fue incluir en su legislación e implementar en sus políticas públicas la protección a favor de los pueblos étnicos, así precisamente, la Constitución Política de 1991 presenta máxima importancia, pues reconoce la protección de las comunidades desde la visión de los pueblos como actores de la sociedad.

Como se indicó, en ese orden, la Constitución Política de 1991 prevé en protección y reconocimiento de las comunidades negras; protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades; las acciones para el fomento de su desarrollo económico y social; la autonomía de sus autoridades; la posibilidad de autogobernarse mediante sus consejos comunitarios, el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable de las tierras comunitarias.

En las sentencias C-169 de 2001 y Sentencia T-680/12, la Corte Constitucional indicó que las:

***“(…) las comunidades negras son titulares de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, aunque con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Más concretamente, la Corte señaló que tales comunidades y sus miembros, tanto como los de los pueblos indígenas, son titulares de todos los derechos consagrados en el referido Convenio 169 de la OIT, pues sin ninguna duda cumplen las condiciones y supuestos previstos por su artículo 1°, cuyas definiciones determinan su campo de aplicación”.***

*Esos criterios fueron resumidos por la misma Corte en ese pronunciamiento como la suma de un elemento "objetivo", referente a la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y un elemento "subjetivo", que radica en la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión. **Se explicó allí que las comunidades negras de Colombia cumplen a cabalidad tales condiciones, según resulta tanto de la observación histórica y sociológica que de ellas puede hacerse, como de los desarrollos legislativos de los años recientes, especialmente de la ya referida Ley 70 de 1993, pero también de la Ley 99 de ese mismo año.***

*En la misma sentencia, y en otras posteriores, la Corte señaló también que el **concepto de comunidades negras a las cuales se aplican los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por el Convenio 169 no se restringe a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano (a las que específicamente se refirió el artículo 55 transitorio superior), sino que se extiende a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional, siempre que cumplan con los dos elementos reseñados en el párrafo anterior**” (negrilla fuera de texto).*

Agregando en lo que respecta a la importancia del territorio para estas comunidades, una descripción de la línea jurisprudencial existente, en la que se resalta:

*“Las anteriores razones aparecen directamente contempladas en el numeral 1° del artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, con el que inicia la Parte Segunda de este instrumento relativa a las Tierras, conforme al cual **“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.** (...) **“Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia** (...)”*

*(...) En esa oportunidad, explicó además la Corte que el derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes a la propiedad colectiva de las tierras no nace en Colombia apenas en 1991 con la vigencia de la nueva Constitución y del Convenio 169 de la OIT, sino que se remonta al menos a 1967, pues mediante la Ley 31 de ese año se incorporó al derecho interno el ya referido Convenio 107 de la OIT, antecedente del hoy vigente, que pese a su carácter parcial e incipiente, al menos en comparación con el que actualmente rige, incorporaba y reconocía ya ese derecho. (...)*

*(...) A partir de lo hasta aquí expuesto sobresale, pues, el nexo estrecho que existe entre el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y la necesidad de preservar el territorio ancestral de las comunidades y pueblos tribales. **Para el caso de las comunidades afrodescendientes resulta importante destacar la vinculación estrecha entre su supervivencia y el derecho al territorio como un lugar de vida, de desarrollo y mantenimiento de lazos***

*culturales. O dicho en otros términos: el territorio como un ‘universo en el cual se hace posible la existencia misma de las comunidades afrodescendientes’. Con independencia de la relación entre las personas que conforman la comunidad y la tierra ‘el territorio recoge la esencia misma de la existencia de un grupo social. Los pobladores hacen parte del territorio, así como la tierra, los ríos, los recursos y la vida’ (negrilla fuera de texto).*

Por las razones expuestas hasta aquí, resulta conveniente avanzar en la reglamentación del componente minero de la Ley 70 de 1993, que involucra los siguientes asuntos:

- i. Reglamentación y sustento en la Ley 70 de 1993. Alcance del artículo 31 de la Ley 70 de 1993. reconocimiento de actividades mineras de las comunidades negras.
- ii. El reconocimiento de los Consejos Comunitarios como máximas autoridades de administración interna de los territorios colectivos, tal como lo hace la Ley.
- iii. Reglamento interno minero del consejo comunitario de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras Ley 70 de 1993
- iv. Reconocimiento de las actividades mineras en territorios colectivos por las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras adjudicados, territorios en trámite de adjudicación y territorios ocupados ancestralmente por estas comunidades.
- v. Inclusión de trámites administrativos con enfoque diferencial en favor de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.
  - o Trámite diferencial para la delimitación de las zonas mineras de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.
  - o Procedimiento para el ejercicio del derecho de prelación de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.
  - o Reglas para el otorgamiento del contrato de concesión minera especial para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.
- vi. Apoyo técnico para estudios mineros y ambientales por parte de la autoridad minera y ambiental. Línea especial para Comunidades Negras en el Fondo de Fomento Minero.
- vii. Factores diferenciales para la acreditación de capacidad económica de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.
- viii. Revisión de los contratos de concesión y demás títulos mineros otorgados en los territorios colectivos de las comunidades negras en vigencia de la Ley 70 de 1993.

Por lo antes expuesto, resulta necesario y conveniente avanzar en la reglamentación de las disposiciones mineras de la Ley 70 de 1993, las cuales quedaron supeditadas en su aplicación a las reglamentaciones que expidiera el Gobierno Nacional, para que 30 años después de haberse expedido esta Ley, sus mandatos e instrumentos ambientales, puedan efectivamente aplicarse en beneficio de estas comunidades y a partir de cada una de ellas, se presenta el respectivo análisis:

#### **1.4.1. Reglamentación y sustento en la Ley 70 de 1993, Alcance del artículo 31 de la Ley 70 de 1993. Reconocimiento de actividades mineras de las comunidades negras.**

Teniendo en cuenta que senda jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado la integralidad de derechos y la condición de sujeto de especial protección constitucional de los negros, afrodescendientes y palenqueros, es relevante realizar una interpretación del ordenamiento jurídico teniendo en cuenta dicha situación junto a la protección internacional a las comunidades étnicas.

Actualmente la norma que regula el tema minero es la Ley 685 de 2001, norma general que no contó con

el derecho fundamental a la consulta previa. Por el contrario, la Ley 70 de 1993 es la ley especial de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y en su artículo 3º enumera los principios que la sustentan, los cuales son:

*“(i) el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural, y el derecho a la igualdad de todas las culturas que forman la nacionalidad colombiana; (ii) el respeto a la integridad y a la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras; (iii) la participación de las comunidades negras y sus organizaciones, sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley; y (iv) la protección del medio ambiente, atendiendo las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza”.*

La generalidad de la ley 685 de 2001 implica que las disposiciones previstas en dicha norma no contemplen lo dispuesto en la Ley 70 de 1993, en torno a los mecanismos especiales para la protección de la identidad cultural de estas comunidades ni para la planeación y el fomento de su desarrollo económico y social de ellas, ni los principios enunciados.

De conformidad con la jerarquía normativa existente en el Estado social y constitucional de derecho establecido en la Constitución Política de 1991, la ley 70 de 1993, como desarrollo directo de un artículo constitucional transitorio, se sitúa como una ley análoga a las de carácter estatutario.

La ley 685 de 2001 no permite aproximarse de forma integral a la garantía de derechos que les asiste a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, por lo que corresponde dar aplicación a la Constitución Política y las disposiciones de índole constitucional, con el fin de garantizar la primacía de los derechos fundamentales, la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta o con especial protección constitucional.

Las comunidades negras son un grupo étnicamente diferenciado y corresponde al Estado el deber de garantizar el ejercicio efectivo de su autodeterminación, sus instituciones, y autoridades de gobierno, lo cual implica, la posibilidad de seguir sus normas, costumbres, *“opciones de desarrollo, visión del mundo y proyectos de vida”.*

En ese sentido, la Ley 70 de 1993, en su axiología, contenido y alcance de los reconocimientos de derechos alrededor de las actividades mineras de las comunidades negras, deben primar sobre los enunciados normativos de la ley 685 de 2001, por lo motivos que se exponen con mayor detalle a continuación:

#### **1.4.1.1.** *Proximidad y desarrollo de normas de la Constitución Política*

La ley 70 de 1993 es más cercana a la Constitución Política de 1991 que la ley 685 de 2011 porque desarrolla de manera directa un artículo constitucional, a saber, el artículo 55 transitorio que ordena al Congreso de la República expedir *“una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley”* (Corte Constitucional, sentencia T-955 de 2003).

El desarrollo directo de la Constitución Política por medio de la Ley 685 de 2001 es más reducida en el sentido que la totalidad de situaciones jurídicas, económicas y contractuales que regula no deriva directamente del texto superior, a excepción del artículo 13 en el que se hace una declaración de *utilidad*

pública de la industria minera “en todas sus ramas y fases”. Sin embargo, “*en tanto dicha declaración emana del artículo 58 de la Constitución Política, es necesario tener en cuenta que existe un modelo constitucional de supeditación de la utilidad pública al bienestar general al cual debe responder la industria minera*” (Vargas Valencia, 2017, p. 192).

En este caso, la protección del bienestar general se concreta en el reforzamiento de la protección constitucional especial de la que son titulares las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras y sus miembros, desarrollada por la ley 70 de 1993. En palabras de la Corte Constitucional, la prevalencia del interés general se encuentra estrechamente asociada a “*la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc.*” como “*elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia*” (Sentencia T-428 de 1992).

#### **1.4.1.2.** *Naturaleza y alcance de los derechos reconocidos por las normas.*

De la anterior argumentación se deriva una aproximación a la *prevalencia* de los derechos fundamentales de las comunidades negras desarrollados por la ley 70 de 1993 respecto de las expectativas de agentes mineros regulados por la ley 685 de 2001. Lo anterior se desprende de varias razones jurídicas:

a. Las situaciones jurídicas reguladas por el código de minas son de carácter económico, disponible, renunciable y se encuentran sometidas a circunstancias de orden público por su naturaleza contractual. De manera contraria, los derechos fundamentales, de carácter individual y colectivo, desarrollados por la ley 70 de 1993 son de carácter superior e irrenunciable porque “*se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana*” (Corte Constitucional, sentencia T-428 de 2012) de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras. Es así como, la propia Corte Constitucional ha asegurado que la ley 70 de 1993 definió “*los derechos territoriales, económicos, políticos y culturales de las comunidades afrocolombianas*” (Sentencia C-253 de 2013) los cuales tienen estatus de fundamentales (Sentencia T-477 de 2013). Tales derechos son objeto de *protección constitucional reforzada*, “*de manera que para asegurar su goce efectivo se exige el reforzamiento de las garantías ordinarias existentes*” (Vargas Valencia, 2017, p. 195).

b. Desde el punto de vista de la jurisprudencia actualmente vigente, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han coincidido en señalar que los titulares mineros no tienen derechos adquiridos sino situaciones jurídicas consolidadas susceptibles de ser modificadas por normativas que protegen intereses como los cubiertos por la ley 70 de 1993 y establecen distintas hipótesis de regulación ante cambios normativos y de condiciones que puede generar la entrada en vigencia de un nuevo decreto reglamentario de la norma mencionada, distinguiendo entre tales situaciones y meras expectativas (Corte Constitucional, sentencia C-983 de 2010) en lo que respecta a terceros con intereses en la exploración y explotación de recursos mineros dentro de territorios de interés colectivo de las comunidades NARP.

En particular, el Consejo de Estado ha indicado que, en materia minera, “*las relaciones jurídicas consolidadas bajo reglamentaciones anteriores no configuran derechos adquiridos, porque pueden sufrir modificaciones en virtud de disposiciones que*”, protegiendo intereses constitucionales o de interés general “*se declaren en el futuro*”. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1 de junio de 2022).



En consonancia con ello, el alto tribunal de lo contencioso administrativo ha asegurado que las disposiciones expedidas *“con posterioridad al perfeccionamiento del contrato de concesión para la exploración y explotación minera tienen la virtualidad de modificar las condiciones contractuales debido a que el objeto recae sobre bienes públicos relacionados con la explotación de recursos naturales, circunstancia que impone la primacía del interés general”* (Ib.).

Lo anterior quiere decir que los derechos desarrollados por la ley 70 de 1993 prevalecen sobre las expectativas y situaciones jurídicas reguladas en la ley 685 de 2011, adicionalmente por tres subreglas constitucionales:

(i) En relación con derechos colectivos como el medio ambiente y los usos del suelo no hay lugar a derechos adquiridos ya que la consolidación de situaciones jurídicas *“depende de la etapa contractual o del propio ciclo minero”* (Consejo de Estado, sentencia del 12 de agosto de 1999; Corte Constitucional, sentencias C-296 de 1995, C-293 de 2022 y C-191 de 2016);

(ii) El contrato de concesión minera deja de ser eficaz si pierde el interés público que lo sustenta asociado a los artículos 1, 58 y 334 de la Constitución Política, los cuales supeditan las concesiones mineras a la protección eficaz del patrimonio del Estado, de los derechos sociales implicados en la actividad minera (Consejo de Estado, concepto del 26 de septiembre de 2012), a la preservación del medio ambiente y al mejoramiento de las condiciones de vida de todos los colombianos y colombianas, incluyendo a las comunidades NARP.

(iii) Adicionalmente, *“la protección del pluralismo plasmado en el reconocimiento como derecho fundamental de las comunidades indígenas [y NARP] a su integridad social, cultural y económica por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura adquiere especial relevancia en materia de la explotación por el Estado de los recursos naturales yacientes en los territorios indígenas [y de comunidades NARP] la que debe efectuarse sin desmedro de dicha integridad”* (Corte Constitucional, sentencia C-418 de 2002).

#### **1.4.2. Funciones de los Consejos Comunitarios como máximas autoridades de administración interna de los territorios colectivos.**

Obsérvese que lo referente a los Consejos Comunitarios, como forma de administración interna, en los términos del artículo 5 de la ley 70 de 1993, cuenta con desarrollo legal, como se observa:

En los términos del numeral 5 del artículo 2 y el artículo 5 de la Ley 70 de 1993:

*“Comunidad Negra es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia e identidad que las distinguen de otros grupos étnicos. Al Consejo Comunitario lo integran la Asamblea General y la Junta del Consejo Comunitario”.*

*(...) Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional.*

*Además de las que prevea el reglamento, son funciones de los Consejos Comunitarios: delimitar y*

*asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación”.*

Por su parte, el Decreto 1745 de 1995 compilado por el Decreto 1066 de 2015, en sus artículos 2.5.1.2.3, 2.5.1.2.6, indica:

*Artículo 2.5.1.2.3 Definición. Una comunidad negra podrá constituirse en Consejo Comunitario, que como **persona jurídica ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras**, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad.*

*(...) 6. Decidir sobre los temas que por mandato de este capítulo y los reglamentos internos de la comunidad sean de su competencia*

El Decreto 1745 de 1995 es la norma por la cual “*se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras" y se dictan otras disposiciones*".

Además, el artículo 7 de la Ley 2160 de 2021, por medio del cual se modifica la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y otorga capacidad de contratación a los Consejos Municipales de Comunidades Negras, indica:

*“2. Consejo comunitario de las comunidades negras: Es la persona jurídica que **ejerce la máxima autoridad de administración Interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad**”.*

La Corte Constitucional ha destacado que “*el Consejo comunitario de las comunidades negras es la persona jurídica que ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las tierras de las comunidades negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad*” (Sentencia C-317 de 2022).

En la misma providencia, el alto tribunal advierte que “*de acuerdo con la Ley 70 de 1993, los consejos comunitarios son un tipo de organización ligada al concepto de propiedad colectiva que, posteriormente, con la expedición del Decreto Reglamentario 1745 de 1995 adquirieron la categoría de máxima autoridad de administración interna dentro de las tierras de comunidades negras. Estas instituciones están conformadas por la Asamblea General y la Junta Directiva y cuentan con la participación de un Representante Legal “que es el encargado de representar a la comunidad, en cuanto persona jurídica. **En este espacio se define el devenir cultural, político y económico de los territorios de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras**”* (Sentencia C-317 de 2022).

El Consejo de Estado en sentencia bajo el radicado número: 27001-23-31-000-2004-00549-01(3826) de fecha 20 de octubre de 2005, consejero ponente Reinaldo Chavarro Buriticá, ha sostenido que los consejos comunitarios de las comunidades negras tienen la función, entre otras, de preservar la identidad cultural de la comunidad.

Los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras, son entonces, personas jurídicas cuya creación está autorizada por el artículo 5º de la Ley 70 de 1993, que tienen entre sus funciones las de administrar internamente las tierras de propiedad colectiva que se les adjudique, delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas, velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia SU-111 de 2020 señaló que:

*"Cada comunidad negra debe formar un consejo comunitario como manera de administración interna, el cual tiene entre sus diversas funciones la de materializar esta doble finalidad de la propiedad colectiva regulada en la Ley 70 de 1993. Esto es reconocido por el artículo 5º de la ley 2160 de 2021, la cual prescribe que los consejos comunitarios deben velar por la preservación de la identidad cultural y por el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales".*

Lo anterior, en virtud del principio a la diversidad étnica y cultural, que ha reiterado la Corte Constitucional en favor de estas comunidades, pues además de reconocer la existencia de un grupo étnicamente diferenciado, también corresponde al Estado el deber de garantizar el ejercicio efectivo de su autodeterminación, sus instituciones, y autoridades de gobierno, lo cual implica, la posibilidad de seguir sus normas, costumbres, "opciones de desarrollo, visión del mundo y proyectos de vida". Así conforme las sentencias T-446/21 y T-151 de 2019, las comunidades étnicamente diferenciadas tienen derecho a:

*"(...) (i) Tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, **así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc.** (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; **(xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales;** y (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole"[28]. (negrilla y subraya fuera de texto)*

Por lo demás, téngase en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-389/16, quien ha indicado que no es dado considerar un conflicto de competencias entre las autoridades étnicas y las ambientales o las mineras, porque siempre las actividades de las autoridades étnicas deben ser realizadas en los términos definidos en la Ley, sin perjuicio de las funciones de las autoridades competentes.

*"La Corte comienza por indicar que, tal como lo mencionan los accionantes, el artículo 330 de la Carta Política ha conferido a los pueblos indígenas, entre otras, la potestad de actuar como autoridades ambientales dentro de sus territorios, al tiempo que la sentencia T-955 de 2003 **resaltó que tienen también deberes hacia el desarrollo sostenible y el uso responsable de sus recursos.** Obviamente, se trata de supuestos correlativos, que no pueden ser desconocidos por las*

*demás autoridades públicas, y que deben llevar a espacios de concertación con las entidades territoriales y las corporaciones autónomas, para que los problemas ambientales y especialmente la percepción de los pueblos indígenas (usualmente armónica con la conservación y preservación del ambiente sano) sea tenida en cuenta, con efectos reales, por parte de las autoridades públicas.*  
*(negrilla y subraya fuera de texto)*

En efecto, no es pertinente conformar conflictos con las funciones de la autoridad minera, es decir, la Agencia Nacional de Minería (ANM), quien según lo previsto en el Decreto 4134 de 2011, tiene por objeto y como parte de sus funciones “*administrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado*”. Por lo que las actividades previstas a cargo de los Consejos Comunitarios serán realizadas sin perjuicio de las funciones de las autoridades competentes, como se indica en la norma. También en el entendido que toda actuación debe ser en los términos definidos en este reglamento y la Ley.

Por lo que en virtud del principio de la diversidad étnica y cultural y lo señalado por el artículo 3 del Decreto 1745 de 1995, el presente proyecto de decreto indica que **los Consejos Comunitarios son las máximas autoridades de administración interna de los territorios colectivos, quien puede darse su propio reglamento interno minero, el cual contendrá las pautas y derroteros del Consejo Comunitario de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, como mecanismo de autodeterminación y de salvaguardar sus modos de vida y su cultura. Lo anterior, sin desconocer a la autoridad minera competente, pues expresamente se señala en el articulado que: “La gestión de los Consejos Comunitarios sobre los recursos naturales no renovables, en los territorios colectivos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se articulará con la autoridad minera competente”.**

#### **1.4.3. Reglamento interno minero del consejo comunitario de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras Ley 70 de 1993.**

Conforme la sentencia C-317 de 2022 de la Corte Constitucional, el Consejo comunitario de las comunidades negras es la persona jurídica que ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las tierras de las comunidades NARP, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad, en los términos de lo explicado en el acápite anterior.

En ese orden, el Decreto 1745 de 1995, reglamentario del capítulo 3 de la Ley 70 de 1993, dispone en el numeral 4 del artículo 6, que son funciones de esos Consejos comunitarios de NARP: “*Aprobar el reglamento de usos y traspasos del usufructo de las tierras asignadas a los individuos o a las familias, cumpliendo las condiciones previstas en el artículo 7 de la Ley 70 de 1993 y de acuerdo con el sistema de derecho propio de la comunidad*”. Así mismo, en el numeral 13 del artículo 6 compilado en el Decreto 1066 de 2015, establece dentro de las funciones de la Asamblea General de los Consejos Comunitarios “*darse su propio reglamento*”.

**Por lo que conforme lo anterior, corresponde al Consejo Comunitario en autonomía de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, decidir sobre las formas de producción y de aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, siempre teniendo en cuenta un límite que es la protección del medio ambiente y la obligación de generar un desarrollo sea sostenible, por lo que el derecho de autonomía está delimitado en el interés general y el derecho colectivo a la protección del ambiente.**

Como antecedentes jurisprudenciales tenemos que en sentencia T- 955 de 2003, instaurada por el Consejo Comunitario Mayor Cuenca Río Cacarica en contra del Ministerio del Medio Ambiente, de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó CODECHOCO y de Maderas del Darién S.A., se ordenó i) TUTELAR los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva, a la participación y a la subsistencia de las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica, considerando:

***“El derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la Ley 70 de 1993, en cuanto ésta resulta definitiva e indispensable para que dichas comunidades puedan ejercer las acciones civiles a que da lugar el reconocimiento constitucional. (...) Es decir que, desde el año de 1967, en los términos de la Ley 31, a las comunidades negras nacionales, en cuanto pueblos tribales, les fue reconocido el derecho a la propiedad colectiva de los territorios que ocupan ancestralmente y, por ende, las facultades de uso y explotación de sus suelos y bosques, esto último, por ministerio de la ley o previa autorización de la autoridad ambiental, en los términos del Código de Recursos Naturales”.***

Las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y sus territorios colectivos, que suman más de seis millones de hectáreas, revisten especial importancia para el desarrollo sostenible del país; para el cumplimiento de las metas ambientales del Gobierno Nacional y para la sostenibilidad del planeta, debido entre otras cosas, al estrecho vínculo existente entre diversidad biológica y diversidad cultural. De esa forma, uno de los aportes del presente decreto, además, de reglamentar lo correspondiente a la explotación de los recursos naturales no renovables, corresponde al compromiso que se crea en dichas comunidades por la conservación de los recursos naturales en los territorios colectivos, fundamentado en las prácticas tradicionales de producción de estas comunidades y en la valoración del aporte que estas prácticas tradicionales de producción han tenido en la conservación y protección de las riquezas ambientales del país. Lo cual, parte del reconocimiento de la conservación del ambiente como un hecho cultural ya que dichas comunidades son guardianas del bosque y del ambiente.

En ese orden, mediante el reglamento al que hace referencia el proyecto de decreto, se enuncian diferentes aspectos referentes a las facultades legales de los Consejos Comunitarios, pero además, con el alcance previsto por la jurisprudencia, pues se pueden describir las prácticas ancestrales y tradicionales de producción minera; la zonificación de áreas de producción, el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, de acuerdo con los usos y costumbres de cada comunidad; la oferta y la demanda de los recursos naturales no renovables en los territorios colectivos, incorporando los programas y proyectos necesarios para garantizar su aprovechamiento sostenible; la identificación y caracterización de las áreas con deterioro ambiental por efectos de la minería en el territorio colectivo, las medidas de recuperación, las acciones para desestimular las prácticas mineras ambientalmente insostenibles; acciones de prevención de la explotación ilícita de minerales y mitigar sus efectos en los territorios colectivos, entre otras.

Lo anterior, sin desconocer a la autoridad minera competente, pues expresamente se señala en el articulado que: “9). *Los mecanismos de relacionamiento interno y externo y de articulación con las autoridades competentes mineras, ambientales y locales, entre otras*”, por lo que se reitera que la autonomía de las autoridades étnicas tiene como limitación que el desarrollo sea sostenible y las disposiciones de las autoridades competentes.

#### **1.4.4. Reconocimiento de las actividades mineras en territorios colectivos adjudicados de las**



**comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, territorios en trámite de adjudicación y ocupados ancestralmente por estas comunidades.**

La Ley 70 de 1993, establece las figuras de la adjudicación y la ocupación de los territorios colectivos, en los siguientes términos:

*“(…) De acuerdo con lo previsto en el Parágrafo 1° del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esta ley se aplicará también en **las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley**”.*

*“(…) 6. **Ocupación colectiva. Es el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para su uso colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción**”.*

*“Artículo 4° El Estado adjudicará a las comunidades negras de que trata esta ley la propiedad colectiva **sobre las áreas que, de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo segundo, comprenden las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y aquellas ubicadas en las áreas de que trata el inciso segundo del artículo 1° de la presente ley que vienen ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción.** Los terrenos respecto de los cuales se determine el derecho a la propiedad colectiva se denominarán para todos los efectos legales “Tierras de las Comunidades Negras”.*

*“Artículo 17. A partir de la vigencia de la presente ley, **hasta tanto no se haya adjudicado en debida forma la propiedad colectiva a una comunidad negra que ocupe un terreno en los términos que esta ley establece, no se adjudicarán las tierras ocupadas por dicha comunidad ni se otorgarán autorizaciones para explotar en ella recursos naturales sin concepto previo de la Comisión de que trata el artículo 8°**”.* (negrilla y subraya fuera de texto)

En reciente acción de tutela instaurada por el Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Mindalá contra la empresa Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. y otros, sentencia T-446-2021, la Corte Constitucional reconoció la garantía constitucional de la diversidad étnica y cultural de las comunidades, así como el derecho al territorio ampliando en favor de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, las prerrogativas inicialmente previstas para los pueblos indígenas, teniendo en cuenta:

*“(…) que estas colectividades han sido históricamente discriminadas e invisibilizadas. Por lo tanto, ha reprochado los procesos sociales, económicos y políticos que devalúan las manifestaciones culturales de estos grupos étnicos y, a través de sus sentencias, ha trazado un esfuerzo institucional tendiente a superar escenarios que recrean y acentúan la discriminación o negación de estas comunidades[32]”.*

Afirmando, así que estas comunidades tienen derecho a:

*“(…) i) al territorio y a la titulación colectiva de los territorios que ocupan ancestralmente; ii) al aprovechamiento, uso y explotación de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios (bajo los límites que la ley establezca) en tanto que son propietarios de estos y, por ende, iii) a ser consultados previamente sobre las medidas que puedan afectarles, de*

*conformidad con el Convenio 169 de la OIT[34] y la jurisprudencia de la Corte[35]*".

Aún más, la sentencia en mención refiere la sentencia T-800 de 2014, por medio de la cual, la Corte estableció la condición de sujeto de especial protección constitucional de los negros, afrodescendientes y palenqueros, así:

*"(...) tiene como objetivo salvaguardar su diversidad y compensar las "dificiles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional"[38].*

*"(...) las personas afrocolombianas y las comunidades a las que pertenecen son titulares de derechos fundamentales y que gozan de un status especial de protección que aspira tanto a compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, como a salvaguardar su diversidad étnica y cultural, en armonía con el marco constitucional y los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en esa materia. En consecuencia, ha amparado los derechos fundamentales de los afrocolombianos que han sido víctimas de actos de discriminación asociados a su raza o que han sido excluidos arbitrariamente de los beneficios instituidos por vía legal o administrativa para garantizar que disfruten de los mismos derechos y libertades a los que tiene acceso el resto de la población. Así mismo, ha protegido a las comunidades negras que han visto amenazados o vulnerados los derechos que el Convenio 169 de la OIT y la Ley 70 de 1993 les han reconocido en su condición de sujeto colectivo portador de una identidad cultural y étnica diferenciada[40]"[41].*

El reconocimiento del territorio a las comunidades negras tiene relación con la tradicionalidad y ancestralidad del mismo, por lo que mediante sentencia T-766 de 2015, la Corte estudió la acción de tutela promovida por varias comunidades del Chocó contra los actos administrativos que delimitaron áreas estratégicas mineras por traslapar con los territorios ancestralmente ocupados por comunidades negras, ante lo cual la Corte Constitucional consideró pertinente la realización de la consulta previa, tutelando los derechos vulnerados.

En la sentencia C-389/16, la Corte Constitucional refirió aspectos sobre el territorio y la minería, en específico sobre el **efecto expansivo del territorio** para comunidades étnicas, considerando:

*Como se explicó en la sentencia T-005 de 2016,[179] la idea de la ancestralidad como "título" de propiedad desarrollada en la sentencia T-235 de 2011[180] fue reiterada en los fallos T-282[181] y T-698[182] del mismo año, precisándose que: "el término "título" se utiliza entre comillas porque **no es del todo posible categorizar la propiedad del territorio colectivo con un vocablo propio del derecho civil de corte romano. Los atributos del territorio colectivo se derivan de ese continuum entre cultura, autonomía y territorio que ha sido puesto de presente por la jurisprudencia". En ese sentido, la providencia T-005 de 2016,[183] puntualizó: "el territorio indígena está asociado a una noción de ancestralidad y no al reconocimiento estatal a través de los títulos de dominio, ya que para los pueblos étnicos la tierra significa el espacio donde desarrollan su identidad cultural"[184].***

*- En la sentencia C-371 de 2014,[185] reiterando la decisión T-693 de 2011[186], la Corte señaló que, en concordancia con los artículos 13[187] y 14.1[188] del Convenio 169, la **protección constitucional del territorio no se restringe a los terrenos adjudicados de forma colectiva a los grupos étnicos, sino que también abarca los lugares de significación religiosa, ambiental o cultural para ellos, así como la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan de alguna otra manera, aunque estén por fuera de los límites físicos de los títulos colectivos (efecto***

**expansivo del territorio).**

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

**(...) En la misma dirección, ha sostenido esta Corte que el concepto de territorio colectivo no se agota en conceptos propios del derecho civil: el reconocimiento estatal de los territorios y la delimitación de su área constituyen mecanismos de protección relevantes de las tierras indígenas. Sin embargo, el territorio colectivo no es un concepto espacial, sino uno cultural (el ámbito de vida de la comunidad). Y, en consecuencia, puede tener un efecto expansivo, destinado a la inclusión de los espacios de relevancia social, cultural y religiosa para las comunidades.[191]**

- En las sentencias T-955 de 2003[192] y T-698 de 2011,[193] la Corte Constitucional hizo referencia a algunas de las consecuencias del reconocimiento del derecho, en términos de derechos y obligaciones de los pueblos étnicamente diferenciados. **Además de las prerrogativas del Convenio 169 de la OIT, ya mencionadas, la Corte consideró que estos tienen los deberes de (i), usar, gozar y disponer de los recursos existentes en los territorios, con criterios de sustentabilidad; (ii) obtener autorizaciones de las autoridades ambientales para explotaciones forestales persistentes, con fines comerciales; (iii) garantizar al máximo la persistencia de los recursos naturales, al hacer uso de ellos; y (iv) conservar, mantener o propiciar la regeneración de la vegetación protectora de las aguas; dar un uso adecuado a ecosistemas frágiles, como manglares y humedales; y proteger las especies de flora y fauna silvestre en vías de extinción.[194]**

**(...) Estas consideraciones expuestas a propósito de una acción de tutela interpuesta por comunidades indígenas son también aplicables a las comunidades afrocolombianas, como lo ha reconocido esta Corte en sentencias como la T-955 de 2003,[202] la T-376 de 2012[203] y la T-680 de 2012[204].**

- En ese orden de ideas, la Sala reitera que, de acuerdo con la sentencia T-235 de 2011,[205] las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; y la ancestralidad de la posesión, como “título” de propiedad[206]. Además, [...] el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto de ámbito cultural de la comunidad[207]. (Subraya y negrilla fuera de texto)

En igual sentido, la sentencia T-446/21, expresamente indica:

“A partir de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión reitera que las comunidades NARP son titulares de los derechos de reconocimiento de identidad y diversidad cultural. **Asimismo, goza de protección**

**constitucional el territorio ancestralmente ocupado por estos grupos**, a partir de lo cual se desprende el derecho a que les consulten previamente las medidas que pudieren afectarles en forma directa, como se expondrá en el título que se desarrollará a continuación. (negrilla y subraya fuera de texto)

Para llegar a dicha conclusión, la Corte Constitucional tuvo en cuenta la capacidad administrativa del Ministerio del Interior, pues dicha entidad puede llegar a certificar que una zona o área está ocupada por comunidades étnicas porque la presencia étnica excede los predios reconocidos o titulados, para evitar desconocer pueblos étnicamente diferenciados y que tienen especial protección constitucional. Por ello, no basta con reconocer las actividades mineras en territorios colectivos adjudicados a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, sino que, debe tenerse en cuenta los territorios en trámite de adjudicación y los ocupados ancestralmente por estas comunidades, como se prevé en el proyecto de decreto. Lo anterior, porque es la disposición que resulta pertinente para efectos de superar las vulneraciones históricas a las que ha estado sujeta la población en mención, si no, porque con ello se garantizan de fondo y de forma efectiva los derechos de las comunidades de que trata el proyecto de decreto.

Ya desde el 2018, la Corte Constitucional convocó al Gobierno a agilizar los procedimientos de registro y de reconocimiento de las comunidades y territorios étnicos, pero la realidad es que, a la fecha se presentan comunidades que no obran en los registros o territorios que, pese haber sido solicitados, aún no son adjudicados, así en sentencia SU-123 de 2018, la Sala dispuso:

***“(…) la entidad puede acudir a las entidades territoriales, a las corporaciones autónomas regionales y a las instituciones académicas, culturales o investigativas especializadas (i.e. el Instituto Colombiano de Antropología e Historia o el Instituto Geográfico Agustín Codazzi). Esto con el objetivo de obtener la información que le permita establecer con mayor seguridad si un grupo étnicamente diferenciado se encuentra o podría resultar afectado por un proyecto o actividad dentro de un determinado territorio. Esta consulta se justifica porque esas entidades poseen información actualizada y precisa sobre la presencia y características de las comunidades en los territorios[102]”***

Por lo que esa carga de diligencia corresponde a todas las entidades del Estado que ejecutan su misionalidad en zonas en las que se encuentran comunidades étnicas, para efectos de la presente reglamentación, las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Pues, como ya lo ha indicado la Corte Constitucional en la jurisprudencia en cita y reitera:

***“(…) la realidad prevalece sobre las formas, por lo que la identidad étnica existe independientemente de que conste en registros censales, o en las constancias expedidas por las entidades estatales[103]”.***

De otro lado, la sentencia C-389 de 2016, también abordó este punto, lo hizo como un dicho de paso (obiter dicta), así en el texto de esta providencia, la Corte Constitucional, después de estudiar su línea jurisprudencial relacionada con las tierras de las comunidades étnicas, recuerda que:

***“[L]a posesión ancestral del territorio, antes que los títulos que conceden los Estados constituyen el fundamento del derecho; que la tardanza en la titulación comporta una violación al derecho (preexistente a esos procedimientos) y que, por otra parte, estas reglas deben aplicarse con especial precaución frente a comunidades que han sido víctimas de despojo y desplazamiento, es decir, cuya posesión ancestral se ha visto suspendida por motivos ajenos a su voluntad”.***

Además, en la misma sentencia se recordó que: “(...) *el concepto de territorio colectivo no se agota en conceptos propios del derecho civil: el reconocimiento estatal de los territorios y la delimitación de su área constituyen mecanismos de protección relevantes de las tierras indígenas*”.

Al respecto, el proyecto de decreto objeto de la presente memoria justificativa, prevé dos aspectos que facilitan el rol de la autoridad minera, de un lado, la autoridad conserva siempre la posibilidad de oficiar a las autoridades competentes para conocer el estado del trámite y, además, para establecer cuáles son los territorios ocupados ancestralmente por comunidades NARP, es viable **contar con concepto previo de la Comisión Técnica de Ley 70 de 1993, pues en los términos de los artículos 15, 36, 37 y 38 del Decreto 1745 de 1995, se señalan:**

*“Artículo 15. Funciones de la Comisión Técnica. En territorios ocupados por una comunidad negra, en los términos que establece la Ley 70 de 1993, y hasta tanto no se le haya adjudicado a ésta en debida forma la propiedad colectiva, a la Comisión le corresponde:*

*1. Evaluar técnicamente y emitir concepto previo sobre.*

*a) Las solicitudes de titulación colectiva de las Tierras de las Comunidades Negras;*

*b) El otorgamiento de licencia ambiental, autorización, concesión o permiso para la ejecución de proyectos, obras o actividades que lo requieran y cuya competencia corresponda al Ministerio del Medio Ambiente, a las Corporaciones Autónomas Regionales, a las entidades territoriales o a cualquier otra autoridad del Sistema Nacional Ambiental;*

*c) La celebración de cualquier contrato u otorgamiento de título que tenga por objeto el aprovechamiento de los recursos naturales;*

*d) El acceso, por cualquier medio legal, a los recursos genéticos ubicados dentro del ámbito de aplicación de la Ley 70 de 1993.*

*2. Determinar los límites del territorio que será otorgado mediante el título de propiedad colectiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de este Decreto;*

*3. Verificar que las solicitudes de titulación individual no se encuentran en territorios ocupados por una comunidad negra, y sean susceptibles de ser titulados colectivamente.*

**Parágrafo 1º. La entidad que recibe las solicitudes de que tratan los literales b), c) y d) del numeral 1º de este artículo deberá verificar preliminarmente si se encuentran dentro de un territorio susceptible de ser titulado colectivamente a una comunidad negra y, en caso positivo, procederá a remitirlo a la Comisión Técnica para que emita el concepto respectivo.**

*En todo caso, la comunidad involucrada podrá hacer valer sus derechos ante la entidad competente o ante la Comisión Técnica. (...)”.*

*Artículo 35. Elementos básicos para el concepto previo. La Comisión Técnica deberá verificar.*

*1. Si el proyecto objeto de la solicitud de otorgamiento de licencia ambiental, concesión, permiso, autorización o de celebración de contratos de aprovechamiento y explotación de los recursos naturales y genéticos, se encuentran en zonas susceptibles de ser tituladas como Tierras de Comunidades Negras, a fin de hacer efectivo el derecho de prelación de que trata la ley.*



2. Si el proyecto se encuentra dentro de las áreas señaladas en el artículo 6 de la Ley 70 de 1993.
3. Si el proyecto trata de especies vedadas o prohibidas, de acuerdo con la legislación vigente.
4. Los demás que la Comisión Técnica considere conveniente.

*Artículo 36. Procedimiento. A partir de la vigencia del presente Decreto, la autoridad ambiental o minera competente, hará llegar a la Comisión un concepto técnico preliminar, en un término no superior a treinta (30) días siguientes a la admisión de la solicitud.*

*Recibida la información anterior, la Comisión procederá a solicitar a las entidades o autoridades las pruebas e informaciones pertinentes que deberán serle remitidas en un plazo no mayor de treinta (30) días, so pena de causal de mala conducta. La Comisión Técnica emitirá concepto en un término no superior a sesenta (60) días, contados a partir de la fecha de recibo de la solicitud por parte de la misma y procederá a remitirlo a la entidad competente para que se surta el trámite respectivo.*

*Parágrafo transitorio. Todas aquellas solicitudes de permisos, concesiones, autorizaciones, licencias ambientales y títulos mineros que se encuentren pendientes de decidir al momento de la expedición de este Decreto, se tramitarán por el procedimiento establecido en el mismo y deberán ser resueltas con prioridad a cualquier otra solicitud.*

***Artículo 37. Derecho preferencial de aprovechamiento de los recursos naturales. Cuando la Comisión Técnica determine que las solicitudes de otorgamiento de licencias, permisos, concesiones o autorizaciones de aprovechamiento de recursos naturales renovables, se presentan sobre tierras susceptibles de ser tituladas colectivamente a Comunidades Negras, solo podrán ser otorgadas en beneficio de la comunidad respectiva, previo cumplimiento del procedimiento establecido en este Decreto, a través del Consejo Comunitario, o en caso de no haberse conformado este, de los representantes de las comunidades negras involucradas.***

***Para el caso de las solicitudes de exploración y explotación minera, una vez la Comisión Técnica verifique que se encuentra en territorio susceptible de ser titulado como Tierras de las Comunidades Negras, la Comisión Técnica informará, por escrito, al Consejo Comunitario respectivo o en caso de no haberse constituido éste, a los representantes de las comunidades involucradas, para posterior ejercicio del derecho de prelación a que se refiere el artículo 27 de la Ley 70 de 1993.***

***Artículo 38. Obligatoriedad del concepto. El concepto técnico favorable no obliga a la entidad encargada de resolver la solicitud, pero si fuere desfavorable no podrá concederse la licencia, concesión, permiso o autorización al peticionario.***

Lo anterior en consonancia con lo que expresamente señala artículo 17 de la Ley 70 de 1993:

*A partir de la vigencia de la presente ley, hasta tanto no se haya adjudicado en debida forma la propiedad colectiva a una comunidad negra que ocupe un terreno en los términos que esta ley establece, **no se adjudicarán las tierras ocupadas por dicha comunidad ni se otorgarán autorizaciones para explotar en ella recursos naturales sin concepto previo de la Comisión de que trata el artículo 8º.** (negrilla y subraya fuera de texto)*

Lo previsto para la Comisión Técnica de Ley 70 de 1993, expresamente se señala en el proyecto de decreto reglamentario, así:

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 2º numeral 6º de la Ley 70 de 1993 y en el artículo 2º del Decreto Ley 902 de 2017, **los territorios con ocupación colectiva susceptibles de adjudicación son los asentamientos históricos y ancestrales de comunidades negras en tierras para su uso colectivo, que constituyen su hábitat y sobre las cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción. Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 y 17 de la Ley 70 de 1993, el organismo responsable de emitir concepto previo sobre la ocupación colectiva ancestral es la Comisión Técnica, en los términos de los artículos 15, 36, 37 y 38 del Decreto 1745 de 1995.**

(...) “PARAGRAFO 1. En armonía con lo dispuesto en los artículos 8 y 17 de la Ley 70 de 1993 y en los artículos 35, 36, 37 y 38 del Decreto 1745 de 1995, compilado en el Decreto 1066 del 2015, cuando la Comisión Técnica determine que las solicitudes de contrato de concesión se presentan sobre territorios colectivos, en trámite de adjudicación y ocupados ancestralmente por las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, **el título minero solo podrá otorgarse en beneficio de la comunidad negra, afrocolombiana, raizal y palenquera a través del Consejo Comunitario titular de la solicitud**”.

(...) “4. Concepto previo de la Comisión Técnica de Ley 70 sobre el derecho de prelación. En armonía con lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 1745 de 1995, compilado en el Decreto 1066 de 2015, una vez cumplido el proceso de socialización antes descrito, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, **la autoridad minera competente solicitará a la Comisión Técnica, el concepto previo de que trata el artículo 17 de la Ley 70 de 1993, para lo cual, le remitirá un reporte preliminar con información relevante sobre la propuesta de contrato de concesión, con la identificación plena del área solicitada con sus linderos y coordenadas y la posible superposición parcial o total con los territorios colectivos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras**”.

Entonces, ante la carencia de reconocimiento, registro e inventario, por diferentes razones, de la totalidad de territorios de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, corresponde en esta oportunidad reconocer las actividades mineras realizadas por dichas comunidades no sólo en los territorios adjudicados, sino también en los territorios objeto de solicitud y en aquellos que aún no son objeto de solicitud pero que son ocupados ancestralmente por dichas comunidades. Para lo cual se cuenta con mecanismos para garantizar la seguridad jurídica de las decisiones, pues corresponde legamente a la Comisión Técnica, de que trata el artículo 15 del Decreto 1745 de 1995, conceptuar sobre los territorios étnicos hasta que sean adjudicados.

#### **1.4.5. Inclusión de trámites administrativos con enfoque diferencial en favor de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras Ley 70 de 1993.**

De conformidad con la Corte Constitucional colombiana, la ley 70 de 1993 es el marco normativo especialmente dirigido a la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las comunidades NARP, de manera que todos los asuntos relacionados con dicho ámbito especial de protección constitucional, incluyendo los relacionados con recursos mineros en territorios de interés colectivo y cultural de dichas comunidades, debe tener como referente y parámetro de legalidad a dicha ley en el marco constitucional del artículo 55 transitorio superior que reconocen expresamente que las comunidades NARP realizan actividades de exploración y explotación minera en sus territorios (Sentencia C-253 de 2013).

Por otra parte, la Corte Constitucional ha señalado que el goce efectivo de derechos respecto de los

cuales se ha reconocido una especial protección constitucional requiere de garantías sustanciales y de garantías procedimentales o instrumentales (Cfr. Sentencias C-426 de 2002, C-483 de 2008, C-279 de 2013, T-283 de 2013). Los segmentos normativos del borrador de decreto asociados a trámites administrativos están vinculados a la reglamentación de tres figuras especiales cuya dimensión procedimental no se encuentra definido total y diferencialmente ni en la ley 70 de 1993 ni en la ley 685 de 2001.

El artículo 258 y siguientes de la Ley 685 de 2001 regulan el “procedimiento gubernativo en asuntos mineros” instaurado con el objetivo de garantizar, en forma pronta y eficaz, el derecho a solicitar del particular como proponente del contrato de concesión y el de facilitarle su efectiva ejecución. Tal procedimiento carece de dimensiones diferenciales y no hace alusión a las tres figuras especiales creadas por la ley 70 de 1993 y desarrolladas por el borrador de decreto reglamentario del capítulo 5, entre otras razones porque “(...) *desvirtuó normas de las leyes que fueron expedidas a manera de reglamentación de la Carta Política [(como la ley 70 de 1993)]... para blindar a la actividad minera de la aplicación de normas ambientales, territoriales y tributarias*” (Pardo Becerra, 2013, p. 189).

Tal desarrollo de la dimensión procedimental de las figuras diferenciales establecidas por la ley 70 de 1993 para salvaguardar derechos colectivos de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras se lleva a cabo con base en la orden expresa que el artículo 31 de dicha norma impone al Gobierno nacional de establecer requisitos y condiciones necesarias para su efectivo desarrollo, mediante la reglamentación de esta.

Desde tal perspectiva, el borrador de decreto no establece requisitos, etapas o exigencias adicionales al procedimiento gubernativo minero de que trata la ley 685 de 2001, sino que establece reglas de trámite diferencial para la efectividad de tres figuras pendientes de reglamentación por parte del Gobierno nacional. Lo anterior en el entendido de que no toca el procedimiento gubernativo minero porque no se construye en desarrollo de la ley 685 de 2001 sino de la ley 70 de 1993. Además, porque la autoridad minera conserva sus facultades como administrador del recurso, encargado del seguimiento y la fiscalización, junto a las demás competencias establecidas en el Decreto 1073 de 2015 y el Decreto 4134 de 2011, cuyo artículo tercero señala:

*El objeto de la Agencia Nacional de Minería, ANM, es administrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado, promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos mineros de conformidad con las normas pertinentes y en coordinación con las autoridades ambientales en los temas que lo requieran, lo mismo que hacer seguimiento a los títulos de propiedad privada del subsuelo cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley.*

De conformidad con la argumentación hasta aquí planteada, la reglamentación del capítulo 5 de la ley 70 de 1993, además, debe insertarse en un contexto de progresividad que garantice acciones afirmativas y tratos preferentes para las comunidades NARP y sus miembros, en un marco de corrección de fallas históricas en su reconocimiento por parte del Estado que ha dado lugar a la profundización de circunstancias de marginación y exclusión que repercuten en la ausencia o ineficiencia de mecanismos de representación y redistribución de activos para estas poblaciones históricamente discriminadas (Corte Constitucional, Sentencia T-736 de 2013).

En el contexto de la dimensión procedimental de los mecanismos específicamente contemplados para

garantizar el acceso de las comunidades NARP a los recursos mineros vinculados a sus territorios de interés colectivo y cultural, **resulta constitucionalmente necesario establecer figuras diferenciales como la exoneración de requisitos inicialmente contemplados para otros agentes sociales o económicos, en un ejercicio de aplicación del principio de diferenciación positiva, que goza de legitimidad constitucional en virtud del artículo 13 de la C.N.** En palabras de la Corte Constitucional:

*“(...) La diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural. Como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida, tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional”. (Sentencia T-422 de 1996).*

La jurisprudencia de la citada Corte Constitucional y el Consejo de Estado **coinciden en establecer la obligación de las autoridades administrativas de flexibilizar los requisitos establecidos para la totalidad de la población, en favor de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de las comunidades NARP, con el objetivo de garantizar su derecho a la igualdad y de desplegar un trato especial y preferente que permita revertir las situaciones de desventaja en las cuales interactúan con el Estado.** La excepción a normas establecidas para la generalidad de los sujetos de las mismas, como acción afirmativa ordenada por la jurisprudencia constitucional vigente, resulta incluso obligatoria a la luz de las subreglas jurisprudenciales actualmente vigentes. Es así como la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

*“Los fundamentos del trato preferente que el Estado debe prodigarle a los afrocolombianos y a las comunidades que integran en aras de la protección de su identidad étnica diferenciada deben buscarse, en los distintos postulados constitucionales que proclaman a Colombia como un Estado Social de Derecho participativo y pluralista que reconoce su diversidad étnica y cultural y la igualdad y dignidad de todas sus culturas, en los tratados de derechos humanos que han sido incorporados al ordenamiento interno con jerarquía de normas constitucionales, como el Convenio 169 de la OIT, y en los demás instrumentos internacionales” (Sentencia T-576 de 2014).*

Por su parte, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha señalado que la aplicación de requisitos o exigencias establecidas en los trámites asociados a la garantía de derechos de sujetos de especial protección constitucional *“debe ser analizada de acuerdo con las circunstancias particulares del caso... es precisamente dicha valoración la que realiza esta Sala para concluir que la condición de sujeto de especial protección constitucional que recae sobre una persona permite flexibilizar la exigencia del [y los] requisito[s] en estudio”.* (Sentencia del 12 de agosto de 2019).

De otro lado, en caso de ser necesario algún tipo de adecuación institucional para adelantar las acciones afirmativas y los trámites diferenciales, la normatividad dispone tiempos y mecanismos para esos ajustes. Por ende, se debe tener en cuenta la Ley 2294 de 2023 - PND 2022-2023 “Colombia Potencia Mundial de la Vida” que establece:

**Artículo 351. Plan integral de reglamentación e implementación de la ley 70 de 1993.** Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Gobierno nacional formulará, diseñará e implementará un Plan Integral de Reglamentación e Implementación de la Ley 70 de 1993. Este plan servirá para acelerar los procesos en marcha de elaboración, consulta y expedición de los Decretos Reglamentarios, **así como las medidas para garantizar los derechos**

*del acceso a la tierra y la salvaguarda de los territorios, igualdad de oportunidades y garantías para los pueblos afrodescendientes, negros, raizales y palenqueros.*

*Las entidades estatales del orden nacional, conforme a sus competencias, deberán identificar las asignaciones presupuestales específicas para el cumplimiento de lo establecido en el presente artículo, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gasto de Mediano Plazo, y presentarán al Departamento Nacional de Planeación las asignaciones de manera desagregada.*

Además, el proyecto de decreto objeto de la presente memoria justificativa, establece “Mecanismos Institucionales. Dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente decreto, el Ministerio de Minas y Energía y la autoridad minera realizarán las gestiones y adecuaciones institucionales con el fin de crear unidades de apoyo técnico para la gestión integral de las zonas mineras y el contrato minero especial para comunidades negras, la promoción de la formalización minera, y además, para garantizar el tratamiento diferencial étnico integral en el diseño, implementación, evaluación y seguimiento de las políticas públicas del sector minero con incidencia en los territorios de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”.

Claro lo anterior, se procede a analizar cada uno de los trámites diferenciales establecidos en el proyecto de decreto.

#### **1.4.5.1. Trámite diferencial para la delimitación de las zonas mineras de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.**

Como se expuso con anterioridad, el artículo 31 de la Ley 70 de 1993, establece la habilitación expresa para que el Gobierno reglamente el Capítulo V y, en particular, “los requisitos y demás condiciones necesarias para su efectiva aplicación, de acuerdo con las normas mineras vigentes”, de esa forma, corresponde reglamentar aspectos como los requisitos de la solicitud de parte, paso a paso de la actuación de oficio, visita técnica, inscripción en el catastro y actualización del Registro Nacional Minero, entre otros.

La Ley 70 de 1993 en el artículo 26, preceptúa:

*“El Ministerio de Minas y Energía de oficio o a petición de las comunidades negras de que trata esta ley, **podrá señalar y delimitar en las áreas adjudicadas a ellos zonas mineras de comunidades negras en las cuales la exploración y la explotación de los recursos naturales no renovables deberá realizarse bajo condiciones técnicas especiales sobre protección y participación de tales comunidades negras, con el fin de preservar sus especiales características culturales y económicas, sin perjuicio de los derechos adquiridos o constituidos a favor de terceros**”.* (negrilla y subraya fuera de texto)

De una parte, se ha aplicado el concepto de territorio étnico en sentido extendido como se expuso con anterioridad. De otro lado, el proyecto de decreto establece el procedimiento para la delimitación de las zonas mineras de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, la revisión técnico-jurídica, las condiciones de la visita técnica, el contenido del acto administrativo, la correspondiente inscripción en el registro minero.

Allí se reitera que se respetarán los títulos mineros existentes, incluidas las autorizaciones temporales,



antes del señalamiento y delimitación de la zona minera de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Y en caso de liberación de las áreas otorgadas por cualquier circunstancia, estas se incorporarán automáticamente a la zona minera de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras delimitadas. Con esta medida se respetan los derechos adquiridos de forma tal, que los contratos vigentes dentro de una zona de reserva minera continúan conforme fueron celebrados hasta su finalización, luego de lo cual, pasan a formar parte de la zona minera.

Además, se establece la consecuencia práctica de la delimitación de las zonas mineras de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, pues allí se señala que, una vez declarada la zona minera, el derecho a explorar y explotar los recursos naturales no renovables existentes en los territorios colectivos solo podrá ser otorgado de forma exclusiva a estas comunidades.

En todo caso, sea que la autoridad minera proceda de oficio o a solicitud de parte a declarar y delimitar la zona minera de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras debe tener en cuenta la previa solicitud presentada, las normas vigentes y las condiciones, requisitos técnicos y ambientales especiales que resulte del caso tomar en consideración.

Adicionalmente, se deja claro que la simple delimitación de las zonas mineras de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras no basta para iniciar la exploración y explotación, pues el proyecto en el parágrafo tercero expresamente indica *“Una vez declarada la zona minera, **el derecho a explorar y explotar los recursos naturales no renovables existentes en los territorios colectivos de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras adjudicados, en trámite de adjudicación y susceptibles de adjudicación por ser ocupados ancestralmente por estas comunidades, solo podrá ser otorgado de forma exclusiva a estas comunidades**”*. Por lo que es necesario celebrar el contrato minero especial para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de que trata el mismo proyecto de decreto.

Por lo demás, el proyecto describe con claridad las condiciones de tiempo, modo y lugar para la delimitación de las zonas mineras de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

#### **1.4.5.2. Procedimiento para el ejercicio del derecho de prelación de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.**

El artículo 27 de la Ley 70 de 1993, dispone:

*“Las comunidades negras de que trata la presente ley gozarán del derecho de prelación para que el Gobierno, a través del Ministerio de Minas y Energía, les otorgue licencia especial de exploración y explotación en zonas mineras de comunidades negras sobre los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por tales comunidades. Sin embargo, la licencia especial, podrá comprender otros minerales con excepción del carbón, minerales radioactivos, sales e hidrocarburos” (negrilla fuera de texto)*

El artículo 7 de la Constitución Nacional establece que *“el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación”* y el artículo 13 declaró que *“(…) El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de los grupos discriminados o marginados”*.

En sentencia C-389/16, la Corte Constitucional en revisión constitucional de la prelación se pronunció en

lo referente a establecer si las comunidades pueden oponerse al desarrollo de actividades mineras, reiterando que no existe derecho a veto por parte de las comunidades, pero mencionó aspectos relevantes, pues recordó la protección integral en favor de las comunidades étnicas y sus territorios, así:

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

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

*Como se expuso, la consulta previa es, en la jurisprudencia constitucional colombiana, un derecho complejo, que concreta los principios de democracia participativa, autodeterminación y autonomía de los pueblos y justicia ambiental. A la vez, posee una dimensión instrumental, que la convierte en la herramienta de defensa de los derechos de los pueblos indígenas. El territorio, a su turno, es un concepto cultural, que difiere del concepto de tierra como bien inmueble, sujeto a las leyes del mercado y la libre disposición de los particulares.*

*El territorio es el ámbito donde se cohesiona y desarrolla la cultura; donde se consolida la autonomía, en el que se inscribe el derecho propio, y el espacio en el que la relación de los pueblos originarios con la naturaleza, defendida por esta Corte y el Derecho internacional de los derechos humanos se materializa. Así las cosas, la Sala mantendrá presentes dos criterios orientadores: es imprescindible, para la solución de un problema relacionado con los derechos de los pueblos indígenas, mantener una visión integral de sus derechos; pero es necesario, también, no perder de vista la autonomía conceptual que cada uno de ellos posee. Por ello, aunque el cargo central propuesto en esta oportunidad tiene que ver con los atributos constitucionales de los territorios colectivos, la Sala tomará en consideración el derecho a la consulta previa, y la jurisprudencia relacionada en casos similares, para alcanzar una respuesta constitucionalmente adecuada (...)*

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

*Esta afirmación, reiterada en la jurisprudencia constitucional, se extiende también a los demás derechos de los pueblos indígenas y las comunidades negras, especialmente, la propiedad colectiva de sus territorios, su autonomía, subsistencia e identidad cultural. Cualquier interpretación que suponga una afectación de estos derechos, o aplicación que los desconozca abiertamente, es inadmisibles desde el punto de vista de la Constitución Política de 1991” (negrilla fuera de texto)*

Aclarando además la Corte que, el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas no constituye justificación para omitir el derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado.

Entonces, el derecho de prelación es un derecho propio de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras que se ejerce por medio del Consejo Comunitario, sin que ello implique el desarrollo de un monopolio de la actividad minera en cabeza de ellas ni un poder de veto, pues por medio

de dicha figura se habilita el derecho de las comunidades a desarrollar los procesos de explotación y exploración de recursos mineros en su territorio.

En el proyecto de decreto no se está creando ningún tipo de exclusión o restricción, lo que se hace es reglamentar la Ley 70 de 1993 referente a la realización de actividades mineras por parte de las comunidades mineras, teniendo en cuenta las características culturales, étnicas, sociales de ellas. En efecto, se pueden presentar solicitudes por terceros, lo que acontece es que se debe respetar el derecho de prelación.

En el contexto de la protección a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y la extensión de las prerrogativas constitucionalmente reconocidas a los pueblos indígenas, la Sentencia C-480 de 2019, concluyó lo siguiente:

*“En conclusión, la Constitución y la jurisprudencia ha concretado los principios de diversidad e identidad en derechos de reconocimiento cultural de las colectividades negras, palenqueras y raizales que pretenden **eliminar las discriminaciones y negaciones históricas que han padecido esos colectivos desde la colonia hasta nuestros días**. Con base en esas garantías, la Corte Constitucional ha salvaguardado la participación de las comunidades afrocolombianas, la aplicación de acciones afirmativas, así como las expresiones culturales, ancestrales y medicinales entre otras, derivado de su carácter de grupos étnicos, de acuerdo con el artículo 55 transitorio de la Constitución.*

Así, se debe prestar atención a que para hacer efectivo el derecho de prelación debe realizarse una notificación a las comunidades y poblaciones que habitan los territorios étnicos. En el proceso de titulación minera se contempla el mecanismo de comunicación con las comunidades étnicas; sin embargo, son menos las zonas de minería étnicas que las comunidades afrocolombianas, lo que conlleva a que el resto de las comunidades no se enteren de la adjudicación de un título minero previo a su ejecución. Aspecto este que, sin lugar a duda, es motivo de conflictos actuales en los territorios, por lo que se justifica que se contemple la posibilidad de ejercer el derecho de prelación en los territorios adjudicados, en trámite de adjudicación y en los territorios ocupados ancestralmente, pues precisamente corresponde a las comunidades allí asentadas indicar si quieren realizar la explotación de los recursos por prelación.

Además, el reglamento prevé un procedimiento, de forma tal que el derecho de prelación se ejerce con respeto al derecho al debido proceso de los terceros interesados, pues se otorga al solicitante un derecho de prelación, en la medida en que una vez estudiada la solicitud se evidencie el cumplimiento de los requisitos para posteriormente, proceder a una eventual concesión, pues de ninguna manera el ejercicio del derecho de prelación lleva a la concesión de un contrato de exploración o explotación de forma automática.

Por ende, las condiciones históricas de vulneración a las comunidades étnicas de que trata el proyecto de decreto implican la necesidad de contemplar el territorio étnico desde un punto de vista constitucional, prevalecer los fines establecidos para el Estado en la Constitución Política de Colombia y dar cumplimiento de los principios de igualdad, eficacia y celeridad, para lo cual, el derecho de prelación les asiste a las comunidades en sus territorios.

El derecho de prelación tiene fundamentos constitucionales en el entendido que establece “*un derecho o una prerrogativa en cabeza de un grupo humano específico, que consiste en la prioridad o prelación para*

*la concesión de un título minero dentro de su territorio*” (Corte Constitucional, Sentencia C-389 de 2016).

Por lo demás, el proyecto describe con claridad las condiciones de tiempo, modo y lugar para la delimitación de las zonas mineras de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Adicionalmente, tiene en cuenta lo previsto en la Sentencia C-891 de 2002, en donde se consideró:

***“[A]ntes de que comiencen a correr los 30 días de que trata el artículo 275, el Gobierno deberá entregarle a los grupos étnicos información satisfactoria sobre la propuesta de contrato de concesión, a fin de que éstos puedan debatir y decidir sobre el asunto. A su vez el Gobierno debe explicarles la forma en que pueden participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, advirtiéndoles sobre las alternativas de explotación que tienen las comunidades étnicas, las cuales implican una acción positiva del Estado, incluso de carácter económico (v.gr. créditos de fomento, asistencia técnica, capacitación administrativa y de mercadeo), con el objeto de hacer efectivo el derecho de preferencia de los grupos étnicos”.***

En ese orden de ideas se materializa de forma efectiva el derecho de prelación, pues para el ejercicio del derecho se establece en el proyecto de Decreto que previamente:

***“Cuando se verifique que la propuesta presentada por los particulares, se superpone parcial o totalmente, (...) la autoridad minera competente, deberá adelantar un proceso de socialización de dicha propuesta con las comunidades involucradas, donde deberá entregar información clara, precisa, completa y satisfactoria, sobre los alcances del contrato de concesión, a fin de que estas comunidades puedan debatir y decidir sobre el asunto y evaluar las opciones de ejercer el derecho de prelación para adelantar la exploración y explotación de dichos recursos en forma autónoma como comunidad. En este espacio de socialización, las autoridades mineras competentes, también deberán informar a las comunidades negras concernidas, la forma en que pueden participar en la utilización, administración y gestión socio ambiental responsable de los recursos naturales no renovables existentes en sus territorios colectivos, advirtiéndoles sobre las alternativas de exploración y explotación que como grupo étnico tienen, y las ventajas económicas de su explotación en términos de financiación especial, crédito, asistencia técnica, asociación empresarial, capacitación administrativa, mercadeo y fomento, entre otras opciones”***, con lo cual se materializa de forma efectiva el derecho de prelación.

De otro lado, **sobre la particularidad del derecho de prelación de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, sobre los materiales de arrastre y de construcción en territorios colectivos.** Obsérvese que al tenor del mismo artículo 27 de la Ley 70 de 1993, el derecho de prelación también procede respecto de los materiales de arrastre y de construcción existentes en territorios colectivos de dichas comunidades.

El artículo 286 de la constitución política señala que las entidades territoriales son los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. De igual forma, el artículo 356 de la norma en cita, en lo referente a la distribución de recursos y competencias, señala que los resguardos indígenas pueden ser entidades territoriales

Para el efecto, en aplicación del principio de igualdad, que se ha ilustrado en numerales anteriores, se considera a los Consejos comunitarios desde su potencialidad, pueden conformarse como entidades territoriales, por lo que es viable entender que los Consejos Comunitarios pueden ser sujeto de contratos de concesión o beneficiarios de autorizaciones temporales para el aprovechamiento de materiales de

arrastre y de construcción.

Precisamente, el artículo 1ro de la Ley 70 de 1993, menciona que el objeto de reconocer los derechos de las comunidades NARP, tiene como “*propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana*”.

Por lo que, siguiendo los principios constitucionales descritos en el presente texto, la integralidad de derechos y la condición de sujeto de especial protección constitucional de los negros, afrodescendientes y palenqueros, es relevante realizar contemplar acciones afirmativas que les permita acceder a los recursos, explotarlos y usarlos en beneficio de su comunidad.

Es indispensable tener en cuenta el *principio pro homine* o *principio pro persona*, pues toda manifestación o actuación en el marco del Estado Social de Derecho, debe estar fundado en el respeto de la dignidad humana y estar dirigidos a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, conforme los artículo 1 y 2 de la constitución. Referente a ello, la Corte Constitucional ha indicado:

*“(...) cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia “principio de interpretación pro homine” o “pro persona”. A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: “El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”. Éste es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1° y 2° de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En lo que tiene que ver con los derechos, los mencionados criterios hermenéuticos se estipulan en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se debe afirmar que estos criterios configuran parámetro de constitucionalidad, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. El principio pro persona, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental (...)”.*  
(negrilla y subraya fuera de texto)

Por ello mismo, se prevé la imposibilidad de prórroga, pero sólo para un tipo de contratos y con la siguiente característica:

1. Contratos de concesión y autorizaciones temporales de los particulares para el aprovechamiento de materiales de arrastre y de construcción en territorios colectivos;
2. Ejecutados en zona minera de comunidades negras.

En lo demás, previo a la prórroga se habilita la posibilidad de aplicar el derecho de prelación.

En adicción, en el marco del artículo 27 de la Ley 70 de 1993 las comunidades negras también



son beneficiarias del derecho de prelación para el otorgamiento de contratos de concesión y autorizaciones temporales para la utilización y el aprovechamiento de los materiales de arrastre y de construcción existentes en sus territorios colectivos, ya que este artículo solo excluye de tales contratos o autorizaciones temporales los carbones, las sales, los hidrocarburos y los materiales radioactivos.

Del mismo modo, el artículo 19 de la Ley 70 de 1993 señala que las prácticas tradicionales de producción que las comunidades negras ejerzan sobre las playas o las riberas de los ríos donde se encuentran los materiales de arrastre, para la construcción o reparación de viviendas de uso de los integrantes de la respectiva comunidad negra, se consideran usos por ministerio de la ley y en consecuencia no requieren permiso alguno.

Igualmente se establece que estas prácticas relacionadas con la recolección de productos, para la subsistencia de la respectiva comunidad, tendrá prelación sobre cualquier aprovechamiento comercial, semiindustrial, industrial o deportivo.

En consecuencia, dado que no se trata de una exclusividad de las entidades territoriales, los Consejos Comunitarios de las comunidades negras, pueden ser beneficiarios de autorizaciones temporales para el aprovechamiento de los materiales de arrastre y de construcción para la reparación, mantenimiento, construcción o mejoras de vías y viviendas de interés social dentro de sus territorios colectivos.

Finalmente, se reitera que el derecho de prelación no implica el monopolio sobre los recursos naturales no renovables que se encuentran en el territorio de las comunidades negras.

#### **1.4.5.3. Reglas para el otorgamiento del contrato de concesión minera especial para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.**

El mencionado artículo 27 de la Ley 70 de 1993, establece:

*“Las comunidades negras de que trata la presente ley gozarán del derecho de prelación para que el Gobierno, a través del Ministerio de Minas y Energía, les otorgue licencia especial de exploración y explotación en zonas mineras de comunidades negras sobre los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por tales comunidades. Sin embargo, la licencia especial, podrá comprender otros minerales con excepción del carbón, minerales radioactivos, sales e hidrocarburos” (negrilla fuera de texto)*

Para el momento de expedición de la norma en cuestión, se podía acceder al derecho a explorar y explotar minas mediante la licencia especial de exploración y explotación; luego se estableció la figura del contrato de concesión como única forma de constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar (aprovechar los recursos) minas de propiedad estatal, por lo que el término de concesión es el usado en el proyecto de reglamento.

Adicionalmente, se ha incluido uno de los elementos señalados en la sentencia C- 389 de 2016, que precisó:

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

Lo anterior sin desconocer a la autoridad minera competente, pues expresamente se señala en el articulado que: *“La gestión de los Consejos Comunitarios sobre los recursos naturales no renovables, en los territorios colectivos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se articulará con la autoridad minera competente”.*

Así lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-389/16, quien ha indicado que las actividades de las autoridades étnicas deben ser realizadas en los términos definidos en la Ley, sin perjuicio de las funciones de las autoridades competentes.

De forma tal, que en reglamentación de la Ley 70 de 1993, se prevé un método de acceso a los títulos mineros acorde a los criterios diferenciales que permitan a las comunidades étnicas realizar actividades de exploración y explotación. Así, más allá del ejercicio del derecho fundamental de consulta previa, se trata de la posibilidad del desarrollo de las actividades de minería por parte de la comunidad y la posibilidad de hacerlo en sus territorios.

Recordando que el contrato de concesión minera especial para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, no implica transferencia de dominio ni excluye la potestad estatal de ejercer control sobre el desarrollo de la actividad para la utilización eficiente de los recursos del subsuelo, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento en la actividad minera.

La Corte Constitucional ha señalado que el goce efectivo de derechos respecto de los cuales se ha reconocido una especial protección constitucional requiere de garantías sustanciales y de garantías procedimentales o instrumentales. (Sentencias C-426 de 2002, C-483 de 2008, C-279 de 2013, T-283 de 2013).

El desarrollo de la dimensión procedimental de las figuras diferenciales establecidas por la Ley 70 de 1993, para salvaguardar derechos colectivos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras se llevó a cabo con base en la orden expresa que el artículo 31 de dicha norma dio al Gobierno nacional de establecer requisitos y condiciones necesarias para el efectivo desarrollo de éstas, mediante su reglamentación.

Desde tal perspectiva, el borrador de decreto no excede las facultades reglamentarias, pues establece

reglas de trámite diferencial para la efectividad de los derechos de las comunidades negras y sigue lo previsto en la Ley 70 de 1993.

Estas figuras tienen en común servir de salvaguardas de los derechos étnico-territoriales de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en el sentido que facilitan al Estado garantizar que "la exploración y la explotación de los recursos naturales no renovables" tradicionalmente aprovechados por las comunidades NARP se realice "***bajo condiciones técnicas especiales sobre protección y participación de tales comunidades, con el fin de preservar sus especiales características culturales y económicas***".

Ahora bien, existen dos pronunciamientos jurisprudenciales en los cuales se señala que el establecimiento de trámites administrativos especiales excede la potestad reglamentaria pues no es viable "adicionar un procedimiento administrativo fijado en la ley". En concreto la sentencia del 14 de marzo de 2018 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00101-00(51754), C. P. Marta Nubia Velásquez Rico y la sentencia C-507 de 2014 de la Corte Constitucional, M. P. Mauricio González Cuervo, pero estas dos sentencias refieren la regulación de trámites mineros contemplados en la Ley 685 de 2001.

No obstante, obsérvese que en el presente proyecto de decreto reglamenta la Ley 70 de 1993, y allí específicamente porque el legislador en el artículo 31 de la Ley 70 de 1993, facultó al Gobierno para reglamentar los requisitos y demás condiciones necesarias para la efectiva aplicación de dicha ley, entre otros, la consideración de un procedimiento diferencial del contrato de exploración y explotación a favor de las comunidades negras.

#### **1.4.6. Apoyo técnico para estudios mineros y ambientales por parte de la autoridad minera y ambiental, junto a la Línea Especial para comunidades negras en el Fondo de Fomento Minero.**

Como se ha expuesto hasta el presente apartado, corresponde al Estado disponer medidas diferenciales que permitan a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras la exploración y explotación de los minerales en sus territorios.

En ese sentido, el proyecto de reglamento dispone el apoyo a dichas comunidades, la disposición de recursos económicos, humanos o tecnológicos necesarios para apoyar su elaboración y brindar el acompañamiento, la asistencia técnica y el suministro de información para adelantar estudios técnicos para realizar las actividades de exploración o explotación de recursos mineros en zonas mineras de las comunidades.

Ahora bien, se dispone que dicho apoyo no sea para todo tipo de minería, **sino establece que es para aquellas actividades que requieren mayor protección y fomento, exigiendo que se trate de actividades mineras de pequeña escala realizadas exclusiva y directamente por comunidades negras en los territorios previstos en el presente reglamento.**

#### **1.4.7. Factores diferenciales para la acreditación de capacidad económica de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.**

En igual sentido, con el interés de que la actividad minera se realice en los términos dispuestos por la Ley

70 de 1993, es decir, que se realice *“bajo condiciones técnicas especiales sobre protección y participación de tales comunidades negras, con el fin de preservar sus especiales características culturales y económicas”*, se ha previsto la exoneración de acreditar la capacidad económica de que trata el artículo 22 de la Ley 1753 de 2015, por tratarse de comunidades étnicas de especial protección constitucional. La consideración de un tipo de licenciamiento especial proviene de la misma Ley 70 de 1993.

Además, téngase en cuenta que la Ley 2294 de 2023 en su artículo 356 señala que *“los acuerdos de la Consulta Previa protocolizados del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 hacen parte integral de esta Ley”* y allí el gobierno nacional se comprometió con las comunidades NARP a la exoneración de la exigencia de acreditar la capacidad económica y al cobro de canon superficiario.

Lo anterior, **verificando que quienes se beneficien sean en efecto las comunidades étnicas, por lo que se prevé en favor de las actividades mineras de pequeña escala realizadas exclusiva y directamente por comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en los territorios previstos en el presente reglamento.**

**Reiterando que cuando se trate de minería de mediana o gran escala o la pequeña escala se realice en asocio con terceros diferentes a las comunidades negras, la capacidad económica deberá acreditarse en los términos de dicha ley.**

En igual sentido, se contempló lo correspondiente a los criterios diferenciales que, en materia de licenciamiento ambiental se exigen para este tipo de actividades mineras. Sin que de ninguna manera se desconozca lo establecido en el artículo 29 de la Ley 70 de 1993, pues *“los usos mineros se ejercerán previniendo y controlando los factores de deterioro ambiental que puedan derivarse de esa actividad sobre la salud humana, los recursos hidrobiológicos, la fauna y demás recursos naturales renovables relacionados”*.

#### **1.4.8. Revisión de los contratos de concesión y demás títulos mineros otorgados en los territorios colectivos de las comunidades negras en vigencia de la Ley 70 de 1993.**

Finalmente, en este numeral se tratará lo referente en el artículo 26 de la ley 70 de 1993, pues los mecanismos de exploración y explotación a favor de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, debe ser sin *“(…) perjuicio de los derechos adquiridos o constituidos a favor de terceros”*.

Además, el artículo 30 de la Ley 70 de 1993, dispone que *“Las comunidades negras a que se refiere esta ley podrán acudir a los mecanismos e instituciones de control y vigilancia ciudadanos sobre los contratos de explotación minera, en los términos previstos en el estatuto general de contratación de la administración pública, en la ley estatutaria de mecanismos e instituciones de participación ciudadana, y en las normas que los modifiquen o sustituyan”*.

En este punto, el proyecto de decreto respeta la orden del legislador de desarrollar las figuras especiales de acceso diferencial de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras a los recursos naturales no renovables ubicados en sus territorios colectivos, respetando los derechos de terceros, siguiendo la postura jurisprudencial según la cual, los titulares mineros no tienen derechos adquiridos sino situaciones jurídicas consolidadas susceptibles de ser modificadas por normativas que protegen intereses como los cubiertos por la ley 70 de 1993.

Por lo que se establecen distintas hipótesis de regulación ante el cambio normativo y de condiciones que puede generar la entrada en vigencia del decreto conforme a la distinción jurisprudencial existente entre situaciones jurídicas y meras expectativas en lo que respecta a **terceros con intereses en la exploración y explotación de recursos mineros dentro de territorios de interés colectivo de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras.**

El proyecto diferencia entre varios escenarios en los que la implementación del mismo puede llegar a afectar intereses de agentes mineros no pertenecientes a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, respetando las condiciones iniciales de los contratos sin alterarlas, en la hipótesis en las que éstos existan antes de la entrada en vigencia de la ley 70, y descarta la posibilidad de prórroga de los mismos porque ésta es una expectativa (más no una situación jurídica propiamente dicha) del titular minero que cede al derecho consolidado en favor de las comunidades NARP.

También desarrolla los requisitos establecidos por el legislador para aquellos contratos, licencias o concesiones suscritos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 70, aplicando una auténtica teoría de la revisión que busca respetar situaciones jurídicas vinculadas a los titulares mineros (de haberlas) al tiempo que salvaguardar la protección constitucional especial contenida en la ley 70 respecto de los derechos étnico-territoriales de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras.

Se trata de una medida razonable y proporcional en relación con la vigencia de los derechos fundamentales de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, tal como lo ordena la Corte Constitucional en la sentencia C-389 de 2016 que no quebranta el ámbito contractual asociado al modelo de concesiones mineras porque reitera la obligación del Estado de revisar si los contratos suscritos bajo vigencia de la ley 70 de 1993 cumplen con los requisitos de validez allí contenidos reiterando **“el principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración”** (Corte Constitucional, sentencia C-763 de 2002).

Como se expuso con antecedentes, el artículo 17 de la ley 70 de 1993 señala que *“A partir de la vigencia de la presente ley, hasta tanto no se haya adjudicado en debida forma la propiedad colectiva a una comunidad negra que ocupe un terreno en los términos que esta ley establece, **no se adjudicarán las tierras ocupadas por dicha comunidad ni se otorgarán autorizaciones para explotar en ella recursos naturales sin concepto previo de la Comisión de que trata el artículo 8º.**”* (negrilla y subraya fuera de texto)

A la Comisión Técnica de Ley 70 de 1993, en los términos de los artículos 15, 36, 37 y 38 del Decreto 1745 de 1995, corresponden sus competencias *“En territorios ocupados por una comunidad negra, en los términos que establece la Ley 70 de 1993, y hasta tanto no se le haya adjudicado a ésta en debida forma la propiedad colectiva”*

Por ende, en el proyecto de reglamento se disponen seis medidas referentes a los contratos y solicitudes de contratos de concesión anteriores a la expedición del decreto que de ninguna manera desconocen los derechos adquiridos, porque:

1. Se señala expresamente que se respetarán los títulos mineros existentes, incluidas las autorizaciones temporales, antes del señalamiento y delimitación de la zona minera de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.



2. De igual forma, el otorgamiento del contrato de concesión indica que respeta los títulos mineros existentes, adquiridos conforme a derecho, con las siguientes particularidades:

2.1. Frente a los títulos mineros adquiridos por terceros en territorios colectivos de comunidades negras antes de la vigencia de la Ley 70 de 1993: Estos continuarán ejecutándose conforme a las reglas establecidas, siempre y cuando estén cumpliendo a satisfacción las obligaciones contractuales.

2.2. Frente a los títulos mineros adquiridos por terceros en territorios colectivos de comunidades negras en vigencia de la Ley 70 de 1993: Estos continuarán ejecutándose conforme a las reglas establecidas, siempre y cuando se hubiesen otorgado en cumplimiento del debido proceso a favor de las comunidades y en caso de no haberse cumplido con este procedimiento, la autoridad minera aplicará los correctivos que correspondan. Dejando de esa forma, en potestad de la autoridad minera establecer las actuaciones que deben ser adelantadas, por ejemplo, solicitar información a las concesionarias o verificar si existen algún conflicto social en los territorios.

2.3. Finalmente, frente a las solicitudes de títulos mineros presentadas por terceros en los territorios colectivos de comunidades negras, se verificará el hecho de que no se haya concedido propiedad colectiva ni se haya contado con concepto previo de la Comisión, situaciones dispuestas en dicha ley sobre el área ocupada por alguna comunidad étnica, de igual forma, deberá darse aplicación al derecho de prelación. Aspecto este que no corresponde a un nuevo requisito, sino a la reiteración de lo previsto en el mismo artículo 17 de la Ley 70 de 1993.

3. En el caso de los contratos de concesión y autorizaciones temporales de los particulares para el aprovechamiento de materiales de arrastre y de construcción en territorios colectivos que se encuentren vigentes a la entrada en vigencia del presente decreto, continuarán ejecutándose conforme a las reglas establecidas, pero al momento de su vencimiento, no podrán prorrogarse y deberá ingresar a la zona minera de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras o debe aplicarse el principio de prelación. Por lo que podrán ser prorrogados previo la verificación de esos dos requisitos.

4. Con el fin de distinguir las diferentes situaciones de los contratos y demás títulos mineros otorgados en los territorios colectivos de las comunidades negras, se prevé contar con dieciocho (18) meses siguientes a la entrada en vigor del presente decreto, para que la autoridad minera en acompañamiento del Ministerio de Minas y Energía, realicen la revisión técnica y jurídica de los contratos de concesión y verificar que se ha cumplido con la normatividad prevista.

#### 1.5. Oportunidad y Conveniencia

El artículo 31 de la Ley 70 de 1993, habilita de manera especial al Gobierno para la reglamentación de su Capítulo V Minero, no obstante, como se expuso, ello no se ha concretado hasta la fecha.

Conforme a los argumentos esbozados en el presente documento, el proyecto de decreto reglamentario del capítulo 5 de la ley 70 de 1993, liderado por el Ministerio de Minas y Energía con la coordinación interinstitucional e intersectorial de la Vicepresidencia de la República se caracteriza por ser:

(i) *idóneo o adecuado*: En tanto sus contenidos tienen la vocación de potenciar la protección de los derechos de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras desarrollados por la ley 70 de 1993, en materia de acceso y administración de recursos mineros asociados a sus hábitats

culturales, siendo apto para cumplir el fin que se pretende conseguir, como lo es una reglamentación progresista y respetuosa de los parámetros constitucionales del capítulo 5 de la ley 70 de 1993 a la luz de la especial protección constitucional de la cual son titulares estas comunidades.

Dicha finalidad responde a varios objetivos constitucionalmente legítimos de imperiosa consecución como es reducir el déficit de reglamentación de la citada norma, a través de una coordinación interinstitucional respetuosa de los derechos de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, entre ellos el de consulta previa, libre e informada, el reconocimiento de sus territorios, sus autoridades y su autodeterminación.

(ii) *Necesario*: por el hecho de que la reglamentación del uso y disposición de recursos mineros asociados a territorios de interés colectivo y cultural de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras al sustentarse en (o tenga como marco de referencia) la ley 70 de 1993 y el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, es indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo siendo, además, fiel a las subreglas jurisprudenciales de carácter constitucional que rigen la materia.

(iii) *Proporcional*: toda vez que imprime aspectos diferenciales y salvaguardas o medidas de protección reforzada a un ámbito de regulación complejo en el que se respetan las especialidades de las normas concernidas, la jerarquía material de las mismas y el interés general circunscrito a la protección de poblaciones puestas en situaciones de marginalidad, exclusión y discriminación sin alterar de manera sustancial o ilegítima la regulación minera enfocada en sujetos o agentes diferentes a los anteriormente descritos.

(iv) *Oportuno y conveniente*: pues la aplicación e implementación de los principales instrumentos normativos en materia de recursos mineros para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en los territorios colectivos consagrada en el capítulo V de la Ley 70 de 1993, obedece a, (i) La delimitación de las zonas mineras de comunidades negras; (ii) El ejercicio del derecho de prelación; (iii) El contrato especial de concesión minera para comunidades negras; y, (iv) La política de fomento minero en los territorios colectivos; sin embargo, éstos quedaron supeditados al reglamento que expidiera el Gobierno nacional, tal como lo dispone el artículo 31 de esta ley que señala “*Para efectos de lo consagrado en los artículos anteriores, el Gobierno nacional reglamentará los requisitos y demás condiciones para su efectiva aplicación*”.

La mencionada disposición resulta ser de gran importancia, pues, el poder reglamentario que ejercerá el Gobierno nacional mediante este decreto encuentra su sustento jurídico en la Ley 70 de 1993. Ley constitucional con casi 30 años de existencia que faculta al Gobierno para que adelante los trámites correspondientes para reglamentar varias de sus disposiciones, las cuales hasta este aparte han sido ampliamente mencionadas y descritas.

En los 30 años de vigencia de la Ley 70 de 1993, el instrumento normativo en materia de recursos mineros adoptados en ella no ha sido reglamentado por el Gobierno nacional, así, el presente decreto reconoce, reivindica y resarce los derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Esta Ley es el fruto de las luchas de hombres y mujeres negros, afrocolombianos, raizales y palenqueros y ha sido el principal referente legal para las reivindicaciones de derechos fundamentales de esa población.

En el reconocimiento de los derechos mineros de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras se tiene en cuenta su calidad como grupo étnico y sujeto de especial protección constitucional.

El presente proyecto, se expide en ejercicio de la facultad prevista por el numeral 11º del artículo 189 de la Constitución, el cual prevé que corresponde al Presidente de la República *“ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”*. Esta disposición debe ser leída de manera armónica con el artículo 115 de la norma superior, que establece como regla general que ningún acto del presidente *“tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho se hacen responsables”*. Los decretos reglamentarios de la Ley forman parte del conjunto de actos gubernamentales cuyo ejercicio requiere de la acción conjunta del presidente y el (los) ministro(s) competente(s) por razón de las cuestiones que desarrolla el contenido del reglamento.

En este caso, el proyecto contempla la firma de los ministros (as) del Interior, Minas y Energía y Ambiente y Desarrollo Sostenible. Al respecto, se advierte que, existe una relación directa entre las competencias de estos Ministerios y el tema que se reglamenta. El Ministerio del Interior tiene como funciones: formular, adoptar, dirigir y coordinar la política pública sobre asuntos étnicos. Igualmente, es claro que el Ministerio de Minas y Energía tiene competencia para reglamentar este asunto, porque se refiere a la facultad que tienen las comunidades negras para explorar y explotar los recursos mineros en sus territorios. El proyecto tiene competencia legal para reiterar las normas ambientales y entidades competentes a las que debe sujetarse la actividad minera.

Puesto que el proyecto se ocupa también del aprovechamiento de los recursos minerales en territorios colectivos, en trámite de adjudicación y ocupados ancestralmente por las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, podría surgir la cuestión de si el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, responsable del sector al cual se encuentra adscrita la administración de los baldíos de la Nación y la titulación de los territorios colectivos, debería también ser parte de esta reglamentación. Aun cuando a primera vista podría pensarse que sí debería estar, un análisis detenido del contenido del proyecto permite descartar tal requerimiento. Esto, en atención a que ninguna de sus disposiciones incide verdaderamente sobre las competencias que en concreto y de forma específica ejerce el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o la Agencia Nacional de Tierras respecto de los territorios de las comunidades afrocolombianas.

De otro lado, mediante Decreto Ley 4134 de 2011, se creó la Agencia Nacional de Minería, la cual tiene entre otras funciones, la de fungir como autoridad minera o concedente en el territorio nacional, administrar los recursos minerales del Estado y conceder derechos para su exploración y explotación, apoyar la realización de los procesos de consulta previa a los grupos étnicos en coordinación con las autoridades competentes y dirigir los estudios técnicos y sociales requeridos para señalar y delimitar las zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas, así como la declaratoria de las mismas, en los términos establecidos en la ley, por lo que esta entidad ha participado en la construcción del proyecto de decreto.

El Decreto 1874 de 2022, en su artículo 2, confía a la Vicepresidenta de la República la misión de coordinación interinstitucional e intersectorial para avanzar en la reglamentación, desarrollo e

implementación de la Ley 70 de 1993.

Conforme con lo anterior, se ha desarrollado un trabajo articulado entre el Ministerio de Minas y Energía y la Vicepresidencia de la República, sumando a la autoridad minera, con el fin de atender la obligación legal contemplada en la Ley 70 de 1993, respecto a la reglamentación del Capítulo V, la cual se ha constituido como deuda histórica para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, por tal razón se considera de vital importancia cumplir con el mandato del artículo 31 de la Ley 70 de 1993, con el objetivo de lograr el desarrollo de la actividad minera con enfoque diferencial para estas comunidades, logrando así mismo, el fortalecimiento de la identidad cultural bajo una propuesta de reglamentación que atienda a las necesidades particulares y a la preservación del ambiente, entre otros.

Por lo tanto, se requiere expedir el acto administrativo que reglamente el capítulo V “Recursos Mineros”, con el fin de permitir la implementación de acciones dirigidas a la protección y salvaguarda de los derechos colectivos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y el uso, aprovechamiento de los recursos mineros en sus territorios.

Así mismo, no se encuentra circunstancia jurídica adicional relevante para la expedición de esta norma, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1081 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República” y sus modificaciones.

## **2. AMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO**

Sobre el Ámbito de Aplicación. El presente decreto se aplicará a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país como grupo étnico y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º numeral 5º de la Ley 70 de 1993, “son el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana, que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo - poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad y que les distinguen de otros grupos étnicos”

El espíritu de la Ley 70 de 1993 se basa en un principio fundamental de la cultura negra y es el de la propiedad colectiva de la tierra. Así como el concepto de que la población negra comparte una historia común y una cultura y en especial unas prácticas tradicionales de producción, lo que sirvió como base para definir su carácter étnico y, así, establecer que sus derechos territoriales, deberían ser colectivos.

En este sentido, esta ley cimienta sus bases sobre el reconocimiento de una realidad cultural de las poblaciones afrodescendientes, que, a su vez, sirve como base para el fomento de la organización social de esta población. De esta forma, los hacen partícipes de las decisiones importantes que sobre sus tierras y sus comunidades se quieran tomar, dándoles autonomía sobre sus tradiciones y empoderando su historia común y su cultura.

Es oportuno advertir que la ley 70 de 1993 desarrolla un ámbito de reconocimiento de derechos de carácter constitucional que configuran, junto al artículo 55 transitorio superior la caracterización de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras como sujetos de especial protección constitucional que, como sostiene la Corte Constitucional:

*“No solo merecen ser destinatarios de medidas que garanticen efectivamente el goce de sus derechos, que por diferentes condiciones personales no pueden ser disfrutados ni garantizados como al resto de personas, sino que además, dichas disposiciones tienen que abarcar el diferente ámbito de derechos que por su situación pueden resultar vulnerados cuando se compararen con un*

“sujeto que no se encuentre en una condición similar”. (Sentencia T-678 de 2016).

En efecto, existe un principio constitucional de eficacia del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural que se concreta con el trato a las comunidades negras como sujetos de especial protección constitucional en los siguientes términos jurisprudenciales:

*“Las comunidades étnicas son sujetos de especial protección constitucional, habida cuenta al menos de dos tipos de factores. En primer lugar, los pueblos indígenas, afrodescendientes y Rom han sido históricamente discriminados en diversos escenarios, que van desde la exclusión económica y social fundada en su identidad cultural diversa, como el intento de asimilación a la cultura mayoritaria y la subsecuente destrucción de la diversidad étnica y cultural. En segundo lugar, dicha discriminación histórica ha dado lugar a déficits de protección de diferentes derechos fundamentales, especialmente el derecho de participación y los derechos sociales”.* (Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011).

De acuerdo con el censo de población del DANE del 2018, las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de Colombia, están integradas por 4.311.757 personas que representan cerca del 10% de la población total del país, y ese es el universo poblacional al cual va dirigido el decreto.

Esta es la dimensión humana y el ámbito de aplicación poblacional del presente decreto reglamentario del Capítulo V de la Ley 70 de 1993.

Ahora bien, en materia territorial, el presente decreto se aplicará en los territorios colectivos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de todo el país. Estos territorios colectivos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2º numeral 6º, 8º, 11 y 17 de la Ley 70 de 1993, están conformados por tres modalidades: (i) Los territorios colectivos ya adjudicados; (ii) Los territorios colectivos en trámite de adjudicación; y (iii) Los territorios colectivos ocupados ancestral y/o tradicionalmente susceptibles de titulación colectiva.

De acuerdo con las cifras reportadas por la Agencia Nacional de Tierras, en los 30 años de vigencia de la Ley 70 de 1993, es decir, entre 1994 y el 2023, se han constituido en todo el país 248 Consejos Comunitarios con un área total adjudicada de 5.723.144 hectáreas; a la fecha se tramitan en esa entidad 407 Consejos Comunitarios con una área total aproximada de 800.000 hectáreas y existen cerca de 38 territorios colectivos ocupados ancestral y/o tradicionalmente por las comunidades afrocolombianas con un área total aproximada de 770.000 hectáreas, para un consolidado total de 693 títulos colectivos adjudicados, en trámite de adjudicación y ocupados ancestralmente, con una extensión aproximada de 7.300.000 hectáreas, que representan más del 7% de la superficie total del territorio nacional.

Esta es la dimensión espacial y el ámbito de aplicación territorial del presente decreto reglamentario del Capítulo V MINERO de la Ley 70 de 1993.

### **3. VIABILIDAD JURÍDICA**

#### **3.1 Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo.**

El presente decreto se profiere en uso de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del capítulo V de



la Ley 70 de 1993 y en especial de su artículo 31, Ley publicada en el Diario Oficial No 41.013, de 31 de agosto de 1993.

Del mismo modo el proyecto de decreto se sustenta en los artículos 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de la Ley 70 de 1993, que integran el Capítulo V de esta Ley Especial y mediante los cuales nuestro máximo órgano legislativo, atendiendo el mandato del artículo 55 transitorio constitucional, reconoció el derecho de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país a explorar y explotar en forma exclusiva, los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por ellas en sus territorios colectivos, con el fin de preservar sus especiales características culturales y socioeconómicas.

En efecto, los artículos 26 y 28 de la Ley 70 de 1993, le otorga competencia a la autoridad minera (hoy la Agencia Nacional de Minería) para que de oficio o a petición de parte, señale y delimite en los territorios colectivos “zonas mineras de comunidades negras”, donde estas comunidades puedan explorar y explotar los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por ellas con sus prácticas tradicionales de producción en forma exclusiva y sin la interferencia de personas extrañas a ellas.

El artículo 26 de la Ley 70 de 1993, recoge el espíritu de los legisladores en el sentido de que, al delimitar las zonas mineras de comunidades negras en sus territorios colectivos, se busca garantizar a estas comunidades su derecho para explorar y explotar en ellas los recursos mineros de manera exclusiva, dejando eso sí, a salvo los derechos de terceros, siempre que estos derechos hubiesen sido adquiridos con justo título, antes de la vigencia de la Ley 70 de 1993. Las normas citadas señalan:

*“Artículo 26. El Ministerio de Minas y Energía de oficio o a petición de las comunidades negras de que trata esta ley, podrá señalar y delimitar en las áreas adjudicadas a ellos zonas mineras de comunidades negras en las cuales la exploración y la explotación de los recursos naturales no renovables deberá realizarse bajo condiciones técnicas especiales sobre protección y participación de tales comunidades negras, con el fin de preservar sus especiales características culturales y económicas, sin perjuicio de los derechos adquiridos o constituidos a favor de terceros”.*

*“Artículo 28. Si existieren áreas susceptibles de ser declaradas Zonas Mineras Indígenas y a su vez Zonas Mineras de Comunidades Negras, el Ministerio de Minas y Energía podrá declarar dichas zonas como zonas mineras conjuntas, en las cuales el desarrollo de las actividades se realizará de común acuerdo entre los dos grupos étnicos y gozaran de los mismos derechos y obligaciones”.*

Del mismo modo, el artículo 27 de la Ley 70 de 1993, le otorga competencia al Ministerio de Minas y Energía para reglamentar el *derecho de prelación* que tienen las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, para la exploración y explotación de los recursos mineros existentes en sus territorios colectivos,

En este contexto, el *derecho de prelación* es un excelente instrumento previsto por el legislador para la protección efectiva de los derechos mineros de las comunidades afrodescendientes, frente a las ambiciones de terceros interesados en esos mismos recursos y por esta razón el artículo 27 de la misma Ley 70 de 1993, le otorgó competencias al Gobierno nacional para reglamentar el ejercicio de este derecho.

El artículo 27 de la Ley 70 de 1993, también estableció el derecho de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras para que la autoridad minera (hoy la Agencia Nacional de Minería), les otorgue licencia especial de exploración y explotación (hoy contrato de concesión) de los

recursos mineros existentes en sus territorios colectivos, con excepción del carbón, las sales, los hidrocarburos y los minerales radioactivos.

Lo anterior, constituye la reivindicación de los derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en el entendido de que, frente a las actividades de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios, se les tendrá en cuenta de primeros, es precisamente eso lo que traduce prelación, que dichas comunidades tendrán preferencia, precedencia, antelación.

En este contexto, el *derecho de prelación* y el *contrato especial de concesión* son adecuados instrumentos previstos por el legislador para la protección efectiva de los derechos mineros de las comunidades afrodescendientes, frente a las pretensiones de terceros interesados en esos mismos recursos y por esta razón el artículo 27 de la misma Ley 70 de 1993, le otorgó competencias al Gobierno nacional para reglamentar el ejercicio de este derecho de prelación. La norma citada señala:

*Artículo 27. Las comunidades negras de que trata la presente ley gozarán del derecho de prelación para que el Gobierno, a través del Ministerio de Minas y Energía, les otorgue licencia especial de exploración y explotación en zonas mineras de comunidades negras sobre los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por tales comunidades. Sin embargo, la licencia especial, podrá comprender otros minerales con excepción del carbón, minerales radioactivos, sales e hidrocarburos.*

El proyecto de decreto también se sustenta en la competencia especial que le otorga al Gobierno nacional el artículo 31 de la Ley 70 de 1993, para reglamentar los requisitos y demás condiciones especiales tanto de las Zonas Mineras de Comunidades negras, como del ejercicio del derecho de prelación y el contrato especial de concesión minera para estas comunidades étnicas. La norma citada señala:

*Art 31. Para efecto de lo consagrado en los artículos anteriores, el Gobierno reglamentará los requisitos y demás condiciones necesarias para su efectiva aplicación, de acuerdo con las normas mineras vigentes.*

En resumen, el proyecto de decreto propuesto guarda coherencia con el ordenamiento jurídico vigente, observa la Constitución y la ley, además de los principios que rigen la función administrativa, sin que se evidencie ningún problema de interpretación y aplicación de los preceptos normativos que se proyectan frente a las disposiciones legales vigentes. De ninguna manera, el proyecto riñe con las disposiciones legales en general ni con las específicas o relacionadas, por el contrario, pretende el proyecto normativo la reivindicación como ya se ha explicado lo suficiente; de los derechos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras para el real y efectivo goce de los derechos que le asisten y que hasta la fecha no se han reconocido de forma completa y fehaciente.

Finalmente, el Decreto 381 de 2012, modificado por el Decreto 1617 de 2013, establece en el artículo 2 como parte de las funciones del Ministerio de Minas y Energía las siguientes:

*“1. Articular la formulación, adopción e implementación de la política pública del sector administrativo de minas y energía. 2. Formular, adoptar, dirigir y coordinar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, procesamiento, beneficio, transformación y distribución de minerales, hidrocarburos y biocombustibles. (...) 5. Formular, adoptar, dirigir y coordinar la política sobre las actividades relacionadas con el aprovechamiento integral de los*

*recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país. (...) 8. Expedir los reglamentos del sector para la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución, procesamiento, beneficio, comercialización y exportación de recursos naturales no renovables y biocombustibles.”*

El artículo 31 de la Ley 70 de 1993, por su parte, faculta al Gobierno nacional para reglamentar los requisitos y las demás condiciones necesarias (trámites administrativos especiales, criterios diferenciales, entre otros), para la oportuna efectividad de los derechos mineros reconocidos a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en esa disposición legal, en armonía con la legislación minera vigente, en lo que fuere compatible con la naturaleza y finalidades del reconocimiento de dichos derechos.

En ese orden de ideas, el Ministerio de Minas y Energía es competente para reglamentar, el Capítulo V de la Ley 70 de 1993, el cual se encuentra vigente.

### **3.2. Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada.**

Sobre la vigencia de la Ley 70 de 1993, cuyo capítulo V es objeto de reglamentación con este proyecto de norma es conveniente señalar que, esta Ley no fue derogada ni expresa, ni tácitamente por la Ley 685 de 2001, por la cual se expidió el denominado código de minas. Por el contrario, el artículo 130 de la Ley 685 de 2001, al abordar los asuntos mineros relacionados con las comunidades negras, expresamente remite a la vigencia de la Ley 70 de 1993. Pese al largo paso del tiempo, la Ley 70 rige en el ordenamiento y las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras están a la espera de su reglamentación.

En ese orden, el proyecto de decreto guarda coherencia normativa con los postulados básicos de la Constitución de 1991 y del bloque de constitucionalidad, se enmarca en lo previsto en la Ley 2294 de 2023 Plan Nacional de Desarrollo “Colombia Potencia Mundial de la Vida”, **que en su dimensión jurídica significa velar por protección de los derechos fundamentales, especialmente los sociales, económicos, culturales y ambientales de los grupos o pueblos más excluidos) en clave de progresividad. Además, el proyecto cumple las subreglas contenidas en la jurisprudencia constitucional actualmente vigente.**

### **3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas.**

Este proyecto de Decreto no deroga, subroga, modifica, ni adiciona norma alguna.

### **3.4. Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo (órganos de cierre de cada jurisdicción).**

El Grupo de Defensa Judicial, mediante correo electrónico del 10 de mayo de 2023, manifestó:

*“De manera atenta, remito informe solicitado para realizar la memoria justificativa del proyecto de Decreto “Por el cual se reglamenta el Capítulo V de la Ley 70 de 1993, se adoptan mecanismos especiales para el fomento y desarrollo de las actividades mineras en los territorios colectivos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se dictan otras disposiciones, y se adiciona al Título V de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1073 de 2015 - Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía”. Para la elaboración del mismo se verificó la base de datos de los procesos judiciales que manejamos de la OAJ y otras fuentes de*

*información oficial disponibles:*

*Capítulo V de la Ley 70 de 1993.*

*Una vez revisada la base de datos, se tiene que contra el Capítulo V de la Ley 70 de 1993, no aparecen a la fecha demandas y/o notificaciones efectuadas según información que reposa en los archivos. Así mismo se consultó la página de SUIN-JURISCOL y no se encontraron anotaciones de vigencia, por lo que se encuentra aparentemente “vigente”.*

*Tampoco aparecen en la página de la Corte Constitucional demandas contra estas disposiciones normativas que se encuentren pendientes o con sentencia, de acuerdo con lo cual se entiende que están surtiendo plenos efectos.”*

### **3.5 Circunstancias jurídicas adicionales.**

3.5.1. En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo previsto en el artículo 2 del Decreto 1273 de 2020, el texto del proyecto de decreto se publicó en la página web del Ministerio de Minas y Energía para comentarios de la ciudadanía.

3.5.2. Realizado el análisis correspondiente conforme lo dispone la Superintendencia de Industria y Comercio, a que hace referencia el Capítulo 30, Abogacía de la Competencia, del Decreto 1074 de 2015, reglamentario del artículo 7 de la Ley 1430 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019, el Ministerio de Minas y Energía concluyó que el acto administrativo no tiene incidencia en la libre competencia económica.

3.5.3. La Consulta Previa es un derecho fundamental, que se convierte en un trámite obligatorio que debe ejecutarse de acuerdo con los usos y costumbres de cada etnia, cada vez que se pretendan tomar decisiones que afecten a las comunidades, las cuales pueden ser: a) Medidas administrativas como la expedición de una licencia ambiental para la explotación de recursos naturales y b) Medidas legislativas como la expedición de normas que involucren o afecten a estos pueblos (Corte Constitucional, Sentencia T-382 de 2006).

Por lo anterior, el presente proyecto de decreto siguió el proceso de consulta previa con comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el cual se desarrolló en el marco de lo establecido en la normativa vigente y atendió de manera especial lo dispuesto en la Ley 70 de 1993 y su artículo 60, la cual se adelantó con el Espacio Nacional de Consulta Previa de Comunidades Negras, Afrocolombianos, Raizales y Palenqueras como se establece en la parte considerativa del proyecto de decreto; adicionalmente, el proyecto de decreto surtió la respectiva retroalimentación con recomendaciones de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras a que hace referencia el artículo 45 de la Ley 70 de 1993, tal como se expuso en los primeros acápite del presente documento.

## **4. IMPACTO ECONÓMICO**

El proyecto de decreto propuesto no implica la necesidad de proporcionar recursos adicionales a los que están siendo gestionados por parte de este Ministerio.

## **5. VIABILIDAD O DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL**

No aplica. Con el proyecto de decreto propuesto no se generan costos fiscales para la entidad.

## 6. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN

Frente a este punto es pertinente traer a colación el artículo 29 de la Ley 70 de 1993, que expresamente señala que los usos mineros por parte de las comunidades negras, *“se ejercerán previniendo y controlando los factores de deterioro ambiental que puedan derivarse de esta actividad en la salud humana, en los recursos hidrobiológicos, en la fauna y en los demás recursos naturales renovables relacionados”*.

En ese orden, el espíritu de la Ley y lo que el Gobierno nacional ha impulsado con el conjunto de leyes, decretos, normas, entre otros, es la posibilidad de construir un modelo de propiedad colectiva de territorio que puede convertirse a mediano plazo en una estrategia de conservación de la biodiversidad y uso sostenible de los recursos naturales en el marco del respeto de los principios de igualdad, identidad y autonomía cultural de las comunidades negras e indígenas. *“La política de conservación debe relacionar explícitamente la propiedad colectiva de los territorios (Ley 70 y 89), con el reconocimiento de los valores prácticos, información y conocimiento que estas comunidades tienen respeto a los procesos y recursos naturales.”*

El proyecto de decreto propuesto no genera ningún tipo de impacto negativo ambiental ni tampoco sobre el patrimonio cultural de la Nación, toda vez que, la presente reglamentación contribuye al desarrollo sostenible y sustentable de la actividad minera que desarrollan las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y se considera que es positivo el impacto en el medio ambiente.

## 7. ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN EL PROYECTO NORMATIVO

No aplica

### ANEXOS:

Certificación de cumplimiento de requisitos de consulta, publicidad y de incorporación en la agenda regulatoria.	X
Concepto(s) de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.	N/A
Informe de observaciones y respuestas.	X
Concepto de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio y/o Formulario de abogacía de la competencia.	N/A
Concepto de aprobación nuevos trámites del Departamento Administrativo de la Función Pública.	X
Concepto de aprobación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.	X
Cuestionario de abogacía de la competencia.	X





FORMATO MEMORIA JUSTIFICATIVA



Energía

**Aprobó:**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Director de Formalización Minera (E)