



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**EFFECTOS DE LA INEXEQUIBILIDAD DIFERIDA EN LAS SENTENCIAS DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL. El caso de la Sentencia C-366 de 2011 y la reforma
al Código de Minas.**

Estudiante:
Mónica Alexandra Jiménez Amorocho

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2016

**EFFECTOS DE LA INEXEQUIBILIDAD DIFERIDA EN LAS SENTENCIAS DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL. El caso de la Sentencia C-366 de 2011 y la reforma
al Código de Minas.**

Estudiante:
Mónica Alexandra Jiménez Amorocho

Trabajo Final de Maestría – Área de profundización en Derecho Procesal
Presentado como requisito para optar al título de:

MAGISTER EN DERECHO PROCESAL

Director:
Doctor: **Edgardo Villamil Portilla**

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2016

Dedicatoria

A mis padres Hernán y Amanda, por todo su apoyo.

*Al Profesor Edgardo Villamil Portilla, por la orientación y apoyo recibidos en el
desarrollo de este trabajo.*

RESUMEN

La Corte Constitucional de Colombia está facultada para proferir, entre otras, las sentencias de control de constitucionalidad de las normas, cuando estas no se ajustan a las disposiciones de la Carta Política. Dentro de sus facultades como guardiana constitucional, y con el fin de proteger bienes jurídicos fundamentales, este alto Tribunal cuenta con la posibilidad de modular los efectos de sus pronunciamientos, para que estos produzcan consecuencias en un periodo de tiempo o población en particular.

La modulación diferida es uno de los efectos que puede atribuir la Corte a sus pronunciamientos, fundamentalmente a las sentencias de inconstitucionalidad de normas inferiores, para que estas permanezcan temporalmente en el ordenamiento jurídico, y su salida abrupta por contrariarlo, no genere traumatismos a bienes jurídicos tutelados por la Constitución, como el ambiente, los derechos colectivos, entre otros. La modulación de efectos en el tiempo, para mantener normas inexecutable en el ordenamiento, se aplicó a la Ley 1382 de 2010, modificatoria del Código de Minas, representando el surgimiento de nuevas situaciones y efectos asociados a la modulación, que podrían inclusive verse enfrentados por incoherencia, con las motivaciones del Tribunal Constitucional para mantener las normas dentro del ordenamiento, sabiéndolas inexecutable.

Esta investigación centra su atención en el análisis de estas situaciones, asociadas a la modulación de efectos diferidos de las Sentencias de inconstitucionalidad, particularmente la C-366 de 2011, partiendo de la hipótesis de que existen contradicciones entre la decisión de modular los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad diferidamente, y las consecuencias de esta decisión para los valores constitucionales que esta misma figura busca proteger, e inclusive otros.

PALABRAS CLAVES: Inexecutable Diferida, Seguridad Jurídica, Cosa Juzgada, Acción Pública de Inconstitucionalidad, Consulta Previa, Código de Minas.

ABSTRACT

Colombia's Constitutional Court has the function to proffer, among others, the judgments of constitutional standards when these do not conform to the provisions of the Constitution. Within its constitutional powers as guardian, and in order to protect fundamental legal rights, the High Court has the possibility of modulating the effects of their statements, that these consequences occur over a period of time or particular population.

Deferred modulation is one of the effects that the Court can attribute to its pronouncements, mainly to the judgments of unconstitutionality against lower standards, so that these remain temporarily in the law system, and his abrupt departure does not generate trauma to legal goods protected by the Constitution, and legal certainty, collective rights, among others. Modulation effects over time, to keep unenforceable rules in order, was applied to the Law 1382 of 2010, that amended the Code of Mines, representing the emergence of new situations and effects associated with modulation, which could even be faced by incoherence, with the motivations of the Constitutional Court to maintain standards within the system, knowing them unconstitutional.

This research focuses on the analysis of these situations associated with modulation of delayed effects of the judgments of unconstitutionality, particularly the C-366 of 2011, assuming that there are contradictions between the decision to modulate the effects of judgments of deferred unconstitutional, and the consequences of this decision for the constitutional values that this same figure seeks to protect, and even others.

KEYWORDS: Deferred unconstitutionality, legal certainty, Res Iudicata, consultation, public action of unconstitutionality, Mining Code.

INDICE

Resumen.....	2
Introducción.....	5
Capítulo I. Contexto de la Sentencia C-366 de 2011, fundamentos y consecuencias de la decisión.....	14
1. Estado de la cuestión en materia minera	14
2. La Corte Constitucional y la razones de la inexecutableidad.....	25
3. Modulación de los efectos de inexecutableidad.....	32
3.1 ¿Vacíos Jurídicos?.....	36
4. Efectos prácticos de la inexecutableidad diferida y panorama actual.....	40
4.1 La Cosa juzgada absoluta y la acción pública de inexecutableidad.....	41
4.2 La reviviscencia de las disposiciones de la Ley 685 de 2001.....	50
4.2.1 Exhortos y saneamiento de vicios.....	54
4.3. La desarticulación institucional.....	56
Capítulo II. Instrumentos para evitar lesiones a los bienes constitucionales con la modulación de efectos.....	59
1. La expulsión automática de las normas inexecutableibles y la modulación de efectos como instrumento “verdaderamente” excepcional.....	59
2. Acción pública de inexecutableidad contra normas inexecutableibles en efecto diferido.....	65
3. Activismo judicial.....	68
Capítulo III. Comentarios finales.....	74
1. ¿Fue protegido realmente el medio ambiente?.....	74
2. ¿Las comunidades étnicas han encontrado protección y participación con la intervención de la Corte Constitucional en este caso?.....	76
3. ¿Otros bienes jurídicos se vulneraron con la modulación de efectos de inexecutableidad?.....	78
Capítulo IV.	
Conclusiones.....	80
Bibliografía.....	82

Introducción

El presente trabajo final de maestría para optar al título de Magister en Derecho – Área de profundización en Derecho Procesal, es un estudio exploratorio sobre los efectos de la inexecuibilidad diferida en las sentencias proferidas por la H. Corte Constitucional, que examina para el desarrollo del problema de investigación un caso concreto: la sentencia C-366 de 2011 que declaró inexecutable la Ley 1382 de 2010, que reformaba el Código de Minas (Ley 681 de 2001).

La mencionada sentencia, como se dijo, declaró inexecutable la Ley 1382 de 2010 con ocasión de un vicio de forma en su expedición, en tanto fue omitido un requisito esencial para ella: la consulta previa a las comunidades étnicas que podrían llegar a verse afectadas con el contenido de dicha norma, pues dado que con ella se regulaba la actividad minera en cuanto a: modernización, promoción de la inversión, concesión minera, formalización de pequeños mineros y minería tradicional, reserva de áreas para tal actividad, y otras, la Corte Constitucional consideró que en tanto sus disposiciones eran aplicables en territorios de afro descendientes o de resguardos indígenas y podría llegar a afectar a estas minorías étnicas, estas tenían por derecho fundamental la consulta previa, entendida como la socialización, participación y consentimiento informado de las decisiones del legislativo, lo cual no se cumplió durante su trámite, viciando de inconstitucionalidad dicha ley en cuanto a las formalidades para ser expedida.

No obstante haberse encontrado por parte de la Corte Constitucional que la norma era inexecutable por vulnerar los derechos de las comunidades ancestrales, negras e indígenas a la consulta previa, también se encontró que la Ley 1382 de 2010 regulaba algunos aspectos relevantes en cuanto a protección ambiental se refiere, tales como el aumento de estándares y exigencias frente al impacto ambiental de la minería, la prohibición de explotar en zonas de protección y desarrollo de recursos naturales renovables o del ambiente, la exclusión de áreas para la actividad minera¹, las reglas para autorizar en forma excepcional la minería en zonas de reserva

¹ Es decir la definición de aquellas zonas que no son susceptibles por sus características especiales, para desarrollar en ellas proyectos de exploración o explotación minera.

forestal, entre otras, los cuales no estaban regulados en la ley reformada, la Ley 681 de 2001.

En ese entendido, el alto Tribunal advirtió que el modelo constitucional actual reconoce un complejo de derechos y obligaciones relativos a la protección del medio ambiente, definidos en lo que se llama la Constitución Ecológica, que básicamente se consagra en forma de derechos colectivos y rige la relación entre los seres humanos con el ecosistema, estableciendo derechos y deberes tanto en cabeza del Estado colombiano como de las personas, con el fin de lograr el goce de un medio ambiente sano, la protección de la diversidad e integridad del ambiente y la prevención de factores de deterioro.

Como consecuencia, la Corporación concluyó que la inconstitucionalidad de la norma debía ser declarada, pero su exclusión del ordenamiento jurídico no debía ser inmediata como ocurre con la generalidad de las normas que sufren de esta declaratoria, pues con ocasión de la exclusión, en lugar de proteger bienes jurídicos valiosos constitucionalmente, podrían en cambio generarse efectos contrarios, específicamente en lo referido a las disposiciones ambientales contenidas en la ley estudiada, que al no encontrar norma homóloga saldrían del ordenamiento, ocasionando un vacío normativo sobre el tema.

De esta manera, se acudió a la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia de modular los efectos de normas inexecutable, difiriendo por el término de dos (2) años la inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010, dando espacio al legislador para tramitar las medidas legislativas de reforma del Código de Minas con observancia del procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas y que en el entretanto la norma acusada siguiera vigente para garantizar la preservación de ciertas zonas del impacto ambiental de la actividad minera. El día 10 de mayo de 2013, se cumplió el término otorgado al Congreso de la República por parte de la Corte Constitucional², para reglamentar el nuevo Código de Minas, esta vez: i) cumpliendo con los requisitos de forma que exige la Ley, o ii) adelantando la consulta previa de las reformas introducidas legislativamente mediante la Ley 1382 de 2010, que se declaró inexecutable con efectos diferidos. Ni el Gobierno Nacional, ni el

² Teniendo en cuenta que la sentencia C-366 de 2011 había sido proferida el 11 de mayo de 2011.

legislativo, atendieron al exhorto de la Corte Constitucional, en cambio, para cubrir posibles vacíos normativos, se expidieron cuatro decretos reglamentarios.

A la fecha de presentación de este trabajo de investigación, no se ha proferido un nuevo Código de Minas, ni tampoco disposiciones normativas que atiendan a la protección ambiental y colectiva que la norma inexecutable consagraba, por lo que las razones que llevaron a la Corte Constitucional a modular los efectos de la inconstitucionalidad de la norma, basadas en la protección de bienes constitucionalmente protegidos como los derechos ambientales y colectivos, no generaron los efectos esperados.

Durante el tiempo en el que estuvo vigente la Ley 1382 de 2010, así como también después de su salida del ordenamiento, surgieron nuevos panoramas no sólo frente a la vigencia y situación jurídica de las disposiciones del Código de Minas inicial, reglado por la Ley 685 de 2001, sino frente a los efectos de las normas que aunque inexecutables se mantuvieron en el ordenamiento temporalmente, y así también frente a las limitaciones que esta modulación de efectos levantó sobre la norma inconstitucional, durante el término de su vigencia. Este panorama nos dirige y explica el problema jurídico principal de esta investigación: **¿Se logra la salvaguarda de los valores constitucionales cuando se realiza la declaratoria de inconstitucionalidad diferida, durante el diferimiento de las normas, e inclusive después de su salida del ordenamiento?**

La delimitación del problema está relacionada a los efectos de la inexecutable diferida, puntualmente para el caso de la Sentencia C-366 de 2011, figura a través de la cual se pretendía proteger valores constitucionales como el ambiente, debido proceso, consulta previa, derechos colectivos, los cuales pudieron, contrario a lo pretendido, haber sido desconocidos o vulnerados con el mantenimiento de una norma inexecutable.

El objetivo general de esta investigación es el de contextualizar los escenarios de contradicción constitucional en la modulación de efectos de inexecutableidad, para el caso concreto de la Sentencia C-366 de 2011. Asimismo, esta investigación se realiza con el ánimo y objetivo específico de establecer instrumentos para la protección de derechos dentro del ordenamiento jurídico, ante eventual necesidad de modulación de efectos de normas inconstitucionales. El problema jurídico y objetivos planteados en esta investigación, serán contextualizados y validados partiendo de la siguiente:

HIPÓTESIS DE TRABAJO

La declaratoria de inexecutableidad diferida de las normas, particularmente de la Ley 1382 de 2010, realizada mediante Sentencia C-366 de 2011, mantuvo vigente esta disposición de manera temporal, aunque fuera contraria a la Constitución, con el fin de evitar vacíos normativos sobre ciertos temas, particularmente relacionados a la protección del ambiente; sin embargo, en el caso concreto, el diferimiento lejos de salvaguardar los valores constitucionales ambientales, resultó una medida inocua y lesiva de otros valores constitucionales.

Si bien la modulación de efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, resulta en una herramienta para la armonización del control constitucional, su aplicación debe estar sujeta a ciertos presupuestos que justifiquen el mantenimiento temporal de normas inexecutableas en el ordenamiento, y eviten vulnerar derechos constitucionales fundamentales.

MÉTODO

Este trabajo de investigación se realizó con aplicación de dos métodos de investigación cualitativa: i) hermenéutica jurídica y ii) de estudio de caso, aplicados cada uno en forma concomitante en el proceso investigativo, a través de distintos elementos. El proceso de investigación parte de varias fases, dentro de las cuales se encuentran la fase i) de observación, ii) de exploración y generación de la hipótesis, y iii) de justificación o confirmación de las hipótesis propuestas³.

Así, en una etapa inicial de observación, el método de estudio de caso jugó un papel protagónico desde la identificación del problema de investigación, pues se trata de un

³ SÁNCHEZ, Sarabia, Metodología para la investigación en marketing y dirección de empresas, Madrid, Pirámide, 1999.

método cualitativo⁴ en el que se estudia la conducta de las personas o situaciones involucradas en un determinado fenómeno, a través de una variedad de fuentes que pueden ser documentales, de observación directa, entrevistas, entre otras. Este método se encuentra utilizado en forma predominante en la fase de observación y exploración del problema, pues este fue identificado luego de que la suscrita presentara demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3° de la Ley 1382 de 2010 “*Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001*”, en diciembre de 2011, y se emitiera en junio 06 de 2012 la Sentencia C-423 de 2012 en la que la Corte Constitucional decidió estarse a lo resuelto en Sentencia C-366 de 2011, al estimar configurada la cosa juzgada absoluta en la materia demandada.

El método de estudio de caso está asociado a investigaciones exploratorias⁵, pudiendo ser tanto descriptivo como explicativo de las situaciones que son objeto de investigación. Algunos autores como Kidder, Pinfield y Gersick⁶, señalan que este método es a su vez útil para describir, contrastar y generar teorías a través de investigación cualitativa. Así, luego de la observación del problema, se inició un proceso de exploración, comprensión del mismo y proyección de la hipótesis de trabajo, sobre la cual se estructuraron los contenidos del estado del arte en relación al problema planteado, que fue descrito en el capítulo I, de índole descriptivo y explicativo, para pasar al marco teórico, elaborado en un segundo capítulo, como aproximación a la solución del problema presentado en el estudio de caso, y en última medida, la validación de las proyecciones de ambos capítulos, para la elaboración de conclusiones y comentarios finales, en relación a la hipótesis construida.

Dentro del método de estudio de caso, el investigador no permanece distante al fenómeno social que investiga, aunque adopta un papel instrumental para la recolección de datos⁷, y este mismo método, al partir de un caso específico (la Sentencia C-366 de 2011 y la Reforma al Código de Minas), se utiliza para realizar una generalización analítica, es decir instrumentaliza el caso de estudio para dar una representación o ilustración de una teoría, a la cual se pretende llegar con el

⁴ MARTINEZ, Piedad, “El método de estudio de caso. Estrategia metodológica de la investigación científica.”, *Pensamiento y Gestión*, No. 20, 2006, pp 167.

⁵ CHETTY, en MARTINEZ, Piedad, “El método de estudio de caso. Estrategia metodológica de la investigación científica.”, *Pensamiento y Gestión*, No. 20, 2006, pp 168.

⁶ MARTINEZ, Piedad, Ob. Cit. pp 168.

⁷ SHAW en MARTÍNEZ, Piedad, Ob. Cit, pp 172.

establecimiento de instrumentos para la protección de derechos dentro del ordenamiento jurídico (Capítulo II), en los casos en los que se requiera modulación de inexecutableidad de normas en efecto diferido. Utilizar esta teoría permite⁸ que de manera posterior puedan aplicarse los resultados de estudio de un caso, a otros con condiciones similares, y en ese sentido, el estudio de caso presenta herramientas interesantes de investigación cualitativa, pues a pesar de no extraer muestras cuantitativas, puede aproximarse a una teoría que eventualmente podría funcionar para el estudio y solución de otros casos.

Ahora bien, el método de estudio de caso en la investigación se utiliza para el abordaje de fenómenos que tienen unas características particulares, a saber: i) constituyen fenómenos contemporáneos⁹, ii) no hay claridad entre las fronteras del fenómeno y su contexto¹⁰, iii) multiplicidad de fuentes de datos¹¹ y iv) puede realizarse el estudio de uno o varios casos¹². En tanto método para abordar estudios contemporáneos para comprender dinámicas en contextos particulares¹³, permite describir, identificar y aproximarse a teorías para la solución del caso, para lo cual, para dotar de mayor fuerza la investigación, fue utilizado en conjunto con el método de hermenéutica jurídica.

El método de hermenéutica jurídica se aplicó para la generación de hipótesis, su justificación y generación de aproximaciones a la solución dentro del marco teórico, que se presenta en el segundo capítulo de esta investigación. Se trata de una combinación de métodos en tanto el estudio de caso permitió la investigación,

⁸ MAXWELL en MARTÍNEZ, Piedad, Ob. Cit, pp 173.

⁹ Como en efecto constituye la declaratoria de inexecutableidad de las normas en el efecto diferido, pues se trata de una modulación poco común de las decisiones emanadas por la Corte Constitucional, en especial en lo atinente a temas mineros, si se tiene en cuenta como se expuso en la justificación del problema dentro de la introducción, que el Código de Minas, tras 6 años de haber sido modificado y 3 años de haber decaído la norma que lo modificaba, no ha sido expedido, siendo aún una materia pendiente.

¹⁰ Teniendo en cuenta que para la misma Corte Constitucional, como se explicará tanto en el Capítulo I de estado del arte, como en el Capítulo III, no existía claridad del panorama jurídico en materia ambiental, que representaría un contexto negativo para que pudiera modular los efectos de su sentencia por las razones que adujo en la providencia C-366 de 2011.

¹¹ A los que se tuvo acceso, en particular a jurisprudencia, doctrina, derecho comparado, entre otras.

¹² Escogiéndose para el caso en particular el manejo de uno sólo, correspondiente a la Sentencia C-366 de 2011, por ser un caso complejo no solo de modulación de efectos de sentencias, sino por involucrar cuestiones de carácter ambiental, minero y étnico, que siguen siendo una materia pendiente para el Estado colombiano, en lo que corresponde a la armonización entre la normativa y la protección efectiva de los postulados constitucionales.

¹³ EISENHARDT en MARTÍNEZ, Piedad, Ob. Cit, pp 174.

ubicación y exploración del problema jurídico, pero como método no generaba mayores elementos para la solución del problema en su contexto, como sí lo hace el método hermenéutico jurídico¹⁴, que al tiempo de interpretar, busca compatibilizar y armonizar una situación, un hecho, que en este caso particular es el escenario devenido tras la Sentencia C-366 de 2011, con los contenidos del ordenamiento jurídico que constituyen un todo, y que especialmente deberían guardar coherencia tratándose de cuestiones de índole pública y constitucional.

Dentro de los elementos del método hermenéutico, que fueron utilizados en esta investigación, resaltan el componente lógico, en relación al cual tanto en el Capítulo I correspondiente al estado del arte, como en el segundo capítulo, donde se expone el marco teórico, se pusieron en evidencia aspectos oscuros de la decisión constitucional objeto de estudio, así como de sus consecuencias, que no se correspondían necesariamente con la *ratio legis*, o la razón por la cual figuras como la modulación de efectos de las sentencias, o la figura de cosa juzgada fueron creadas. Así también, para poder acudir a este elemento lógico en relación con la información acopiada y el objeto de investigación, se aplicó el elemento histórico, a través del cual se realizó principalmente en el capítulo I, un recorrido de las normas que regularon la situación, siendo del caso aclarar cambios de precedente o aspectos relacionados también al elemento sociológico del método hermenéutico, asociados a la adecuación de normas ante la necesidad de cambios sociales, particularmente, el reconocimiento de derechos ambientales y colectivos de las comunidades étnicas, así como de la sociedad en su conjunto.

METODOLOGÍA

La metodología para el desarrollo del presente trabajo de investigación, que se presenta a continuación, partió primero del acopio y revisión bibliográfica de textos para estructurar los contenidos de los capítulos I y II correspondientes al estado del arte y marco teórico, en relación a los cuales se aplicaron ejercicios hermenéuticos para la interpretación en I, II y III nivel, de la manera como se expone a continuación:

¹⁴ Que de acuerdo a la Corte Constitucional, en Sentencia C-820 de 2006, se entiende como “la actividad dirigida a encontrar la solución al conflicto o al problema jurídico que se somete a estudio del intérprete.”

Cuadro No. 1 Metodología para el desarrollo del trabajo final de maestría

OBJETIVO	FASE	METODOLOGÍA	CRONOGRAMA ¹⁵					
			2014		2015		2016	
Contextualizar escenarios de contradicción constitucional en la modulación de efectos de inexequibilidad, en el caso concreto de la Sentencia C-366 de 2011.	Estado del arte	<ul style="list-style-type: none"> - Recolección de información (Doctrina, jurisprudencia, normas), en relación a normatividad minero-ambiental, modulación de efectos de sentencias constitucionales, seguridad jurídica, cosa juzgada, y reviviscencia normativa. - Lectura de información. - Desarrollo de ejercicio hermenéutico de primer nivel, para la comprensión de los textos acopiados. - Desarrollo de ejercicio hermenéutico de segundo nivel, para la aplicación de los textos seleccionados en función del problema de investigación. 	x	x				
Establecer instrumentos para la protección de derechos dentro del ordenamiento jurídico ante eventual necesidad de modulación de efectos de normas inconstitucionales.	Marco Teórico	<ul style="list-style-type: none"> -Recolección de información (Doctrina, jurisprudencia, normas), en relación a los efectos inmediatos de la declaratoria de inconstitucionalidad, la acción pública de inconstitucionalidad como mecanismo de control ciudadano, y activismo judicial. - Lectura de información. - Desarrollo de ejercicio hermenéutico de primer nivel, para la comprensión de los textos acopiados. - Desarrollo de ejercicio hermenéutico de segundo nivel, para la aplicación de los textos seleccionados en función del problema de investigación. 	x		x	x	x	
	Comentarios finales y conclusiones	<ul style="list-style-type: none"> - Desarrollo de ejercicio hermenéutico de tercer nivel, para proyectar las conclusiones y argumentos que la reconstrucción del estado del arte y elaboración del marco teórico representan en la validación de la hipótesis. - Elaboración de síntesis del Estado del arte y marco teórico. - Elaboración de las aproximaciones y alternativas a la solución del problema. 				x	x	

¹⁵ Se encuentran divididos por año y semestre.

Descrita la metodología para la elaboración de este trabajo de investigación, se procede a presentar el itinerario del documento al lector, así:

El presente documento contextualizará inicialmente la Sentencia objeto de estudio, y así, en el primer capítulo se abordará el estado de la cuestión en materia minera y ambiental, abordado de manera general, para pasar seguidamente a las razones de la inexecutable de la norma (Ley 1382 de 2011), así como los razonamientos de la Corte Constitucional para aplicar la modulación de efectos, en lugar de expulsar la norma del ordenamiento jurídico, como es regla general.

En forma posterior, teniendo en cuenta que la Sentencia analizada se produjo en el año 2011, se ilustrarán los efectos inmediatos de la modulación de los efectos, así como el panorama naciente tras la salida de la Ley 1382 de 2011, y los efectos posteriores de la declaratoria de inexecutable, que pueden estar teniendo consecuencias incluso en la actualidad. Este último apartado pretende resaltar las problemáticas más importantes surgidas de la decisión constitucional, frente a las cuales gira el problema de investigación y deben plantearse los debates teóricos para la corroboración de la hipótesis.

Para la contextualización se utilizará el método de reconstrucción jurisprudencial y teórico conceptual, mismo que será usado en el segundo capítulo para el análisis de las posibles posiciones que representen una aproximación a la solución del problema jurídico, siendo la primera la aplicación de la regla general de expulsión de normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico, pasando a la flexibilización de la institución de la cosa juzgada, mediante la aceptación de la acción pública de inconstitucionalidad contra normas inexecutable en el efecto diferido, y finalizando con la aplicación del principio de colaboración armónica frente a cuestiones constitucionales de relevancia para el legislativo y ejecutivo, exhortados por la instancia judicial. Posterior a la exposición de motivos del marco teórico, como aproximación a las posibles soluciones del problema jurídico, se realizará la validación de la hipótesis de trabajo formulada, con el fin de establecer y proyectar las conclusiones del trabajo a partir del análisis tanto del estado del arte como del marco teórico recopilado.

Capítulo I. CONTEXTO DE LA SENTENCIA C-366 DE 2011. Fundamentos y consecuencias de la decisión

El caso objeto de estudio nos remite a la expedición de la Ley 1382 de 2010¹⁶, norma cuyo propósito¹⁷ estaba relacionado a modificar la institucionalidad de control de la actividad minera, promover el manejo eficiente de los recursos mineros, facilitar el ingreso de inversión extranjera a través del contrato de concesión y la instauración de procedimientos para desarrollo de minería segura, eficiente y sostenible. Esta norma, reformaba treinta (30) y derogaba diez (10) de los trescientos sesenta y dos (362) artículos que componen el Código de Minas, expedido mediante Ley 685 de 2001¹⁸.

En este capítulo se contextualizará inicialmente la normatividad minera en relación al problema de investigación, hasta llegar a la expedición de la Ley 1382 de 2010, para poder pasar a las razones por las cuales la norma fue sometida a control constitucional, y asimismo, los motivos que llevaron a la Corte Constitucional a declararla inexecutable, a modular dicha inexecutableidad en el tiempo, y en relación a ello, los efectos prácticos de la declaratoria de inexecutableidad, así como el panorama actual, tras casi cinco (05) años de haberse proferido la sentencia.

1. Estado de la cuestión en materia minera

El problema de investigación nos remite a la Ley 1382 de 2010, que modificó parcialmente el Código de Minas establecido mediante Ley 685 de 2001. Es extenso el desarrollo de la normatividad en materia minera en Colombia, razón por la cual en este apartado se hará una breve contextualización de marco normativo en este asunto, teniendo en cuenta principalmente los fenómenos económicos para la administración de recursos mineros que han surgido en el país.

¹⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1382 de 2010.

¹⁷ De acuerdo con la exposición de motivos de la iniciativa gubernamental, presentado al Congreso por el Ministro de Minas y Energía de la época.

¹⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 685 de 2001.

En primera medida, no puede perderse de vista que las américas fueron desde su descubrimiento y hasta la actualidad, fuente de toda suerte de materias primas, dentro de las cuales se encuentran los minerales. De hecho, durante el periodo colonial, en el que ni siquiera se encontraban definidos los límites políticos que ahora dividen los países de la región, la minería era una de las actividades económicas¹⁹ más importantes, alrededor de la cual principalmente intereses europeos establecieron enclaves mineros, cuyo establecimiento a su vez se encontró ligado a la legitimación de reales de minas²⁰ o minas de particulares, con mano de obra principalmente esclava africana²¹. Se trataba de un sistema extractivo en el cual durante tres siglos o bien la corona española explotaba a través de terceros los yacimientos mineros, o recibía el pago por parte de particulares, de lo que entonces se llamó “quinto real”, que correspondía a un porcentaje de las ganancias por la extracción, entregado a los virreinos para su envío al continente europeo²².

La figura del quinto real, puede identificarse como una forma de regalía, que trascendió los procesos independentistas, es decir, los nuevos gobiernos de la región siguieron percibiendo pagos por la producción minera. Esta situación entonces requiere explicar, aunque de manera superficial, que la legislación de la Nueva Granada siguió aplicando normas españolas, provenientes a su vez del derecho romano que en materia minera estaba orientado inicialmente por el principio de *accesión*, según el cual no había distinción entre la propiedad del suelo y subsuelo, sino que el dueño del primero a la vez lo era del segundo, y en forma posterior por las normas del Código de Justiniano, en donde se realizó una diferenciación entre los derechos sobre el suelo y aquellos que recaen sobre yacimientos mineros. De esta forma, al ser los minerales y particularmente aquellos encontrados en el subsuelo propiedad de la corona, quien se beneficiara de ellos estaría en obligación de pagar, este mismo principio fue aplicado por los nuevos gobiernos independentistas.²³

¹⁹ DUARTE, Carlos, *Gobernabilidad Minera: Cronologías legislativas del subsuelo en Colombia*. Documento electrónico disponible en: <https://governabilidadminera.files.wordpress.com/2012/01/governabilidad-minera-cronologicc81as-legislativas-del-subsuelo-en-colombia.pdf> acceso el 10 de junio de 2016.

²⁰ Los reales de minas eran propiedades del Rey de España en las américas.

²¹ CASTRO, Beatriz. *El poblamiento de la Costa Pacífica*. En: VALENCIA, Alfonso. *Historia del Gran Cauca: Historia Regional del Suroccidente Colombiano*, Cali, Universidad del Valle, edición fascicular Periódico Occidente, 1994. Segunda edición publicada en libro, Cali, Universidad del Valle, Instituto de Estudios del Pacífico, Región, 1996.

²² RESTREPO, C, Consideraciones sobre la minería en Colombia, en DUARTE, Carlos. Ob. Cit.

²³ DUARTE, Carlos, Ob. Cit. Pp. 4.

Dentro de las leyes españolas que se siguieron aplicando por los gobiernos americanos, se tienen las “*Siete Partidas*” (1256), el “*Ordenamiento de Alcalá*” (1384), las “*Ordenanzas del Nuevo Cuaderno*”, las “*Ordenanzas de Rodas*” (1587), “*Leyes de Recopilación de Indias*” (1680), las “*Ordenanzas de Mon y Velarde*” (1770), y las “*Ordenanzas de Nueva España*” (1783), a través de las cuales se regularon asuntos como los derechos de usufructo, la sucesión del usufructo, la propiedad privada de minas, incentivos para la búsqueda de minerales en territorios privados, adjudicación y titulación de minas, y principios para la administración de explotaciones mineras diferenciando la fase de exploración y explotación²⁴.

Tras la independencia la minería siguió siendo una de las principales actividades económicas en Colombia, que ya no tenía que pagar regalías a la corona española, con un fenómeno particular en tanto se promulgó la Constitución Política de 1821, que dejó en vigencia todas las normas españolas en materia minera²⁵, lo que fue atrayendo también a otros capitales extranjeros, que para 1825 ya contaban con enclaves mineros en varios departamentos, principalmente de origen inglés y alemán, llegados con tecnología nunca utilizada en la minería casi artesanal que se estaba llevando en las colonias, iniciándose una nueva fase de modernización dirigida al desarrollo de socavones. Esto requirió el desarrollo de reglamentación de minas (1829), principalmente en los departamentos para entonces con mayor desarrollo minero (Antioquia, Cauca y Caldas), en materias como arrendamiento de minas (1823) y pago de tributos por explotación de minerales, bajo el entendido del derecho de la República a la propiedad de sus recursos. Posteriormente, con la expedición de la Constitución Política de 1858, se consideró que el manejo privado de las minas podría cumplir una mejor función pública, por lo que la propiedad de algunas minas pasó a los estados confederados, pero la mayoría de ellas quedaron en manos de particulares, situación conservada por la Constitución de 1863²⁶.

En la etapa de Estados confederados, cada Estado se reservó el derecho para legislar en materia minera, sin embargo fue evidente un retroceso al principio de acceso en estados como el de Antioquia (y otros), según el cual no se dividía la

²⁴ OCAMPO, José (compilador). *Historia Económica de Colombia*. Ed. Siglo XXI Editores, 1987.

²⁵ Pues a manera de ejemplo, la Constitución de 1821 en su artículo 188 declaró “*en todo su vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y leyes que expida el Gobierno.*”.

²⁶ DUARTE, Carlos, Ob. Cit. Pp. 8.

propiedad del suelo y el subsuelo²⁷, situación que fue revertida nuevamente por la Constitución de 1886 que devolvió la titularidad del subsuelo al Estado, y por ende de los recursos mineros allí encontrados. Para 1873 fue expedido el “Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia”, que aclaró el dominio del Estado sobre los minerales ubicados bien en baldíos o bien en predios privados, en el entendido que el principio de accesión estaba causando graves perjuicios económicos al Gobierno²⁸, no obstante, se respetaron los derechos adquiridos bajo la aplicación de dicho principio, e inclusive se otorgó un periodo de desmonte para la búsqueda y denuncia de minas de propiedad privada (Ley 38 de 1887). Con la desaparición del Estado Federal y aparición del centralista, en 1887 se unificó la normatividad minera expedida por cada Estado, adoptándose la del Código de Minas de Antioquia, haciéndose claridad de que las disposiciones del Código Fiscal regirían en materia de propiedad del subsuelo.

Aunque se conservó la propiedad del Estado sobre los yacimientos, también se creó un nuevo modo de adquirir la propiedad de los mismos, a través del principio de *res nullius*, según el cual estos encontrándose desocupados, podrían ser cosas de nadie, y en ese entendido quien los trabajara podría convertirse en su dueño, inclusive si no era dueño del terreno bajo el cual se ubicaban. Esta situación facilitó la apropiación de minas por parte de terceros, que demandaban al Estado para obtener la concesión y titulación del yacimiento, y luego la vendían a inversionistas extranjeros.

Lo siguiente corresponde ya a un periodo de expedición de normas para la modernización dentro del proyecto de Estado centralista²⁹ (1905-1909), que permitió la diversificación de mercados y la integración regional no basada exclusivamente en la minería, aunque esta presentara la financiación para realizar tales fines. A modo de resumen, la normatividad minera expedida durante la época de la colonia, y hasta principios del siglo XX, puede plasmarse en la cronología a continuación³⁰:

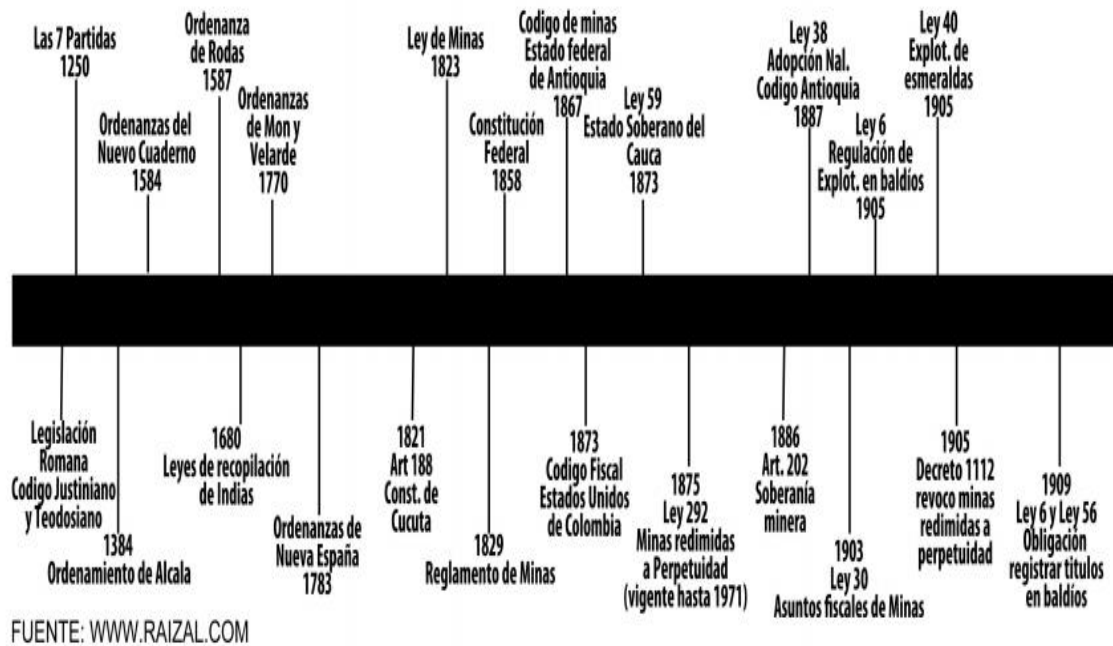
²⁷ Pues se consideraba que el subsuelo hacía parte integral del suelo, y en ese entendido los yacimientos eran parte de la propiedad del titular de dominio del suelo.

²⁸ *Ibíd.* Pp 9.

²⁹ PALACIOS, Marco, El café en Colombia 1850-1970, en DUARTE, Carlos, Ob. Cit, pp 10.

³⁰ Es importante mencionar que hasta inicios del siglo XX, la normatividad en materia minera y de hidrocarburos no tuvo distinción y se llevó de manera conjunta en su regulación.

Gráfico No. 1 Normatividad minera entre la colonia y 100 años después.



Fuente: Duarte, Darío. 2012.

Ya en el siglo XX, empieza a fortalecerse el modelo de concesión³¹, con lo cual se establece un marco legal a través de la expedición de normatividad específica para el desarrollo minero. Así, se derogó el Código Fiscal de 1887 (Ley 110 de 1921) y se expidió la Ley 37 de 1931 aplicable tanto al sector minero como petrolero, se definieron las condiciones de los impuestos mineros (Decreto Ley 223 de 1932), y se inició una primera aproximación a normas de índole ambiental, pues mediante Ley 52 de 1933 se ordenó crear una planta de tratamiento de concentrados mineros, y con Ley 13 de 1937 se extendieron reservas mineras en los cauces de los ríos.

Entre 1940 y 1974 se crea la institucionalidad minera a través de las figuras de Ministerios, y se definen con la Ley 160 de 1936 las condiciones de la propiedad privada y baldía, pasando por un periodo en el cual se retornó al principio de accesión pero solamente en materia petrolera (1956). En este periodo, el modelo de concesión significaba sacar de las manos del Estado la explotación de recursos minerales (y de hidrocarburos), atrayendo la inversión extranjera, que no tendría que adquirir predios por adjudicación (a través de la ocupación), sino explotar yacimientos a cambio de

³¹ DUARTE, CARLOS, Ob. Cit pp 12.

una suma por concepto de regalías pagaderas a la nación. Resultaba llamativa además la rebaja paulatina de los impuestos de minas concedidas a perpetuidad, así como la prórroga de los términos de explotación.³²

Este modelo de concesión, que básicamente significaba la celebración de contratos entre el Estado y un particular, que entonces venían siendo en su mayoría empresas extranjeras³³, rigió hasta 1974, cuando fue derogado por el Decreto 2310 del mismo año, pues había sido iniciada en 1968 una reforma para nacionalizar nuevamente el modelo minero, para que el Estado pudiera aprovechar los recursos energéticos directamente, cuya apuesta principal fue la creación del Ministerio de Minas y Energía (1974).

La industria minera fue declarada de utilidad pública e interés social a través de la Ley 20 de 1969, lo cual facultaba al Estado para expropiar propiedades cuando quiera que estas no cumplieran con los presupuestos de la utilidad pública, es decir, el Estado encontró la manera de extinguir el dominio de los particulares sobre recursos mineros, pero más bien conservando la intención de obligarlos a realizar explotación, para mantener vigentes sus derechos de explotación. Esto creó un nuevo modelo correspondiente al de *asociación*, en el cual el Estado tenía injerencia en la ejecución de la explotación, a través de empresas creadas para tal fin³⁴.

La bonanza en términos económicos, traída por el modelo de asociación³⁵, tuvo como efecto primero la expedición de un Código de Minas³⁶ (Ley 255 de 1988) cuyo fin, entre otros, era el de resolver el conflicto entre la propiedad de los recursos mineros, y posteriormente, también tuvo como efecto la nacionalización de yacimientos, a través de la confiscación o expropiación, inclusive sin mediar indemnización (Decreto 1994 de 1989). El nuevo Código Minero, incorporó por primera vez los preceptos ambientales de una norma expedida varios años antes, el Código de Recursos Naturales (Decreto 2811 de 1974), en el sentido de proteger algunas zonas de la

³² *Ibíd*, pp 16.

³³ *Ibíd*, pp 14.

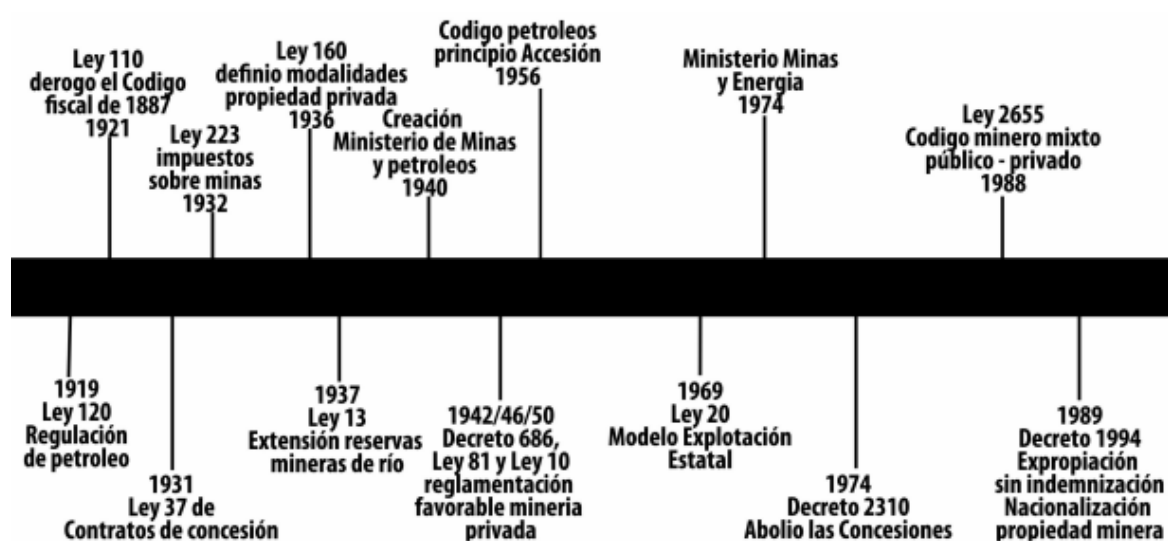
³⁴ En el caso de la industria petrolera, a través de ECOPELROL o Empresa colombiana de petróleos, y para recursos mineros, a través de ECOMINAS, Empresa colombiana de minas.

³⁵ Que estuvo relacionada a la coyuntura, pues por esa época fueron encontrados varios yacimientos tanto mineros como petroleros.

³⁶ En el cual se distinguían minería de pequeña, mediana y gran escala, así como las fases de exploración y explotación, teniendo en cuenta el grado de magnitud y tecnificación.

minería, por ser estas necesarias para la conservación, u otras actividades como la agricultura o ganadería. Así también señaló la idoneidad de las licencias de exploración o explotación, los títulos mineros y los aportes mineros, como documentos o títulos sin los cuales no se pueden ejercer facultades de exploración o explotación, y se estableció un sistema de Registro Minero para la identificación de áreas, títulos y archivo, e inclusive una delimitación incipiente de zonas mineras ubicadas dentro de territorio de comunidades indígenas o negras. La normatividad en materia minera, producida durante el siglo XX, se ilustra en la siguiente cronología:

Gráfico No. 2 Normatividad minera en el siglo XX.



Fuente: Duarte, Darío. 2012.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, integradora de principios y armonizada con ciertos presupuestos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, principalmente en relación a principios y garantías fundamentales³⁷, reconocimiento del país como una nación multiétnica y pluricultural³⁸, y la provisión de herramientas jurídicas para la exigencia de este tipo de derechos (como a acción de tutela, la consulta previa³⁹, la consulta popular, la acción pública de inconstitucionalidad, entre otras), el panorama minero se vio modificado, aunque paulatinamente, con una nueva perspectiva de explotación minera que aunque facilita

³⁷ Como los derechos a la vida, la salud, un ambiente sano, entre otros.

³⁸ Reconociendo la protección de la integridad cultural de los pueblos indígenas y tribales, así como determinando la imprescriptibilidad, inalienabilidad e inenajenabilidad de sus territorios, y consagrando en artículo transitorio la obligación del Estado en relación a la titulación de las comunidades afrodescendientes.

³⁹ Soportada, entre otras, por el Convenio No. 169 de la OIT en su artículo 6.

la intervención de la industria extractiva, intentó, al menos en el papel, armonizar esta actividad con la protección de derechos económicos, sociales y culturales, así como ambientales. En adición, fue a partir de 1991 que se creó como guardiana de la Carta Política a la Corte Constitucional, con lo que sumado a la expedición de normas, se tuvo también el control de este alto Tribunal, fuera automático o por vía de decisión en acciones públicas de inconstitucionalidad o en sede de revisión de tutelas.

Es de resaltar que en esta Carta Política, el Estado se reiteró como propietario del subsuelo (art. 332) y de todos los recursos naturales no renovables, aunque respetando derechos adquiridos y perfeccionados, reconociendo la aplicación anterior de normas del principio de accesión (que fuera aclarada también a través de Ley 97 de 1993). El Estado a su vez cuenta con la obligación de intervenir en la explotación de los recursos naturales (art. 334), bajo presupuestos tales como el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la preservación de un ambiente sano, entre otras. Se mantuvo el sistema de regalías como contraprestación en favor del Estado, por la explotación de recursos naturales no renovables, como son los minerales (art. 360), cuyos ingresos serían re-direccionados para promover la minería, preservar el ambiente y financiar proyectos de inversión en desarrollo (art. 361).

El modelo económico neoliberal⁴⁰ implantado también en la coyuntura de la expedición de la Constitución Política de 1991, y la entrada cada vez mayor de capitales extranjeros en el país, dispuso de varios intereses económicos que buscaron la manera de reformar en el año 1996 (Proyecto Aramburo) el Código de Minas vigente (1988), para dismantelar las empresas estatales que tenían intervención con el modelo de asociación, con el fin de privilegiar la explotación privada con exenciones tributarias, y la flexibilización en términos de control ambiental tratándose de explotadores transnacionales. Inclusive, se intentó acceder a la explotación minera en zonas excluidas por razones ambientales, a través de autorizaciones de las autoridades competentes.

Este proyecto no tuvo acogida inmediatamente, sin embargo paulatinamente muchas de las reformas que intentaban favorecer intereses privados, fueron adoptadas

⁴⁰ Ibíd, pp 23.

justificándose en el modelo de enclave exportador, con el que se desmontaron algunas instituciones del modelo asociativo, a través del Decreto 2152 de 1999, creándose dos unidades dentro del Ministerio de Minas Energía, la UPME y la CREG, así como establecimientos públicos y entidades vinculadas, a través de varias normas entre las que se encuentra también el Decreto 520 de 2003 que disuelve CARBOCOL, y otras que escindieron ECOPETROL, y suprimieron MINERCOL, entre otras empresas asociativas. Así las empresas del sector minero energético de patrimonio del Estado se convirtieron en empresas de economía mixta con capital privado, con lo cual la normativa tendría también que ajustarse a ello, cual fuera lo sucedido con la expedición del Código de Minas de Ley 685 de 2001, que incorporó básicamente todas las reformas que intentó el proyecto Aramburo (1996), que representaban aún más beneficios para compañías mineras ya establecidas en el país.

Este intento exitoso de reforma para los intereses mineros, se había hecho sin embargo desarticulado con otros aspectos que podrían tocar los intereses sobre derechos ambientales, económicos, sociales y culturales, y que se encontraban contenidos bien en la Constitución Política, en normas ambientales, o incorporados por tratados internacionales (como el caso del Convenio 169 de la OIT), por lo cual una de las cuestiones que intentó tratar la nueva reforma al Código, a través de la Ley 1382 de 2010, fue la de integrar el panorama ya existente de protección ambiental (a través del Código de Recursos Naturales, Ley 99 de 1993, y decretos complementarios), con las disposiciones para la exploración y explotación de recursos mineros. Al mismo tiempo, sin embargo, se trató de brindar beneficios en materia ambiental a los actores privados, bien para eximirse de requisitos o para hacerlos más flexibles, por ejemplo para el inicio del periodo de construcción sin haber solicitado autorización, o para no presentar estudios de impacto ambiental nuevos cuando se integren áreas para el desarrollo minero. Este panorama no puede descontextualizarse del modelo de desarrollo propuesto en el primero Gobierno de Juan Manuel Santos, quien estableciera la locomotora minera como una de las actividades principales de desarrollo, en modelo de enclave de exportación mediante la definición de zonas para el desarrollo tanto minero como de hidrocarburos.

En el mismo año de proferida la Ley 1382, se expidió el Decreto 2820 de 2010, enfocado a la garantía de participación ciudadana de las comunidades que pudieran

ser intervenidas con proyectos mineros. Esta norma sin embargo, flexibilizó de manera muy amplia los parámetros de consulta, al punto de dejar la decisión de consultar, o de tener en cuenta los aportes comunitarios dentro de la ejecución de los proyectos, a total discrecionalidad del ejecutor, situación que no representaba una protección efectiva de los derechos a la participación, ni de los componentes económicos, ambientales y sociales que esta norma planeaba proteger, frente a la introducción de prácticas económicas como consecuencia de la minería. En contradicción, la Corte Constitucional ya había reiterado y continuó haciendo reiteración, acerca de la necesidad de garantía del derecho a la consulta, particularmente de las comunidades étnicas, cuando se trataran de desarrollar proyectos que generen afectación a sus derechos, a través de las Sentencias T-693 de 2011, C-461 de 2008, C-915 de 2010, T-116 de 2011, C-187 de 2011, y T-382 de 2006, entre otras.

En estos términos, la reforma al Código de Minas hecha mediante Ley 1382 de 2010, que con la intención de armonizar el sector ambiental y minero generaba grandes beneficios y flexibilizaba el acceso a la explotación por parte de titulares de derechos mineros (privados), resultaba no solo beneficiando capitales trasnacionales de minería a gran escala y perjudicando la minería tradicional o a pequeña escala (muchas veces realizada por las comunidades étnicas a través del barequeo o minería tradicional). Esta reforma además generaba conflictos para la garantía de derechos de las comunidades étnicas, a quienes no solamente se les limitaban sus derechos con los contenidos normativos, que además para su expedición tampoco fueron consultados (lo que posteriormente sería el motivo mismo del decaimiento de la reforma), aunado todo ello a perjuicios ambientales derivados de la flexibilización de requisitos para el desarrollo de proyectos mineros.

La protección de derechos a la consulta de las comunidades étnicas, se ha encontrado aunque reconocido constitucionalmente, aislado en la normatividad minera, sin embargo, como bien se dijo anteriormente, la Corte Constitucional ha sido enfática en el deber de consulta ante instauración de proyectos que afecten comunidades étnicas. Inclusive otros altos tribunales a la fecha siguen reiterando en la materia, el derecho a la consulta previa para el desarrollo de proyectos mineros, pues en el curso de esta investigación, el 15 de mayo de 2015, el Consejo de

Estado⁴¹ conoció de una acción de tutela interpuesta por la organización Tierra Digna, en relación a la violación de sus derechos por la expedición inconsulta de Resoluciones de delimitación de áreas estratégicas en territorio de comunidades afrodescendientes, con lo que se decidió la suspensión de 516 áreas mineras estratégicas⁴² declaradas mediante Resoluciones entre 2012 y 2013, teniendo en cuenta que para su declaratoria no se había consultado a las comunidades étnicas, extendiendo el rigor de la consulta no solo al inicio de las actividades de explotación, sino a la toma de decisiones para la definición de áreas.

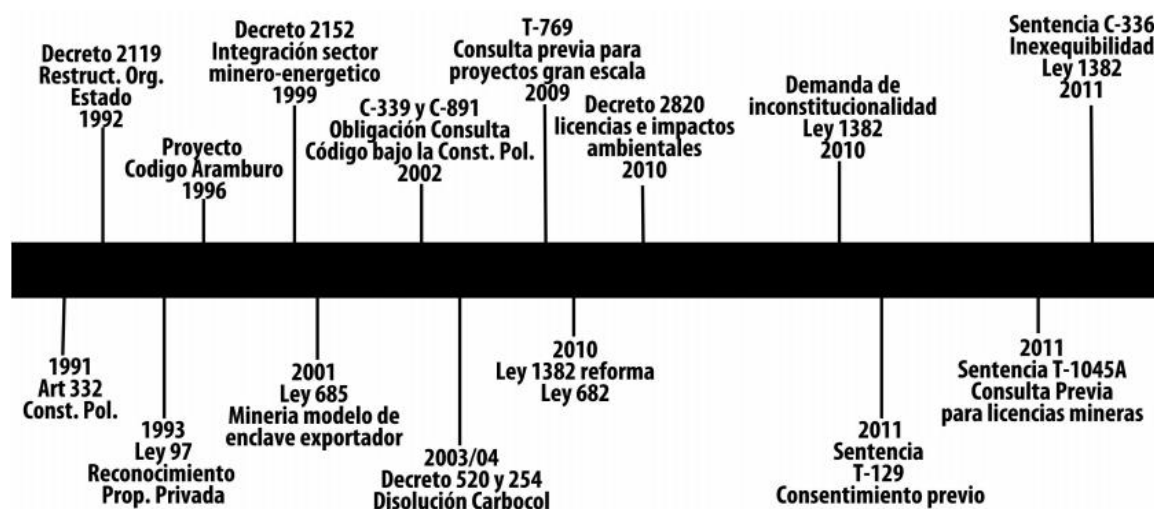
Esta última decisión, llegó en sede de revisión a la Corte Constitucional, que profirió la Sentencia T-766 de 2015, publicada el 09 de junio de 2016 (casi seis meses después de proferida la decisión), y con ella se levantó la suspensión que hiciera el Consejo de Estado, revocando su decisión, a fin de tutelar los derechos al territorio, diversidad étnica y participación ciudadana que las comunidades afrodescendientes tienen a la consulta previa, y que fue vulnerado con la expedición de las Resoluciones 180241, 0045 de 2012 y 439 de 2015, expedidos por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, mismas que fueron dejadas sin efectos por la Corte Constitucional. Los efectos de esta sentencia fueron extendidos *inter comunis*, para todas las comunidades étnicas (y no solo las que presentaron la acción de tutela), reiterando la Corte que la definición de áreas en materia minera no puede realizarse en forma impositiva por el Gobierno, y que su decisión debe ser producto del diálogo y consulta libre e informada con las comunidades que se verían afectadas.

Con este panorama, la reforma hecha mediante Ley 1382 de 2010, fue demandada, aunque las razones aludidas fueron principalmente formales y se explicarán en el siguiente apartado. Ahora bien, algunas de las normas más importantes en materia minera, tras la expedición de la Carta Política de 1991, se reflejan en la siguiente cronología:

⁴¹ SEMANA, *La suspensión de las áreas mineras estratégicas, en frío*. Documento electrónico disponible en: <http://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/suspension-areas-estrategicas-mineras-frio/33140> acceso el 12 de junio de 2016.

⁴² Las Áreas Mineras Estratégicas son figuras para la delimitación de zonas para el desarrollo potencial de actividades de extracción mineras, con primacía de otro tipo de actividades, inclusive de carácter agrícola.

Gráfico No. 3 Normatividad minera desde la Constitución Política de 1991.



Fuente: Duarte, Darío. 2012.

En cuanto a las disposiciones de carácter ambiental, y particularmente aquellas que tienen que ver con contenidos de la Ley 1382 de 2010, estas se encuentran detalladas en el Cuadro No. 2 del apartado 3.1 dentro de este capítulo.

2. La Corte Constitucional y las razones de la inexequibilidad

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional quedó facultada para ejercer la guarda y cuidado de la supremacía e integridad de la Constitución Política, en virtud de los artículos 40 numeral 6, 241 y 242 superiores. Desde entonces la Corte Constitucional, en ejercicio de la función que le otorgó la Constitución de 1991, como máximo órgano de la jurisdicción constitucional, realiza el estudio⁴³ de normas que han sido demandadas en acción pública de inconstitucionalidad⁴⁴ por considerarse contrarias a la Carta Política, esto con el fin de determinar si éstas son ajustadas o no al texto constitucional, con criterios

⁴³ Así como realiza el estudio de constitucionalidad en otros casos, a los cuales no se hará referencia en este trabajo, como aquellos relacionados a la constitucionalidad de los referendos, Asambleas constituyentes, proyectos de Ley objetados por el Gobierno, decisiones relacionadas a la acción de tutela, tratados internacionales, entre otras.

⁴⁴ Siendo la acción pública de constitucionalidad la posibilidad de los ciudadanos para ejercer control sobre las disposiciones normativas inferiores a la Constitución Política, cuando estas no se ajustan a los preceptos constitucionales, no tienen validez jerárquica y por ello deben salir del ordenamiento jurídico.

formales o materiales, emitiendo decisiones mediante sentencias de constitucionalidad.

En uso de esta función, la Corte examinó la acción pública de inconstitucionalidad elevada por varios ciudadanos, frente a la integridad de la Ley 1382 de 2010, quienes consideraron la norma como violatoria de los artículos 2, 7, 40 y 330 de la Constitución, así como del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT⁴⁵, integrante del Bloque de Constitucionalidad⁴⁶, en tanto la norma no fue consultada previa su promulgación, con las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Básicamente los demandantes alegaron la violación flagrante de los derechos humanos de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, específicamente el derecho a la consulta previa⁴⁷, en tanto las disposiciones contenidas en la reforma normativa, podrían afectar gravemente los derechos territoriales de estas comunidades, teniendo en cuenta *“el conjunto de políticas públicas de contenido legal, económico y político, con las cuales el Estado ha buscado industrializar la actividad minera mediante la protección y promoción de la inversión privada, nacional y extranjera, en la explotación de los recursos mineros en Colombia”* que *“implica en todos sus casos la alteración del territorio”*⁴⁸, por lo cual además se generarían infracciones a los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales de los grupos étnicos, teniendo en cuenta la relación entre su pervivencia y el territorio, afectándose su derecho a la vida, a la diversidad étnica y cultural, a la salud, al medio ambiente, al trabajo, la vivienda digna, entre otros.

Con estos argumentos, los demandantes solicitaron la declaratoria de inexecuibilidad y así el retiro de esta norma del ordenamiento jurídico, sin que se hiciera petición alguna por el mantenimiento de disposiciones contenidas en dicha norma, ni la

⁴⁵ Tratado ratificado por Colombia a través de la Ley 12 de 1991, y cuyo artículo 6 establece que los gobiernos deben consultar mediante procedimientos apropiados y a través de instituciones representativas, las medidas legislativas o administrativas con los pueblos interesados que puedan resultar afectados, así como establecer los medios de participación libre en las circunstancias apropiadas para llegar un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas a adoptar.

⁴⁶ Entendido el Bloque de Constitucionalidad en los términos de la Sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional, como aquellas normas que no están expresamente consagradas en la Constitución Política, pero que hacen parte de la misma y son fuente prevalente en el derecho interno, en tanto regulen aspectos relacionados a los Derechos Humanos.

⁴⁷ Con respecto al cual señalaron el deber del Estado para impulsar la participación de las minorías en las decisiones que los afectan.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-366 de 2011.

modulación de los efectos de constitucionalidad. Frente a este caso, las intervenciones de las entidades conminadas para rendir concepto en la materia, tampoco solicitaron la modulación de efectos; por parte del Gobierno Nacional⁴⁹, se solicitó bien la declaratoria de exequibilidad o la inhibición de la Corte por ineptitud sustantiva de la demanda, y por parte de la Procuraduría General de la Nación, la Academia⁵⁰, así como las organizaciones sociales⁵¹, se coadyuvó la petición de los demandantes.

La intervención del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, presentó para la Corte algunos argumentos que pese a no estar dirigidos a modular los efectos de la norma, sirvieron con posterioridad para tal fin. Es así como se establecieron los beneficios normativos incorporados al Código de Minas a través de la Ley 1382 de 2010, en materia de *“(i) exclusión de la actividad minera de las zonas de páramo y las denominadas áreas Ramsar; y (ii) la misma exclusión para otras áreas naturales protegidas de carácter público. En ese orden de ideas, se trata de una regulación beneficiosa para la sociedad y que en ningún modo interfiere en los asuntos propios de las comunidades tradicionales”*.

Para la Corte Constitucional, fueron de recibo los cargos formulados contra la Ley 1382 de 2010, validándose el problema jurídico según el cual esta norma, íntegramente, contrariaba la Carta Política, en el entendido que al no surtirse la consulta previa, lo cual fue fácilmente constatado en el proceso, se vulneró este derecho fundamental de las comunidades étnicas, el cual se encuentra establecido como garantía constitucional de protección a la integridad cultural y ambiental de esta población que hace parte de la nación multicultural y pluriétnica declarada en la Constitución, y en servicio de la cual deben estar todas las garantías constitucionales.

⁴⁹ Ministerio de Minas y Energía, Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

⁵⁰ Salvo la Universidad del Tolima, las universidades: del Rosario, Universidad Nacional de Colombia, Academia Colombiana de Jurisprudencia.

⁵¹ Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC-, Corporación Acción Humanitaria por la Convivencia y la Paz del Nordeste Antioqueño. CAHUCOPANA, Comisión Internacional de Juristas, e intervenciones ciudadanas por parte de integrantes de varias organizaciones sociales, entre las cuales se encuentran: ENDA América Latina, Sisma Mujer, Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Institución Popular de Capacitación – IPC, Consejo Comunitario de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato – COCOMOPOCA, entre otros.

En este sentido no hay un nuevo desarrollo sobre el derecho a la consulta previa para el establecimiento de medidas legislativas a las comunidades étnicas, y la Corte realiza la reiteración de jurisprudencia constitucional reciente en esta materia, con los casos de la Sentencia C-175/09 que declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007 – Estatuto de Desarrollo Rural, la Sentencia C-063/10 que declaró inexecutable la Ley 1122 de 2007 que regulaba la libre elección de afiliados a régimen subsidiado de salud, y otras como las Sentencias C-030/08 y C-461/08 en las cuales la razón de inexecutableidad estuvo referida a la omisión de la garantía de consulta previa.

Para la Corte, el fundamento de la existencia de la consulta previa como derecho, está soportado en el principio democrático y los derechos de participación, reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación y la garantía de recursos efectivos para la participación, que en el caso de las comunidades étnicas tiene un carácter distinto y reforzado en el cual debe ocuparse el pluralismo jurídico para los entendimientos sobre lo público, entre las autoridades y la sociedad, cuando esta tiene unas características diferenciadas y no pueden aplicarse universalismos.

Esta situación pone en cabeza del Estado unos deberes de protección a las comunidades étnicas, entre los cuales resalta el de garantía de participación, que no sólo es un derecho en sí mismo, sino que tiene implicaciones en todos los demás derechos de estas comunidades como sujetos colectivos y de sus integrantes individualmente considerados, para lo cual la misma constitución establece instrumentos como: *“i) la necesidad de que la conformación de las entidades territoriales se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (Art. 329 C.P); ii) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos (ejusdem); y iii) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Para ello deberá propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Art. 330, parágrafo C.P)”*⁵².

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-366 de 2011.

El deber de protección por parte de los Estados, es una garantía consagrada en la Constitución Política y las normas que la integran en virtud del Bloque de Constitucionalidad, particularmente el Convenio 169 de la OIT⁵³ sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, instrumento en el que se estipula que las herramientas para preservar la identidad cultural de las comunidades étnicas se dirigen a i) lograr que los pueblos tribales e indígenas asuman el control de sus propias instituciones, forma de vida y desarrollo económico para mantener y fortalecer su identidad, lengua y religión, y ii) superar esquemas predominantes en los que estos pueblos no pueden gozar efectivamente de sus derechos humanos en igualdad de condiciones con el resto de la población, lo que hace que sus leyes, valores y costumbres sufran menoscabo o se vean alteradas.

Sobre estas herramientas, la Corte Constitucional a su vez ha realizado interpretaciones para establecer cómo debe ser la participación diferenciada de las comunidades étnicas, de cara al derecho de consulta previa como mecanismo participativo, en el cual debe existir:

“i) la distinción entre la participación general de los representantes de las comunidades étnicas y la participación específica, materializada en el procedimiento de consulta previa; ii) la identificación de las medidas legislativas que deben ser objeto de consulta previa a las comunidades diferenciadas, iii) la previsión de los requisitos y etapas que debe cumplir el procedimiento de consulta, a fin que resulte compatible con los parámetros constitucionales; y iv) las consecuencias del desconocimiento del derecho de consulta previa.”⁵⁴

De esta manera, se tiene que la participación de la comunidad debe ser específica sobre las medidas ya sea legislativas o administrativas que afecten directamente sus intereses, que esta participación debe ser previa al establecimiento de obras o decisiones definitivas, a fin de que la opinión de la comunidad y sus necesidades, tengan incidencia en la ejecución de las medidas, para lo cual debe darse a la

⁵³ Ratificado mediante Ley 21 de 1991.

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-030 de 2008.

comunidad la información necesaria y en términos claros que permitan llegar a una decisión bajo la comprensión de la materia sobre la cual se está decidiendo.

En ese sentido, la Corte estimó que la norma impugnada contenía disposiciones que reñían con los derechos de las comunidades étnicas, teniendo en cuenta que algunas materias versaban sobre actividades que tendrían que desarrollarse directamente sobre sus territorios, con lo que eventualmente, no sólo por la omisión de la consulta previa, podrían verse lesionados sus derechos territoriales y la preservación de su identidad cultural⁵⁵. Lo anterior en el entendido que se encuentra probado que las comunidades étnicas tienen un vínculo inescindible entre la conformación de su identidad, el establecimiento de sus vínculos comunitarios y la utilización de la tierra y los recursos, partiendo de sus cosmovisiones, por lo cual los proyectos mineros en cualquiera de sus fases ponen en riesgo su conformación e integridad cultural diferenciada.⁵⁶

Dada la afectación que tiene la actividad minera sobre el territorio y las comunidades que habitan en él, y la materia regulada mediante la norma impugnada, la Corte encontró que era necesaria la aplicación del precedente judicial, dado en Sentencia SU-039 de 2007, según lo cual la consulta a las comunidades, sobre actividades a desarrollar en su territorio debe darse en forma previa para garantía de su participación, inclusive teniendo en cuenta la necesidad de ponderar entre el deber del Estado de explotar sus recursos naturales, con la protección del medio ambiente y la identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Esta interpretación, trae nuevamente el último punto de línea⁵⁷ sobre el tratamiento del derecho de participación, relacionado a que la omisión del procedimiento de consulta, tiene consecuencias dentro de la dogmática generada por la Corte Constitucional, enfocadas primero a la declaratoria del derecho vulnerado, y como consecuencia, unos efectos sustanciales sobre la medida administrativa o legislativa, siendo los efectos sobre las medidas legislativas, la declaratoria de

⁵⁵ Se trata de una posición que reitera jurisprudencia anterior de la misma Corte, dada en pronunciamientos como la Sentencia C-891 de 2002 que demandaba el Código de Minas (Ley 685 de 2001) precisamente por la omisión de consulta previa, teniendo en cuenta que trataba asuntos que *“afectaban directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes.”*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ De la mencionada Sentencia C-030 de 2008.

inconstitucionalidad total o parcial de la norma, o la inexecutable condicionada de la norma, en aquellos casos en los que se pretenda interpretar la disposición, a fin de salvaguardar materias que incidan en la protección de la identidad cultural de las comunidades⁵⁸.

Como primera medida, la Corte decidió declarar entonces vulnerado el derecho a la consulta previa de las comunidades, habiendo constatado que dentro de su trámite, y contrario a lo que establecen los mandatos superiores, el Gobierno Nacional en calidad de proponente, y el Congreso de la República en su función legislativa, no llevaron a cabo el procedimiento, a fin de garantizar la participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectarían. Esta situación deviene entonces en la declaratoria de la norma como inexecutable.

Por otra parte, respecto de la posibilidad de declaratoria de una inexecutable condicionada, en tanto se trataba de disposiciones a aplicar inmediatamente, con afectación directa a las comunidades, sumado a que no se había surtido la respectiva consulta y se trata de una regulación sistemática de la actividad minera y no de medidas puntuales o específicas susceptibles de ser modificadas, la condicionalidad no tenía cabida. En ese entendido, la norma impugnada resultaba inconstitucional por razones de forma⁵⁹ con implicaciones de fondo, razón insubsanable y generadora de expulsión de la disposición, del ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, y el reconocimiento de la Corte de estar ante una norma abiertamente contraria a la Carta Política, recogiendo las intervenciones surtidas en el proceso⁶⁰, consideró que la norma también regulaba aspectos relacionados a la protección del medio ambiente⁶¹, que no estaban contemplados en ningún otro

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-461 de 2008.

⁵⁹ En tanto la consulta previa, aunque garantiza derechos sustanciales para las comunidades étnicas, dentro del trámite de la ley, es un requisito de forma.

⁶⁰ Fundamentalmente la del Ministerio de Ambiente.

⁶¹ Particularmente: en artículo 3 determinó la prohibición de explotación minera en zonas declaradas y delimitadas como de protección y desarrollo de recursos naturales renovables o del ambiente, definió las zonas de parques naturales y reservas forestales, ecosistemas de páramo, humedales de la lista de importancia de la Convención Ramsar, como zonas excluidas de la minería, definió las reglas para la autorización excepcional de minería en zonas de reserva forestal a través de la figura de la sustracción, y estableció a cargo del Ministerio de Ambiente la obligación de delimitar las zonas de reserva forestal de Ley 2 de 1959. Asimismo, en artículo 4 impuso la identificación de reservas especiales y zonas excluidas de la minería, en artículo 8 previó condiciones para procedencia de integración de áreas de explotación minera y obligación de modificar licencia ambiental en este caso, en artículo 13 previó el otorgamiento de

instrumento jurídico, por lo cual la fórmula de decisión habría de evitar la salida de estas normas al menos temporalmente, a fin de proteger en este caso el medio ambiente. Así las cosas, el Tribunal decidió modular los efectos de su decisión, no para cambiarla sino para diferir en el tiempo sus consecuencias jurídicas, dando espacio por un tiempo de dos (02) años a las autoridades competentes⁶² para sanear lo correspondiente.

3. Modulación de los efectos de inexecutableidad

La Corte Constitucional entre sus facultades dispone la de diferir en el tiempo los efectos de sus fallos de inexecutableidad, teniendo en cuenta que la misma Constitución la establece como máximo Tribunal y guardián de la integridad de sus disposiciones, haciendo que se encuentre investida para solventar situaciones que generen vacíos jurídicos.

Por regla general, la inexecutableidad de las normas tiene efectos a futuro, y por excepción, el efecto de la decisión puede ser modulado, caso en el cual se prolonga en el tiempo la fecha en la cual las consecuencias de la decisión van a rendir plenos efectos, para dar plazo al legislativo, a fin de llenar posibles vacíos normativos que sean ocasionados por la declaratoria de inexecutableidad, produciéndose un fenómeno de aparente “*constitucionalidad temporal*”⁶³, que posibilita evitar traumatismos de la salida inmediata de la norma, del ordenamiento jurídico.

De acuerdo con la Corte Constitucional, la providencia de inexecutableidad diferida o temporal: “*es aquella por medio de la cual el Juez Constitucional constata que la ley sometida a control es inexecutable, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría “una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores*

licencia para la fase de construcción y montaje, y en artículo 26 estableció a cargo del Ministerio de Minas la participación regional y local de actores para determinación de Distritos Mineros Especiales en un contexto participativo y de desarrollo humano sostenible.

⁶² El Gobierno Nacional como impulsor de la propuesta, y el legislativo en su función de emitir las normas.

⁶³ QUINCHE, Manuel, Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009, pp 699.

constitucionales”, por lo cual el Tribunal Constitucional establece un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada”⁶⁴.

En ese entendido, la inexecutable diferida tiene como fin la garantía de integridad constitucional, en el evento en el cual una norma, de ser expulsada inmediatamente, pueda generar vacíos jurídicos en la protección de bienes constitucionales. La necesidad de este tipo de modulación de efectos, fue tratada por la misma Corte Constitucional en Sentencia C-221 de 1997, en la cual se señala que si se crean vacíos jurídicos cuando se trata de retirar una norma del ordenamiento jurídico, la declaración de inconstitucionalidad no puede darse sin matices, por lo cual debe ponderarse la constitucionalidad misma, con la seguridad jurídica como principio constitucional, a fin de que el juzgador pueda determinar si la expulsión de la norma conduce a situaciones legales peores, por generar vacíos, o por vulnerar la libertad de configuración del Congreso como facultado para la expedición de las normas, generándose una “*aparente paradoja*” en la que se mantiene la vigencia de una norma inconstitucional, porque resulta más lesivo al ordenamiento y a los fines constitucionales, expulsarla del mismo.

Bajo estos parámetros el Tribunal colombiano considera en su jurisprudencia, que la modulación de efectos de las sentencias de inconstitucionalidad para dotarlas de una cierta constitucionalidad temporal, no es contradictoria, y en cambio se trata de una expresión del dinamismo de la justicia constitucional, que además no ha sido invento del Tribunal nacional, sino que se trata de una figura utilizada en diversos tribunales como el austriaco⁶⁵, el alemán⁶⁶, el español⁶⁷ o el italiano⁶⁸, que aun declarando incompatible una ley con las normas superiores, no la expulsa en forma inmediata para evitar traumatismos, principalmente relacionados a la generación de vacíos jurídicos.

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-737 de 2001.

⁶⁵ ERMACORA, Felix, “El Tribunal Constitucional Austriaco” en varios autores. Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp 274, 282 y 287.

⁶⁶ WEBER, Albrecht, “Alemania” en Eliseo Aja (Ed) Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual, Barcelona, Ariel, 1998, pp 77 y 78.

⁶⁷ JIMÉNEZ, Javier, “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en Eliseo Aja (Ed) Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual, Barcelona, Ariel, 1998, pp 112.

⁶⁸ Que lo denomina “Sentencias de Inconstitucionalidad Constatada” pero no declarada, de acuerdo a lo dispuesto por ROMBOLI, Roberto, “Italia” en Eliseo Aja (Ed) Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual, Barcelona, Ariel, 1998, pp 112.

No obstante, la modulación en el efecto diferido presupone que esta decisión sea la única alternativa para la defensa del ordenamiento superior, por lo cual los operadores judiciales no pueden sujetarse a criterios políticos o convenientes, y en cambio, su decisión debe evaluar los efectos asociados a sus decisiones, como consecuencias directas de los fallos de inexecutableidad, pues *“siempre que exista la posibilidad de excluir o mantener definitivamente una norma en el ordenamiento debe optarse por esta alternativa, pues ella genera mayor certidumbre y confianza en el sistema jurídico-constitucional. Sin embargo, en casos límites en los cuales quede claramente establecido el virtual efecto inconstitucional de un fallo, la Corte debe modularlo para garantizar la protección integral del orden constitucional.”*⁶⁹

En ese sentido, frente al caso concreto, la Corte consideró que las normas⁷⁰ referidas a la exclusión de áreas de actividad minera, principalmente, o el desarrollo de esta actividad de manera condicionada, eran disposiciones que intentaban armonizar la minería y los derechos constitucionales relacionados al goce de un ambiente sano, que hacen parte de un complejo de derechos presentes en la Constitución Política⁷¹, y que se han reconocido como *“Constitución Ecológica”*, haciendo que la protección al ambiente sea un criterio transversal e imperativo para el control constitucional.

A manera ilustrativa, el concepto de *Constitución Ecológica* señala el ambiente como objeto de protección y como principio fundamental, derecho y deber constitucional, y fue desarrollado a través de la Sentencia T-411 de 1992, en la cual se manifestó:

“ (...) de una lectura sistemática, axiológica y finalista surge el concepto de Constitución Ecológica, conformado por las siguientes 34 disposiciones:

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-221 de 1997.

⁷⁰ Artículos 3, 4, 8, 13 y 26 de la Ley 1382 de 2010, principalmente.

⁷¹ Sobre estos derechos, en Sentencia C-666 de 2010, se sintetizaron criterios, retomando lo dicho en Sentencia T-760 de 2007, según la cual: *“De entrada, la Constitución dispone como uno de sus principios fundamentales la obligación estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8). Adicionalmente, en desarrollo de tal valor, nuestra Constitución recoge en la forma de derechos colectivos (arts. 79 y 80 C.P) y obligaciones específicas (Art. 95-8 C.P) las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema. Con claridad en dichas disposiciones se consigna una atribución en cabeza de cada persona para gozar de un medio ambiente sano, una obligación Estatal y de todos los colombianos de proteger la diversidad e integridad del ambiente y una facultad en cabeza del Estado tendiente a prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución.”*

|| Preámbulo (vida), 2º (fines esenciales del Estado: proteger la vida), 8º (obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación), 11 (inviolabilidad del derecho a la vida), 44 (derechos fundamentales de los niños), 49 (atención de la salud y del saneamiento ambiental), 58 (función ecológica de la propiedad), 66 (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), 67 (la educación para la protección del ambiente), 78 (regulación de la producción y comercialización de bienes y servicios), 79 (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), 80 (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), 81 (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), 82 (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), 215 (emergencia por perturbación o amenaza del orden ecológico), 226 (internacionalización de las relaciones ecológicas, 268-7 (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), 277-4 (defensa del ambiente como función del Procurador), 282-5 (el Defensor del Pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente), 289 (programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente), 300-2 (Asambleas Departamentales y medio ambiente), 301 (gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y a circunstancias ecológicas), 310 (control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el ambiente y los recursos naturales), 313-9 (Concejos Municipales y patrimonio ecológico), 317 y 294 (contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales), 330-5 (Concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales), 331 (Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente), 332 (dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables), 333 (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), 334 (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano), 339 (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), 340 (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación), 366 (solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado).”

Al ser transversal el ambiente como valor constitucional, en las decisiones que impliquen la guarda de la misma Constitución, la existencia de vacíos que impliquen

un posible perjuicio ambiental, llaman la atención a la Corte Constitucional, que considera que esto conlleva a una situación gravosa e inaceptable, que implica la necesidad de modular los efectos de sus decisiones, inclusive manteniendo normas inconstitucionales dentro del ordenamiento jurídico.

El criterio de la Corte para el diferimiento de los efectos de la inconstitucionalidad de la norma, está basado en la intención del proyecto de Ley así como de la Ley misma, para armonizar la actividad minera con la protección del ambiente, en relación a lo cual afirma que su retiro inmediato implicaría consecuencias nocivas para la preservación de zonas ante el impacto ambiental por las labores de exploración y explotación minera.

3.1 ¿Vacíos Jurídicos?

La protección de los principios, derechos y deberes constitucionales, como motivo fundamental de la modulación de efectos de inexecutable de las normas, requiere, como se explicó, del análisis juicioso del operador judicial para determinar si en efecto el retiro inmediato de las disposiciones transgresoras genera mayores daños al ordenamiento jurídico. Por ello, para el caso que nos ocupa, la sola afirmación de que existieran vacíos jurídicos en temas de protección ambiental, introducidos por esta normativa, no era suficiente, y tendría la Corte que entrar a comparar la normatividad en la materia, en aras de determinar si en efecto la situación ameritaba diferir los efectos de su decisión.

Si bien la Ley 1382 de 2010 al reformar el Código de Minas incluía directamente disposiciones ambientales en el sistema normativo desarrollado para la administración, gestión y explotación de los recursos mineros del país, no significa que este Código no pudiera acudir a otras disposiciones legales, incluso de mayor jerarquía, a fin de armonizar la actividad minera, particularmente con la protección del ambiente. Inclusive, en artículo 4 del Código Minero (Ley 685 de 2001) se establece que la regulación general es la establecida en dicha normativa, pero que en

aplicación al artículo 84 superior⁷², ninguna autoridad, salvo la ambiental, puede exigir permisos, licencias o requisitos para el desarrollo de la actividad minera.

Es así como se tiene que los artículos 3, 4, 8, 13 y 26 de esta norma, que fueron aquellos que trataron temas ambientales, y en virtud de los cuales la Corte Constitucional dispuso que la norma no podría salir del ordenamiento jurídico, en realidad contaban con normas homólogas o similares dentro de otras disposiciones jurídicas, como se señala en el cuadro a continuación:

Cuadro No. 2 Disposiciones ambientales contenidas en normas distintas a la inexequible.

DISPOSICIÓN AMBIENTAL DE LEY 1382 DE 2010	DISPOSICIÓN AMBIENTAL EN NORMA DISTINTA
Art. 3. Exclusión de zonas para desarrollo de minería: Parques Naturales (nacionales y regionales), zonas de reserva forestal protectora y demás de reserva forestal, ecosistemas de páramo y	Parques Naturales: Protegidos constitucionalmente en Art. 63. A su vez el Código de Recursos Naturales (Decreto 2811 de 1974) en sus artículos 331 y 332, señala que las únicas actividades permitidas en los Parques son las de conservación, recuperación, control, investigación, educación, recreación y cultura. Por su parte en Art. 336 se prohíbe el desarrollo de cualquier otra actividad.
	Reservas Forestales: Art. 207 del Código de Recursos Naturales (Decreto 2811 de 1974) establece que las reservas solo pueden destinarse al aprovechamiento racional permanente de bosques, su recuperación y supervivencia y en

⁷² “**ARTICULO 84.** Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.” Constitución Política de Colombia.

<p>humedales en lista Ramsar, previamente delimitadas. Posibilidad de sustraer zonas de reserva forestal regional y de Ley 2 de 1959.</p>	<p>artículo 210 se señala que si por motivos de utilidad pública o interés social⁷³ deben realizarse otras actividades distintas, la zona de reserva debe ser delimitada y sustraída.</p>
	<ul style="list-style-type: none"> - Páramos: Art. 1 numeral 4 de Ley 99 de 1993 señala que páramos, subpáramos y otras zonas de recarga de acuíferos son objeto de protección especial. - La Corte Constitucional en Sentencia C-339 de 2002 señaló que los páramos no pueden ser objeto de actividades agropecuarias, o minero-energéticas, ni construcción de refinerías.
	<ul style="list-style-type: none"> - Humedales Ramsar: La Ley 357 de 1997 aprobó la “Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas”, en la que los Estados partes declararon la protección de estas zonas. - Resolución No. 0157 de 2004 del Minambiente, que señala en artículo 9 que los usos de los humedales son de conservación, rehabilitación o restauración.
	<p>Posibilidad de sustracción: La sustracción de zonas ambientalmente protegidas es función de la autoridad ambiental, según art. 31 numeral 16 de la Ley 99 de 1993. Las zonas de reserva forestal siempre</p>

⁷³ De acuerdo a la Ley 685 de 2001 o Código de Minas, la minería es una actividad de utilidad pública e interés social, en todas sus ramas y fase, por lo cual pueden realizarse a su favor las expropiaciones de propiedad y actividades necesarias para su ejercicio y eficiente desarrollo.

	han sido susceptibles de sustracción.
Art. 4 Elaboración de Plan Nacional de Ordenamiento Minero por parte del Ministerio de Minas, teniendo en cuenta directrices ambientales, en coordinación con Minambiente.	Sin norma homóloga. Actualmente reglamentada por el Decreto Ley 934 de 2013, surgido tras decaimiento de Ley 1382 de 2010.
Art. 8 Exigencia de licencia ambiental nueva o modificada, para los casos de integración de áreas para exploración o explotación minera.	El art. 107 de la Ley 685 de 2001 señala que para todos los programas de operaciones conjuntas de integración de áreas, los concesionarios y demás beneficiarios deben atenerse a las obligaciones ambientales (licencia ambiental)
Art. 13 Licencia ambiental para la etapa de construcción, montaje, o exploración cuando se requiera construcción de vías, con base en el Estudio de Impacto Ambiental.	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 34 de Ley 99 de 1993 establecía licencias para explotaciones mineras y de construcción de infraestructura vial, así como para permisos y concesiones de aprovechamiento forestal, a cargo de Minambiente y CAR según corresponda. Art. 54 de la misma norma otorga competencia a Minambiente para otorgar licencias ambientales a ejecución de proyectos de gran minería. - Art. 185 y 208 del Código de Recursos Naturales (Decreto 2811 de 1974) advierte que actividades mineras de construcción, ejecución de obras de ingeniería, excavaciones u otras deben tener estudios ecológicos desarrollados de acuerdo a normas de protección y conservación de suelos.
Art. 26 Delimitación de Distritos	Art. 248 y ss de Ley 685 de 2001 señalan

<p>Mineros Especiales con participación de actores locales (privados, sociedad y gobierno) para el desarrollo de minería en áreas estratégicas en contexto de desarrollo humano sostenible y equilibrio.</p>	<p>Proyectos Mineros Especiales definidos por el Gobierno Nacional a través de su autoridad de Minas y Energía, para el aprovechamiento racional. En Art. 249 promueve participación regional del sector privado y público, así como asociaciones y cooperativas.</p>
--	---

En ese entendido, se tiene claramente que a pesar de que existía normatividad desarticulada en los diversos Códigos y normativa tanto minera como ambiental, las normas ambientales taxativamente señaladas en la Ley 1382 de 2011, también se encontraban contenidas en otras disposiciones, que no habían sido cuestionadas en su constitucionalidad y que se encontraban, e incluso se encuentran en la actualidad, surtiendo efectos, de manera que no podía para entonces hablarse de la existencia de vacíos jurídicos reales.

4. Efectos prácticos de la inexecutable diferida y panorama actual

En este apartado se evaluarán dos momentos dentro del panorama surgido con ocasión de la declaratoria de inexecutable diferida de la Ley 1382 de 2010, el primero de los cuales nace inmediatamente después de modulados los efectos de la inconstitucionalidad, esto es: el establecimiento de cosa juzgada sobre la decisión de inexecutable y la imposibilidad de demandar la norma por nuevos cargos en acción pública de inconstitucionalidad, y el segundo de los cuales surge con posterioridad a la salida de esta norma del ordenamiento jurídico de manera definitiva, ante el cumplimiento del plazo otorgado por la Corte para sanear los vicios en su expedición o emitir una nueva normativa sin violaciones del debido proceso en esta materia, relacionadas a la reviviscencia de las disposiciones derogadas del Código de Minas (Ley 685 de 2001) y a la evidente desarticulación institucional entre las autoridades competentes para corregir la situación de inexecutable.

4.1 La cosa juzgada absoluta y la acción pública de inconstitucionalidad

Uno de los efectos de las sentencias de constitucionalidad generadas por la Corte Constitucional, es el tránsito que las decisiones adoptadas hacen a cosa juzgada, por ello en este apartado será importante primero abordar este concepto en sus aspectos generales, así como relacionarlo a las consecuencias que esta institución generó para otros valores constitucionales, en el caso particular de la Sentencia C-366 de 2011.

Cuando hablamos de cosa juzgada o *res iudicata*, tratamos de un atributo concedido por la ley a ciertas sentencias o providencias judiciales, para que adquieran un carácter definitivo, y representen así la autoridad y eficacia del sistema; esto equivale a decir que un evento específico ha sido objeto de decisión judicial. Para Couture, la cosa juzgada “es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla.”⁷⁴

Por disposición constitucional del artículo 243⁷⁵, las normas que han sido declaradas inexequibles⁷⁶ se rigen por la institución de la cosa juzgada, según la cual la Corte Constitucional, ha comparado la disposición estudiada con los contenidos superiores, concluyendo que existe incoherencia y transgresión de la primera contra los segundos, y en ese entendido no solo procede una decisión, sino que además, esta decisión es definitiva y no admite nuevos estudios, es decir, es inmutable.

Hablar en el ordenamiento jurídico colombiano, del principio de la cosa juzgada, es tener presente el principio fundamental de la seguridad jurídica, según el cual en cumplimiento al principio de *non bis in ídem*, no se puede ser juzgado doble vez por la misma causa. La seguridad jurídica y su relación con la institución de la cosa juzgada, ha sido tratada por la Corte Constitucional en múltiples ocasiones, señalando, por ejemplo, en Sentencia C-543 de 1992, que:

⁷⁴ COUTURE, Eduardo, Fundamentos del derecho procesal civil, Ed. B de F, 2002, p. 326.

⁷⁵ “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.”

⁷⁶ Así como todos los fallos que la Corte dicte en función de su control jurisdiccional.

“La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces. El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada.”

En Sentencia C-608 de 2012, la Corte señala frente a la institución de la cosa juzgada, algunas precisiones respecto de las competencias de los operadores judiciales y de la justicia en sí misma, así:

“La administración de justicia tiene la finalidad de contribuir a la resolución de conflictos sociales. Por esta razón las decisiones que adoptan los jueces, en tanto buscan poner punto final a una controversia, hacen tránsito a cosa juzgada, lo que significa que los fallos son inmutables, vinculantes y definitivos. Con fundamento en estas características, la Corte ha señalado que la institución de la cosa juzgada cumple al menos dos funciones: una negativa, que consiste en prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto, y una función positiva, que es proveer seguridad a las relaciones jurídicas.”

Esa apropiación de la Corte, responde a la teoría Kelseniana⁷⁷ en la que los Jueces de Tribunales especializados en materia constitucional, en la medida que se encuentran facultados para anular las leyes, podrían tener funciones legislativas negativas.

⁷⁷ KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, México, UNAM, 1979, PP 303-304.

Ahora bien, la cosa juzgada no opera de la misma manera en todas las providencias judiciales, aunque se reconoce que su efecto principal es dotar de seguridad e inmutabilidad las decisiones de los operadores, por lo que puede reconocerle un efecto tanto formal como material. Así, a la prevención de estudio doble de los casos, puede conocerse como *cosa juzgada formal*, y bien, la existencia de un tipo de cosa juzgada desde el ámbito de lo formal, por supuesto implica que haya materialmente otro tipo de sustentos para esta misma figura⁷⁸, en el entendido que no se trata de un concepto estático⁷⁹, por lo que precisamente, para el ejercicio de control, se reconoce el concepto de *cosa juzgada material*, relacionado a la existencia de una situación concreta, en relación a la cual existen contenidos normativos enfrentados⁸⁰, que pueden manifestarse de distintas maneras, por lo que el estudio del juzgador puede hacerse una vez, sin que necesariamente sea imposible realizar un nuevo estudio a la disposición, por nuevas situaciones.

Asimismo, respecto de los elementos de la cosa juzgada, en el ordenamiento jurídico colombiano, Nisimblat⁸¹ señala que para poder invocar este principio, un mismo proceso debe contener cuatro elementos idénticos y concurrentes, a fin de determinar que en efecto se trata de un mismo caso y no de uno nuevo con algunas similitudes de uno previamente tratado, a saber: i) identidad de partes, ii) identidad de objeto, iii) identidad de causa, e iv) identidad de jurisdicción. En ese sentido, de no concurrir las cuatro situaciones, aunque se trate de una misma norma siendo demandada, no podría decirse que existe el fenómeno de cosa juzgada.

En materia constitucional, en cambio, a pesar de valorarse los preceptos materiales y formales de la institución de la cosa juzgada, se ha establecido por parte de la Corte⁸², que esta se configura bajo dos requisitos, el primero: que se proponga estudiar el mismo contenido normativo, de la misma proposición ya estudiada previamente, y el segundo: que el estudio propuesto se haga bajo las mismas circunstancias, incluyendo tanto el referente constitucional, como la norma vulnerada

⁷⁸ Pasando también de la misma declaración que hace la Constitución Política en su artículo 228, según el cual hay preponderancia del derecho sustancial sobre el formal.

⁷⁹ CAMMAERT, Felipe, “¿Juzgada, “La Cosa Constitucional”? Análisis crítico de dos sentencias de la Corte”, *Revista de Derecho Público*, No. 7, febrero de 1997, pp 171.

⁸⁰ *Ibíd.*, pp 172.

⁸¹ NISIMBLAT, Nattan, “La Cosa Juzgada en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana y el principio del Estoppel en el Derecho Anglosajón”, *Vniversitas*, No. 118, enero-junio de 2009, pp 252.

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-228 de 2009.

estudiada previamente. Así, si se presentan esas dos situaciones, la Corte está en deber de estarse a lo previamente resuelto.

Esta situación fue traída nuevamente por la Corte, que a través de Sentencia C-061 de 2010, señaló no sólo que en el ámbito constitucional no se entienden varias clases de cosa juzgada, sino que hay supuestos relacionados al cumplimiento de requisitos de exequibilidad. En ese entendido:

“(...) A lo largo del estudio del fenómeno de Cosa Juzgada en materia de control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte, se ha avanzado en el sentido de entender que en realidad no existen varias clases de cosa juzgada, sino distintos supuestos alrededor del cumplimiento de los dos requisitos mencionados. Por ejemplo, cuando la sentencia anterior ha declarado una exequibilidad, si se cumple (i) y no (ii), quiere decir que no hay cosa juzgada, y se presenta la situación que la Corte antiguamente llamó cosa juzgada relativa. Pero, lo anterior resulta contradictorio porque se afirma que no hay cosa juzgada, y a la vez que sí hay, pero relativa. Otras nociones como “cosa juzgada absoluta” y “cosa juzgada material”, tienden a confundir su efecto práctico, consistente en que la cosa juzgada en sí misma genera la prohibición de volver a estudiar una determinada disposición normativa, y la consecuente obligación de estarse a lo resuelto. Esto quiere decir que no hay distintos grados para la aplicación de esta prohibición y obligación; o se aplica o no se aplica.”

Así, los efectos de la cosa juzgada en materia constitucional serían o relativos o absolutos, es decir que siempre operaría frente a sus pronunciamientos la cosa juzgada, pero que dependiendo el estudio hecho por la Corte, y la presentación de nuevos cargos contra una misma norma, sería posible la aplicación de una cosa juzgada relativa, para poder conocer nuevamente del problema puesto a su conocimiento.

La forma en la que se realiza la definición (absoluta vs relativa) de la cosa juzgada, no ha sido sin embargo decantada por la Corte Constitucional, aunque las sentencias

deban señalar sus efectos, por disposición legal, muchas veces en este punto en particular, debe partirse de interpretaciones, en tanto no se presenta taxativamente⁸³. Esta falta de desarrollo en lo que concierne a la relativización de la cosa juzgada, hace que las sentencias de inconstitucionalidad proferidas por la Corte, tengan inmediatamente un efecto de cosa juzgada absoluta, sin que fuera la excepción la Sentencia C-366 de 2011 en la que se decidió diferir los efectos de la inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010.

El caso que nos ocupa es un ejemplo nutrido de lo que es la cosa juzgada absoluta para la Corte Constitucional, con respecto a sus pronunciamientos, y particularmente aquellos que difieren en el tiempo los efectos de la inexequibilidad de la norma, pues se tiene que la Ley 1382 de 2010, declarada inexecutable el once (11) de mayo de 2011 mediante Sentencia C-366 de 2011, fue demandada después de su inexequibilidad formal y diferida, cuatro (04) veces más, profiriéndose así tres (03)⁸⁴ sentencias⁸⁵ respecto a las demandas formuladas, en las cuales la Corte se atuvo a lo resuelto en Sentencia C-366 de 2011, a pesar de que los motivos fundantes de esta decisión fueron procedimentales, es decir formales, y no sustanciales, como los cargos que se pusieron en conocimiento en una (01) de las cuatro (04) demandas elevadas posteriormente.

Para ilustrar esta situación, en el cuadro a continuación se señalan las demandas formuladas contra esta norma mediante acción pública de inconstitucionalidad, así como las disposiciones acusadas y la decisión de la Corte Constitucional, que puede dar cuenta de una clara afinidad por el establecimiento de una cosa juzgada absoluta, sin tener en cuenta presupuestos antes trabajados⁸⁶ por el mismo Tribunal respecto de la posibilidad de relativización de dicha institución.

⁸³ Así, la Sentencia C-729 de 2009 señaló al respecto, que *“cuando en ninguna parte de una sentencia expresamente se aclara el punto referente a la cosa juzgada, pero de la parte motiva es posible advertir referencias suficientes para entender que la Corte limitó su análisis exclusivamente a los cargos planteados en la demanda, o que el examen de la norma acusada se circunscribió a su confrontación con determinados preceptos constitucionales, debe entenderse que la cosa juzgada no fue absoluta, como a primera vista podría parecer, sino relativa implícita (...)”*.

⁸⁴ Teniendo en cuenta la acumulación de dos en un solo trámite.

⁸⁵ Esto se constata en la página de la Secretaría General de la Corte Constitucional, en la que figuran los procesos y las sentencias expedidas respecto de cada uno, a saber: C-423 de 2012, C-027 de 2012, y C-367 de 2011.

⁸⁶ Por ejemplo en la citada Sentencia C-061 de 2010.

Cuadro No. 3 Demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010 después de la Sentencia C-366 de 2011

Sentencia	Demandante	Proceso	Fecha	Disposiciones acusadas y motivación	Decisión
Sentencia C-367 de 2011	Guillermo León Henao Gómez.	D-8277	11 de mayo de 2011.	La totalidad de las disposiciones contenidas en la Ley 1382 de 2010 por considerarla violatoria a los artículos 1, 2, 3, 4, 7, 9, 13 40, 93, 329 y 330 de la Constitución Política de Colombia. Así como los arts. 6, 7, 13 y 15 del Convenio 169 de la OIT, básicamente por la violación al derecho fundamental a la consulta previa.	Estar a lo resuelto en la Sentencia C-366 de 2011, declarada inexecutable por los mismos cargos, bajo el entendido que se trata de cosa juzgada constitucional.
Sentencia C-027 de 2012	Felipe Ortega Escovar y Yesid Rojas Neira	D-8385 y D-8390	27 de enero de 2012.	La totalidad de las disposiciones contenidas en la Ley 1382 de 2010, por considerarla violatoria de los artículos 95, 123, 151, 157, 165, 166, 167, 167 y 330 de la Constitución Política, en la medida que en el trámite de la norma se evidenciaron discrepancias entre las Cámaras, así como objeciones presidenciales, que no fueron tramitadas en término ni mediante el procedimiento establecido para ello, y especialmente porque la norma fue sancionada sin que tuviera el quorum	Estar a lo resuelto en la Sentencia C-366 de 2011, teniendo en cuenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional absoluta.

				necesario.	
Sentencia C-423 de 2012	Mónica Alexandra Jiménez Amorocho ⁸⁷	D-8858	06 de junio de 2012.	<p>Se demandó artículo 3 de la Ley 1382 de 2010 y su parágrafo 1, por considerarlo violatorio de los arts. 2, 4, 80 y 334 de la Constitución Política, en la medida que viola fehacientemente el principio de desarrollo sostenible, el principio de seguridad jurídica, irretroactividad de la ley, derechos adquiridos y derecho a la igualdad.</p> <p>Se hizo advertencia en que <i>“lo fundamental ahora es que la Corte Constitucional se pronuncie sobre las materias demandadas, toda vez que como ese tribunal lo reconoció, la Ley 1382 de 2010 contiene reformas puntuales al Código de Minas, las cuales aún bajo la inexecuibilidad de que fue objeto la ley, están en vigencia y no han sido debatidas en su constitucionalidad.”</i></p>	Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-366 de 2011, bajo presupuesto de la cosa juzgada constitucional absoluta.

⁸⁷ Esta acción fue presentada por la suscrita estudiante, y de allí, en forma anecdótica, la advertencia de lo que sería posteriormente el problema de esta investigación.

Ahora bien, frente a los casos señalados, es de aclarar que el primero de ellos básicamente ataca con los mismos cargos de la demanda que suscitó la inconstitucionalidad de la norma, la integridad de la Ley 1382 de 2011. Se trata de una sentencia proferida el mismo día que la C-366 de 2011, y la Corte al relacionar la existencia de cosa juzgada constitucional, lo hace teniendo en cuenta la identidad de cargos, lo que se hace explícito en la valoración del problema, cuando se establece que:

*“Como la Ley 1382 de 2010, ya fue analizada por esta Corporación en relación con los mismos cargos que consisten en la omisión de la garantía del derecho de consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes, es claro que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, y por lo tanto debe la Corte limitarse a disponer en la parte resolutive, **estarse a lo resuelto en la Sentencia C-366 de 2011**, que declaró la inexecutable de la Ley 1382 de 2010 “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”.*

Esta situación no es aplicable sin embargo para las Sentencias C-027 y C-423 de 2012, que aunque bajo presupuestos diferentes, recibieron el mismo tratamiento. Así las cosas, la primera de ellas, relacionada a vicios formales de la expedición de la Ley 1382 de 2011, resolvió estarse a lo resuelto a la Sentencia C-366 de 2011 acogiendo la existencia de cosa juzgada constitucional absoluta, sin embargo, contrario a lo ocurrido con la Sentencia C-367 de 2011, no se hizo precisión alguna sobre los cargos, pudiendo al menos decirse que se trataba de vicios igualmente formales, y que en atención a ello resultaba inficioso un nuevo estudio de inconstitucionalidad.

La argumentación de la Corte para dotar de efectos absolutos a la cosa juzgada en materia constitucional, respecto de normas inexecutable que se modulan en el efecto diferido, desarrollada por esta sentencia, refiere que la vigencia en el tiempo de una norma declarada inexecutable (haciendo alusión a la Ley 1382 de 2011), no significa per se que la norma no haya sido objeto de control constitucional y que sea posible un nuevo pronunciamiento hacia nuevas demandas de inconstitucionalidad presentadas durante el término de su vigencia, inclusive si los motivos invocados resultan distintos a los ya analizados. Como elemento adicional, la Corte considera

que eventualmente la norma saldrá del ordenamiento jurídico una vez cumplido el plazo concedido, por lo cual no puede ni declararse nuevamente exequible, revirtiendo la decisión, ni dotar de inmediatez la inexequibilidad, porque significaría revocar la decisión inicial de diferir los efectos de la norma.

Por otra parte, y pese a la advertencia en la demanda, de estar frente a cargos no sólo nuevos sino sustanciales, distintos a los que generaron la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010, en la Sentencia C-423 de 2012 la Corte Constitucional señaló que no estimaba necesario un cambio de precedente en relación a la cosa juzgada, puesto que ya había diferido los efectos de la norma, que saldría del ordenamiento en el término de dos años, y así, se reiteraba en que *“en estos casos no es viable analizar demandas de inconstitucionalidad contra leyes que hayan sido declaradas inconstitucionales, siendo lo procedente disponer estarse a lo resuelto en la sentencia de inexequibilidad cuyos efectos se hayan diferido.”*

Así, la posibilidad de relativizar la institución de la cosa juzgada no fue contemplada, aunque bien hay que anotar, como se estudiará en apartado posterior y con el fin de conformar posturas doctrinales de la misma Corte que se aproximan a la solución de esta problemática, que en esta Sentencia se presentaron dos aclaraciones de voto, en favor de un cambio de precedente para el estudio de constitucionalidad de normas inexequibles en el efecto diferido.

Así, y a manera de conclusión, queda claro que uno de los efectos prácticos de la declaratoria de inexequibilidad de la norma en cuestión, en el efecto diferido, fue el de mantener una norma declarada inconstitucional vigente, sin que contra ella pudieran elevarse acciones públicas de inconstitucionalidad⁸⁸ por parte de los ciudadanos, o al menos no acciones que puedan prosperar con respecto a sus pretensiones, en el entendido que frente a estos casos, la Corte maneja la institución de la cosa juzgada absoluta, significando la inmutabilidad y permanencia en el tiempo de su decisión.

⁸⁸ Teniendo en cuenta que el Art. 242 de la Constitución Política señala que en los procesos que adelante la Corte Constitucional, *“cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.”*

Esta línea jurisprudencial de aplicación de la cosa juzgada, deja claro que la Corte no recibe el concepto de relativización de la cosa juzgada, ni siquiera bajo el presupuesto de que la inconstitucionalidad de una norma haya sido meramente formal y no material, lo que implica que se mantenga vigente en el tiempo, y que las disposiciones que siguen rigiendo no puedan ser demandadas por su contenido sustancial, pese a que ya esté claro que poseen vicios formales en su expedición.

En consecuencia, las normas contenidas en disposiciones inexecutable en el efecto diferido que riñen con la Constitución, producirían plenos efectos en el tiempo que dure su vigencia, sin que se cuente con un mecanismo de control hacia ellas, haciendo también que la institución de cosa juzgada presente efectos paradójicos, pues de un lado no sólo protegería la seguridad jurídica, como es su fin fundamental, sino que impediría la salida anterior⁸⁹ del ordenamiento, de aquellas disposiciones inconstitucionales e inexecutable en efecto diferido, lo que a su vez podría ocasionar mayores lesiones al ordenamiento jurídico.

4.2 La reviviscencia de las disposiciones de la Ley 685 de 2001

La Ley 153 de 1887 dispone que una ley derogada no revive por haberse abolido la ley que la derogó, sino que recobra su fuerza en cuanto aparezca nuevamente reproducida en una ley nueva. Sin embargo, teniendo en cuenta los efectos jurídicos pregonables de las decisiones de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional, el mismo Tribunal se ha manifestado sobre la posibilidad de reincorporación o reviviscencia de normas derogadas, y la oportunidad para declararla.

La línea jurisprudencial⁹⁰ producida por la Corte Constitucional respecto del fenómeno de la reviviscencia, parte de la Sentencia C-145 de 1994, con la cual señala que la

⁸⁹ Es decir, previo cumplimiento del término otorgado por la Corte en la modulación de efectos de inconstitucionalidad diferida.

⁹⁰ OSPINA, Juan, Reviviscencia de Normas Derogadas. ¿La declaratoria de inconstitucionalidad o inexecutable de una norma genera la reviviscencia “ipso iure” de las disposiciones por esta derogadas?, documento electrónico disponible en:

declaratoria de inexecutable tiene por efecto restaurar las normas que habían sido derogadas por la norma saliente, siempre que estas no contraríen también la Constitución. Adicionalmente, señala que la no restauración de una norma que fue derogada por una inexecutable, hace parte del control eficaz de la Corte, y así, de la salvaguarda constitucional.

A través de la Sentencia C-402 de 2010, la Corte realizó la consolidación de línea respecto del fenómeno de la reviviscencia de normas, reconociendo que anteriormente esta operaba de manera automática o inmediata, y abandonando esta tesis, al condicionar los eventos en los cuales era posible que esta surgiera. De esta manera, condiciona la reviviscencia a un estudio, en el cual la Corte debe develar: *“i) la necesidad de establecer el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica en el caso concreto; y ii) la garantía de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, lo que remite a la obligatoriedad de la reincorporación cuando el vacío normativo que se generaría sin ella involucraría la afectación o puesta en riesgo de los mismos.”* Asimismo, la oportunidad para la declaratoria de la reviviscencia, aunque no está reglamentada, usualmente se ha hecho por la Corte en las mismas sentencias declaratorias de inexecutable.

El alcance de la reviviscencia cuando la Corte no ha señalado si esta entra a producir efectos, es decir, si se revive la norma derogada por otra inexecutable, fue ampliado mediante Sentencia C-251 de 2011, en la cual la Corte manifestó respecto de un caso puesto a su conocimiento, que si bien no había sido tratado este asunto, su procedencia debía ser analizada, a fin de determinar la existencia de un posible vacío jurídico, ante lo cual, en aras de garantizar los principios de justicia y seguridad jurídica, la reviviscencia podría tener alcance.

La reviviscencia es un fenómeno inclusive contemplado desde la teoría kelseniana, en la que a fin de relativizar el rol de *legislador negativo* de los Jueces, y evitar los vacíos jurídicos de la anulación de plano, se *“postula la posibilidad de facultar a dicho Tribunal para establecer conjuntamente con la resolución que anula una norma, que*

<http://www.filosofiadelderechocolombia.net/2013/04/reviviscencia-de-normas-derogadas-por.html>, acceso el 12 de marzo de 2016.

*las disposiciones generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor”.*⁹¹

Para el caso concreto, inicialmente, la modulación de los efectos con la figura de inexecutable diferida, tenía como propósito fundamental el de garantizar una mayor protección al medio ambiente, con las disposiciones que la Ley 1382 de 2011, aún inconstitucional por vicios de forma, establecía como más favorables, en comparación con la Ley 685 de 2001 que reformaba.

El panorama actual nos enfrenta al fenómeno de la reviviscencia jurídica y paradójicamente, al retiro inmediato del ordenamiento jurídico, de las normas consagradas en la Ley 1382 de 2010, que protegían páramos y humedales, ampliaban facultades a las autoridades ambientales respecto de la actividad minera, entre otras⁹².

Tras la caída⁹³ de la Ley 1382, se generó el reintegro de las disposiciones derogadas o modificadas por la misma, que estaban contenidas en la Ley 685 de 2001, o Código de Minas, situación que aunque no fue taxativamente señalada en la sentencia de inconstitucionalidad como uno de los efectos posteriores de la salida de la norma, en el entendido que se esperaba que sus vicios fueran saneados, fue acogida por la Autoridad Minera.

La misma Agencia Nacional de Minería, como autoridad máxima de la gestión de los recursos mineros del país, ha reconocido la existencia de este fenómeno para el caso concreto de la inexecutable de la Ley 1382 de 2010⁹⁴, aplicando los criterios de la

⁹¹ KELSEN, Hans, citado en VARGAS, Clara Inés, “La función creadora del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 32, No. 92, 2011, pp 16.

⁹² RAZÓN PÚBLICA, *Resurrección del viejo Código de Minas*, documento electrónico disponible en: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3735-resurreccion-del-viejo-codigo-de-minas.html>, acceso el 13 de octubre de 2015.

⁹³ ÁMBITO JURÍDICO, *Normativa minera tras la caída de la Ley 1382: más dudas que certezas*, documento electrónico disponible en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130531-07_la_normativa_minera_tras_la_caida_de_la_ley_1382_mas_dudas_que_noti-130531-07_la_normativa_minera_tras_la_caida_de_la_ley_1382_mas_dudas_que_.asp acceso el 13 de octubre de 2015.

⁹⁴ Según da cuenta el oficio No. 20131200244681 de 16 de septiembre de 2013, por medio del cual responde un derecho de petición.

Corte Constitucional, particularmente lo dicho en Sentencia C-402 de 2010, que señala:

“La declaratoria de inexecutable de una norma implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas siempre que ello se requiera para asegurar la supremacía del texto fundamental. Para la Corte, esto es así en cuanto una declaratoria de inexecutable conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma que ha sido encontrada contraria a la Carta y ante ello se debe determinar el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica y establecer si el fallo tiene efectos únicamente hacia futuro o si también cubre situaciones consolidadas en el pasado.”

Este pronunciamiento, acogido por la Autoridad minera, señala también que aunque la Corte inicialmente asumió la reviviscencia automática, es decir, la reincorporación de normas derogadas por una que fue declarada inexecutable, con posterioridad esta postura fue evolucionando para establecerse condiciones en las cuales esta reincorporación procede, referidas a la existencia de vacíos que riñen con principios constitucionales.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional para la fecha de salida del ordenamiento jurídico, de las disposiciones contenidas en la Ley 1382 de 2010, no había ni saneado los vicios de forma que generaron la inconstitucionalidad, ni expedido otra norma siguiendo el debido proceso, se estaría inminentemente ante la existencia de vacíos jurídicos⁹⁵, lo que hiciera necesario revivir las disposiciones anteriormente derogadas.

⁹⁵ En materias distintas a las ambientales, pues, como se expuso previamente, no puede decirse que hayan realmente vacíos jurídicos en cuanto a las normas ambientales, aunque sea cierto que estas no se encontraban dispuestas taxativamente en las normas mineras.

4.2.1 Exhortos y saneamiento de vicios

La reviviscencia de la normativa inicialmente derogada, no es pues el único efecto que tiene la salida definitiva de las disposiciones de la Ley 1382 de 2011. En cambio, las recomendaciones de la Corte a las autoridades competentes, fueron desatendidas⁹⁶, promoviéndose los Decretos 933, 934, 935 y 943 de 2013, con los cuales se pretendió fijar parámetros para el desarrollo de la actividad minera. Estos Decretos fueron expedidos con fundamento en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, según el cual el Presidente de la República en su función de Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, puede ejercer potestad reglamentaria y expedir Decretos, Resoluciones y órdenes que sean necesarios para el cumplimiento de las Leyes, en este caso, la Ley 685 de 2001 o Código de Minas.

La caída de la norma, conllevó a que el Gobierno Nacional expidiera cuatro Decretos⁹⁷ para regular algunos aspectos que contenía la norma expulsada, como la reglamentación del programa de formalización minera, la reiteración de no limitantes a la actividad minera por parte de autoridades regionales o locales, el establecimiento de requisitos que demuestren capacidad económica de los concesionarios, entre otros. El objeto de dichas disposiciones puede observarse en el cuadro a continuación:

Cuadro No. 3 Decretos expedidos para reglamentar actividad minera tras caída de Ley 1382 de 2011

NORMA	OBJETO
Decreto 933 de 2013	<i>“Por el cual se dictan disposiciones en materia de formalización de minería tradicional y se modifican unas definiciones del Glosario Minero”</i> Se define la minería tradicional como la ejercida por personas naturales o grupos de personas sin título inscrito en el Registro Minero Nacional, que por sus características y la ubicación del yacimiento,

⁹⁶ Aunque se pidiera a la Corte un plazo adicional para realizar la consulta previa, teniendo como motivos la imposibilidad de realizar los procedimientos de consulta en el periodo conferido de dos años.

⁹⁷ Decretos Leyes No. 933, 934, 935 y 945 de 2013 de la Presidencia de la República.

	constituyen la fuente principal de manutención y generación de ingresos.
Decreto 934 de 2013	<i>“Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001”</i> (Zonas excluidas y restringidas de minería) Se define la competencia para su definición y establecimiento a cargo de las autoridades minera y ambiental, con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales, en aplicación del desarrollo sostenible.
Decreto 935 de 2013	<i>“Por el cual se reglamentan los artículos 271, 273 y 274 de la Ley 685 de 2001”</i> (Determinación de áreas libres para otorgamiento, soporte de estimativos de inversión por parte de proponentes, diligenciamiento de propuestas)
Decreto 943 de 2013	<i>“Por el cual se reglamentan los artículos 74, 75, 76 y 77 de la Ley 685 de 2001 y 108 de la Ley 1450 de 2011”</i> . (Prórrogas de la etapa de exploración y explotación)

Estas normas, proferidas por la Presidencia de la República, no fueron tampoco consultadas previamente⁹⁸ con las comunidades étnicas, lo cual podría implicar que su trámite nuevamente insiste, casi intencionalmente, en la transgresión de las disposiciones constitucionales de protección de derechos colectivos, fundamentalmente aquellos relacionados a la preservación y participación de las comunidades étnicas.

La justificación del ejecutivo para no realizar la consulta en estos temas, fue aducir que al tratarse de Decretos Reglamentarios de la Ley 685 de 2001, la cual había sido

⁹⁸ ÁMBITO JURÍDICO, *Normativa minera tras la caída de la Ley 1382: más dudas que certezas*, documento electrónico disponible en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130531-07_la_normativa_minera_tras_la_caida_de_la_ley_1382_mas_dudas_que_noti-130531-07_la_normativa_minera_tras_la_caida_de_la_ley_1382_mas_dudas_que_.asp acceso el 13 de octubre de 2015.

consultada con las comunidades, no era necesario adelantar nuevamente el trámite de la consulta⁹⁹, por lo cual podrían rendir plenos efectos.

4.3 La desarticulación institucional

La Constitución Política establece en su artículo 113 que las ramas del poder público, legislativa, ejecutiva y judicial, aunque tienen funciones independientes, deben colaborar armónicamente para realizar sus fines. Esta independencia es una expresión del principio de separación de poderes, constituido como límite al poder, pero también como expresión del poder en sí mismo¹⁰⁰, así, tenemos que:

“(...) en su esencial esfera – como límite al poder- implica que competencialmente el ejercicio del exceso de poder se encuentra proscrito porque éste es sinónimo de arbitrariedad, por lo cual el Estado de Derecho cuenta con un sistema de pesos y contrapesos para su funcionamiento. Es la idea que estaba en Locke y que Montesquieu consagraba tras la creación de los tres poderes clásicos. “Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder.”

Pero, asimismo – en su segundo prisma-, cada poder constituye una función que le es propia, esa función genera una institución que la identifica en razón de su finalidad. De modo que es inherente a ese poder el ejercicio de la atribución que, parafraseando a Montesquieu, por disposición de las cosas, le corresponde”.¹⁰¹

Así las cosas, el legislativo tendría el poder de proferir las normas, el ejecutivo de materializar las disposiciones contenidas en ellas, y el judicial tendría la tarea de conocer y resolver de las situaciones problemáticas generadas por la aplicación de las normas, bien por las autoridades ejecutivas, o bien por que la norma en sí misma

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ PEREDO, Marcela, “El Margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto. Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés y del Tribunal Constitucional Alemán”, *Estudios Constitucionales*, No. 2, 2013, pp. 58.

¹⁰¹ *Ibíd.*

representa contradicciones y violaciones al esquema constitucional en el que la Carta Política es norma de normas.

En este sentido, es importante traer el exhorto de la Sentencia C-366 de 2011, con el que la Corte intenta respetar la libertad de configuración del legislador, principalmente, para que: *“(...) tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, den curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas, previo el agotamiento de un procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del artículo 330 de la Carta Política.”*

Esta decisión de la Corte, para respetar los mandatos constitucionales, específicamente los que establecen la competencia de cada rama del poder público, reconoce la libertad de configuración del legislador, según la cual, en este caso al Congreso de la República, le asisten funciones deliberativas para la creación de normas, en amparo a la legitimidad democrática¹⁰². Como la decisión del legislador debe determinarse libremente, sin que existan injerencias de otros sectores, como por ejemplo del judicial en los casos de órdenes proferidas en el marco de sentencias de inconstitucionalidad, no se trata en estricto sentido de una orden, pero sí de un intento armónico por remitir problemas jurídicos a la autoridad competente para que esta los resuelva de acuerdo a sus funciones.

Ahora bien, que exista separación de poderes y libertad de configuración al legislador, no significa que sus actos no sean objeto de control, y esta es la razón de la intervención judicial, por ejemplo mediante el estudio de la constitucionalidad de normas. Sin embargo, los exhortos no tienen la posibilidad de seguimiento, y la competencia de la Corte Constitucional, solamente llega hasta la buena voluntad que tenga el legislador para acatar sus recomendaciones.

Como se expuso brevemente en la introducción, pasado el término de vigencia de la Ley 1382 de 2010 para que el Legislativo y el Ejecutivo sanearan los vicios de procedimiento de la norma, estos no habían realizado gestión alguna para garantizar

¹⁰² *Ibíd.* pp. 59.

la consulta previa de las comunidades étnicas, que se entendió como requisito formal, reconociendo que se trata de una garantía sustancial para la pervivencia de las mismas y de su territorio. Cumplido el término, existió un acercamiento de las entidades exhortadas para solicitar a la Corte un mayor plazo, alegando que dos (02) años no eran suficientes para realizar la tarea de consulta previa a todas las comunidades étnicas del país.

En respuesta a la solicitud, el alto Tribunal mediante Auto 078 de 2013, señaló su imposibilidad, teniendo en cuenta que la sentencia proferida no contenía una orden judicial al Gobierno o al Congreso, en tanto esto “*desconocería el principio de separación de poderes, así como la autonomía e independencia que la Constitución confiere al Ejecutivo y al Legislativo*”, y adicionalmente, que la Corte únicamente había concedido un plazo de saneamiento, sobre el cual no tiene competencia para la modificación, ya que el asunto “*está sometido a los efectos de la cosa juzgada constitucional*”¹⁰³.

En ese sentido, se evidencia que la independencia de las ramas del poder público, y el respeto de la Corte Constitucional por la libertad de configuración del legislador, sirvió de base para que no se tomara ninguna medida correctiva para articular las funciones de cada una con los fines del Estado, por ejemplo, la realización de medidas de consulta previa como garantías de protección a las comunidades étnicas. Así, los derechos fundamentales y bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento superior, no sirvieron de límite o guía a las potestades de ninguna de estas autoridades.

Además, no solo el no cumplimiento de las recomendaciones dadas por la Corte pueden dar cuenta de la ausencia de articulación para el cumplimiento de los fines del Estado, sino también la acción del Gobierno Nacional, para proferir nuevamente algunas de las disposiciones decaídas tras la salida del ordenamiento jurídico de la Ley 1382 de 2010, a través de cuatro decretos reglamentarios, que inclusive tratando situaciones directamente relacionables a las comunidades étnicas, tampoco fueron consultados.

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 078 de 2013.

Capítulo II. Instrumentos para evitar lesiones a los bienes constitucionales con la modulación de efectos

Como se evidenció y caracterizó en el capítulo primero de esta investigación, la modulación de los efectos de inexecutable de la Ley 1382 de 2010, mediante sentencia C-366 de 2011, lejos de cumplir su cometido, para mantener en el ordenamiento normas que tendían a proteger bienes jurídicos fundamentales como el ambiente, generó gran inestabilidad jurídica, al no cumplirse primero por parte del Gobierno Nacional los requerimientos de la Corte para efectuar la consulta previa relacionada, decaer la norma sostenida temporalmente en el ordenamiento jurídico, revivir las disposiciones derogadas por la norma inexecutable, y con posterioridad y sobre la misma materia, haberse expedido normas de reglamentación relacionadas a las derogadas.

En ese entendido, en este apartado se pretende realizar algunas aproximaciones para la solución del problema jurídico, tales como la apropiación del efecto que generalmente tienen las sentencias de inconstitucionalidad, es decir la expulsión del ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales, o bien, la relativización de la cosa juzgada, y en consecuencia, la aceptación de mecanismos de control a normas inexecutables en efecto diferido, tales como la acción pública de inconstitucionalidad, y por último, la acción organizada de las instituciones del Estado a través de la aplicación del principio de colaboración armónica, o inclusive, mediante el rol activo de los Jueces Constitucionales.

1. La expulsión automática de las normas inexecutables y la modulación de efectos como instrumento “verdaderamente” excepcional.

En los eventos en los que una norma resulta contraria a la Constitución, y esta situación haya sido evidenciada y declarada mediante la inexecutable, la transgresión al ordenamiento implica el retiro inmediato de la norma, para garantizar

la supremacía constitucional, y evitar que se materialicen situaciones vulneradoras de derechos o principios superiores. Dicho retiro resulta ser la primera opción que debe tener la Corte, y la de aplicación general, bien se dijo en la Sentencia C-221 de 1997, ya reseñada, que ante la posibilidad de excluir definitivamente una norma en el ordenamiento, debe optarse por esta alternativa “*pues ella genera mayor certidumbre y confianza en el sistema jurídico-constitucional.*”

En la teoría Kelseniana¹⁰⁴ en que la soberanía de la Constitución es norma fundante del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional es el encargado de adaptar las normas producidas por el legislativo, a fin de que estas estén en armonía con la norma cabeza del sistema, es necesario que el control de constitucionalidad tenga un efecto de alto impacto, en el cual la norma que se declare inconstitucional se expulse del ordenamiento con efecto erga omnes, consolidándose el Tribunal como un *legislador negativo*, retirando así las disposiciones que contrarían la Carta Política.

La Corte Constitucional colombiana, no se encuentra facultada para expedir normas¹⁰⁵, pero en cambio sí para excluirlas del ordenamiento jurídico, y mediante este mecanismo de exclusión es que tiene sentido que las normas contrarias a la Constitución sean expulsadas y se constituya un rol negativo como legisladora¹⁰⁶.

Sin embargo, como ya se señaló previamente, no es desconocida ni rebatida la posibilidad de que el retiro inmediato de las normas, pueda causar vacíos que generen daños a los bienes jurídicos protegidos dentro de un ordenamiento constitucional, y que ante este panorama, la Corte pueda modular los efectos de sus sentencias; el mismo Kelsen defiende la conveniencia de diferir los efectos de la anulación hasta tanto expire un determinado plazo para reglamentar la materia, a lo que definió como un rol de *legislador interino*.¹⁰⁷

¹⁰⁴ KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Madrid, Tecnos, 2000.

¹⁰⁵ Pese a ello, en aras de garantizar la protección de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, ocasionalmente en sus sentencias de constitucionalidad señala los términos de exequibilidad condicionada, por ejemplo, para ampliar o limitar el espectro de aplicación de disposiciones normativas atacadas en su constitucionalidad.

¹⁰⁶ VARGAS, Clara Inés, “La función creadora del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 32, No. 92, 2011, pp 15.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, pp. 16.

Aunque se reconozca la posibilidad de modulación de efectos con fines de protección del ordenamiento, por generarse vacíos jurídicos que generarían mayores daños, esta situación no puede darse de manera caprichosa o inmediata, puesto que la determinación de vacíos reales, debe surtirse minuciosamente, de lo contrario no es posible para la Corte solamente afirmar que sacando la norma se genera un vacío, pues estaría afirmando una situación sobre la que no tiene soportes. Adicionalmente, la modulación es una medida extrema, lo que significa que deben haberse estudiado otras opciones previamente, antes de llegar a ella; al respecto, la Sentencia T-389 de 2009 señala que la declaratoria de efectos diferidos de un fallo de inexecutableidad, al ser excepcional, solo se aplica en situaciones extremas.

Al retomar esta situación, con la surtida en el trámite de la Sentencia C-366 de 2011, se tiene que la Corte, entrando a explicar cuándo hay procedencia de modulación en el efecto diferido, reconoció que un fallo de estos *“debe estar precedido de una argumentación jurídica muy sólida, que justifique la inaplicación de la regla general. Lo anterior por cuanto resulta prima facie injustificado que una norma legal, cuya contradicción con la Constitución ha sido constatada por la Corte, siga produciendo efectos en el ordenamiento jurídico, así sea de manera temporal.”*

Esta argumentación jurídica, en el caso que nos ocupa, se limita a presentar la línea jurisprudencial, según la cual, en efecto, al ser la Corte Constitucional la guardiana de la Constitución, no puede promover la existencia de vacíos jurídicos, y menos cuando estos se relacionan a la protección de un bien jurídico fundamental, como es el caso del ambiente. La Corte tuvo la oportunidad de invitar a distintos centros académicos de pensamiento, así como aceptar las intervenciones de las organizaciones de la sociedad civil y de particulares, a fin de recibir conceptos sobre la constitucionalidad de las normas acusadas, sin que ninguna de estas intervenciones, señalara que el retiro de las normas, generaría vacíos jurídicos.

La intervención de la autoridad ambiental, Ministerio de Ambiente, afirmó a la Corte que la normativa impugnada contenía una serie de disposiciones para la protección ambiental de zonas especialmente protegidas, tratando de llevarla al convencimiento de que estas normas no existían en ningún otro cuerpo normativo, y sin que la Corte, así como realizó invitaciones para decidir sobre el problema jurídico principal,

decretara pruebas conducentes, pertinentes y necesarias para concluir que en efecto la salida de la Ley 1382 de 2010 llevaría a la constitución de vacíos jurídicos.

En ese entendido, la Corte no tenía sustentos suficientes para determinar que iba a crear con el retiro de la norma estos vacíos, y en ese sentido, no estaba frente a un caso excepcional, inclusive si hubiera intentado corroborar que otras normas no contenían dichas disposiciones, pues hubiese encontrado, tal como se presentó en capítulo anterior, que estas aunque desagregadas, están presentes en distintas normas¹⁰⁸ actualmente vigentes. Que no exista un caso excepcional, hace que la inexecutable tenga efectos inmediatos, es decir, que se aplique la regla general, pues *“el expediente de los efectos diferidos de los fallos de constitucionalidad es una figura procesal plausible, cuyo empleo es para casos realmente excepcionales, cuando quiera que una declaratoria de inexecutable pueda producir graves traumatismos sociales, económicos, o incluso en materia de derechos fundamentales debido a situaciones de vacío normativo que puedan generarse”*.¹⁰⁹

Por otra parte, la executable temporal, como se ha llamado al efecto producido por el diferimiento de los fallos de inconstitucionalidad, ha sido constantemente criticada, a través de posturas radicales, surtidas desde la misma Corte, que señalan la necesidad de retirar inmediatamente las normas inconstitucionales, en cualquier caso. Ejemplo es la Sentencia C-737 de 2001, en la cual la Corte reconoce que algunos sectores tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, señalan que se trata de efectos contradictorios, en relación a los cuales la Corte no tiene competencia, en tanto la Constitución Política no establece que pueda proferir estas decisiones.

Adicionalmente, se considera que diferir efectos de normas inconstitucionales constituye una contradicción a la lógica jurídica, en tanto hace que *“lo que es inconstitucional prolongue su existencia en el tiempo con posterioridad al fallo que declara la inconstitucionalidad”*, por lo cual se trata de instrumentos inaceptables y vulneradores del principio de no contradicción, pues *“o la ley es constitucional y debe entonces ser mantenida en el ordenamiento, o ésta es inconstitucional y debe*

¹⁰⁸ Específicamente las señaladas en el Cuadro No. 1 del apartado 2.1 dentro del Capítulo I de esta investigación, correspondientes a: Constitución Política de Colombia, Decreto 2811 de 1974, Ley 99 de 1993, Sentencia C-399 de 2002, Ley 357 de 1997, Resolución No. 0157 de 2004 del Minambiente, Ley 934 de 2013, Ley 685 de 2001.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-366 de 2011.

*entonces ser declarada inexecutable, pero lo que es inconsistente es que la Corte declare que la ley es inconstitucional pero la mantenga en su ordenamiento.*¹¹⁰

El salvamento de voto de esta misma sentencia, por parte del H. Magistrado Jaime Araujo Rentería, destaca igualmente que no hay motivos para que una norma inexecutable siga en el ordenamiento, y que la única justificación para ello es que produzca efectos entre la fecha en que es producido el fallo y aquella en la cual se publica la sentencia, en aras de garantizar la seguridad jurídica, teniendo como sustento que la ley solo tiene eficacia cuando se realiza la publicación, al ser este evento el que facilita que sea conocida por sus destinatarios. Esto hace, según el H. Magistrado, que por fuera de ese lapso no haya ninguna justificación para que la norma inexecutable rija. Aunado a ello, se hace evidente, según Araujo, un capricho para el otorgamiento de términos en los efectos diferidos, en el sentido que:

“(…) cuando hay norma expresa como en la Constitución Austriaca se conoce de antemano por la autoridad y por los ciudadanos el tiempo máximo que se pueden deferir los fallos de inconstitucionalidad; en cambio en donde no existe un término establecido en la Constitución, y se difieren los efectos, estos pueden ser deferidos arbitrariamente, de tal manera que hoy se da deferido por un lapso de ocho (08) meses, pero mañana podría deferirse por un lapso de ocho (08) años o por un tiempo de ochenta (80) años; con el resultado paradójico de que una norma declarada inconstitucional y que se sabe que es inconstitucional siga rigiendo ochenta (80) años más. (...) Todo órgano constituido incluida la Corte Constitucional debe tener unos límites, que es la garantía de los derechos de los ciudadanos y de la democracia, todo órgano sin control es nocivo para el estado de derecho así este órgano sea la Corte Constitucional.”

Así, también Araujo concluye que el control de la rama judicial, específicamente de la Corte Constitucional en cabeza del ordenamiento constitucional, es necesario a fin de que esta no se convierta en el propio constituyente; considera entonces que la Corte, *“por mucho que sea la cabeza de la jurisdicción no deja de ser un órgano constituido y sometido a la Constitución (...) y que por muy alta que sea su misión es un órgano*

¹¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-737 de 2001.

aplicador de la Constitución y no un órgano creador de la misma”, y en el entendido que no es la Corte una creadora de disposiciones constitucionales, pues los vacíos de normas para deferir efectos, no pueden ser llenados por ella.¹¹¹

También otra vertiente radical, señala que podrían, eventualmente, diferirse los efectos en el tiempo de las normas inconstitucionales, siempre y cuando los vicios que hayan conllevado a su declaratoria de inexecutable no sean insubsanables. Esta postura se ha evidenciado principalmente en salvamentos de voto, por ejemplo, del H. Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, que señaló en su salvamento a la Sentencia C-366 de 2011, que se estaba en presencia de un vicio insubsanable, de la siguiente manera:

“En el caso concreto, la Corte constató que, del análisis de las pruebas sobre el procedimiento legislativo recaudadas en este proceso, se comprobó que i) la presentación del proyecto de ley ante el Congreso no estuvo precedida de ningún trámite de consulta con autoridades representativas de las comunidades indígenas y afrodescendientes; y ii) los escenarios de participación ciudadana durante el trámite no contaron con espacios particulares para la consulta a tales comunidades. Por tales razones, esta corporación decidió declarar inexecutable la Ley 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”.

Pues bien, de haberse seguido la jurisprudencia sentada por la propia Corte, de la cual me he apartado en varias ocasiones, según la cual la ausencia de consulta previa a las minorías étnicas comporta un vicio de procedimiento insubsanable, la consecuencia lógica hubiera sido la declaratoria de inexecutable de la Ley 1382 de 2010. No se entiende, en consecuencia, que esta corporación haya venido sosteniendo el carácter insubsanable de un determinado vicio de procedimiento, y ahora, sin justificación alguna, inaplique sus anteriores pronunciamientos.”

¹¹¹ Ni siquiera por la vía de la interpretación.

Pues bien, el retiro inmediato de las normas con vicios insubsanables, como en efecto lo es la consulta previa, podría surgir para el caso concreto como una aproximación a la solución, sin embargo, esta es una solución que no puede producir efectos concretos en tanto el transcurso del tiempo hace que esta sea una situación ya superada, inclusive con todas las afectaciones que trajo consigo. Sin embargo, casos en los que se puedan aplicar analogías podrían recibir este tratamiento, es decir, ante vicios insubsanables, dar aplicación al retiro inmediato, o bien, en aras de garantizar la menor cantidad de traumatismos al ordenamiento jurídico, corroborar si existen en efecto las condiciones para que se surta el diferimiento de los efectos de inexecutable inmediata, principalmente en lo que atañe a la existencia real de vacíos jurídicos, que no puedan ser superados por la vía de integración normativa.

2. Acción pública de inconstitucionalidad contra normas inexecutable en efecto diferido

Como se expuso previamente, la modulación de efectos de las declaratorias de inexecutable, particularmente su diferimiento, ocasiona que estas normas inconstitucionales, sigan produciendo efectos por un plazo establecido por el Tribunal Constitucional. El término de producción de efectos para el caso de estudio fue de dos (02) años, en los cuales con pleno conocimiento de la producción de la norma con violación de un derecho fundamental de las comunidades étnicas, esta surtió plenos efectos, sin poder aplicarse sobre ella mecanismos constitucionales de control.

El estudio de normas por parte de la Corte Constitucional, así como su declaratoria de inexecutable o no, por cargos formulados en acción pública de inconstitucionalidad, genera que la decisión haga tránsito a cosa juzgada, es decir, que con respecto a la norma declarada inexecutable, no pueden estudiarse nuevos cargos, y así tampoco pueden hacerse nuevos pronunciamientos.

No obstante a esta situación, la cosa juzgada como institución dentro del derecho procesal, ha sido tratada por la misma Corte Constitucional, que en Auto 311 de

2001¹¹², respecto del alcance de la cosa, señaló la existencia de dos modalidades para su declaratoria, habiendo entonces cosa juzgada absoluta y cosa juzgada relativa. Al respecto señaló:

“(...) Existe cosa juzgada absoluta cuando la Corte, en ejercicio del control constitucional, confronta los preceptos demandados frente a todo el ordenamiento constitucional, lo que implica que dichas disposiciones no pueden ser posteriormente objeto de nuevo pronunciamiento por parte de la corporación. La cosa juzgada relativa se presenta cuando la Corte limita su pronunciamiento al análisis de las normas acusadas frente a alguno o algunos artículos del Estatuto Superior (cargos por vicios formales, facultades extraordinarias, etc) o cuando se pronuncia únicamente sobre los cargos formulados o sobre un determinado aspecto constitucional permitiendo de esta manera que se presenten posteriormente nuevas demandas contra las mismas normas por cargos o violación de cánones constitucionales distintos a los analizados en las sentencias anteriores”.

Este mismo pronunciamiento, señaló que cuando una norma es declarada inexecutable por vicios de procedimiento en su formación, como lo fue en el caso que nos ocupa, la Ley 1382 de 2010, *“la voluntad del legislador no se ha formado nunca, o no ha surgido válidamente a la vida jurídica y en consecuencia no es ni siquiera necesario examinar si es inexecutable por razones de fondo; la inexecutable por razones de fondo presupone que la norma ha sido expedida de conformidad con el procedimiento que la propia Constitución exige para que surja válidamente al orden jurídico.”*

De cualquier manera, esta no ha sido la posición mayoritaria de la Corte, cuando se trata de aplicar la cosa juzgada relativa, pues en fallos de inconstitucionalidad se ha acogido la tesis de la cosa juzgada absoluta, y desde el mismo 2001 los salvamentos de voto de distintos Magistrados, han intentado flexibilizar esta institución, a fin de permitir el estudio de cargos de normas que tienen efectos diferidos para su salida del ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, el Magistrado Rodrigo Uprimny, en Sentencia C-1211 de 2001, manifestó que:

¹¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 311 de 2001.

“Más allá de cualquier distinción formal, una inexecutable diferida equivale materialmente a una declaratoria de la constitucionalidad temporal, pues la ley sigue rigiendo, al menos hasta el 20 de julio de 2002, fecha en la cual surtirá efectos la inexecutable declarada. Por consiguiente, durante todo ese periodo, esas disposiciones siguen produciendo efectos. En tal contexto, si alguno de esos artículos es materialmente inconstitucional, y es demandado por un ciudadano, no entiendo por qué la Corte no puede entrar a estudiarlo. En efecto, nótese que la disposición está vigente y ha sido impugnada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, y que la sentencia C-737 de 2001 no analizó si frente a un artículo individual procedía o no su declaratoria inmediata de inexecutable, en caso de que su contenido normativo desconociera alguna cláusula constitucional. Por consiguiente, en principio los cargos específicos contra el contenido normativo de los artículos individuales de la ley deben ser examinados, pues sobre ellos no existe pronunciamiento de la Corte.”

La postura fue acogida a su vez en forma posterior por los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Luis Ernesto Vargas y Jorge Iván Palacio Palacio, que en Sentencia C-027 de 2012, en la cual precisamente se formulaban cargos contra la Ley 1382 de 2010, ya habiendo sido esta objeto de declaratoria de inexecutable, salvaron su voto y señalaron la emergencia de la pregunta sobre si los efectos de la cosa juzgada constitucional en normas inconstitucionales diferidas, debía ser absoluta o relativa, en tanto la Corte tiene la facultad de ejercer tanto control formal como material, y en el entendido que en demandas por vicios de forma no se ha realizado control integral, consideraban posible ejercer nuevamente un estudio de los cargos formulados.

En el mismo sentido, en salvamento de voto de la Sentencia C-423 de 2012¹¹³, la Magistrada Adriana María Guillen Arango, afirmó que en tanto existe una equivalencia de la inexecutable diferida con la executable temporal, en la medida que se mantienen normas inconstitucionales produciendo efectos en el tiempo, aquellas normas que fueron objeto de inexecutable por cuestiones de forma, es decir, por vicios en el procedimiento de su expedición, la Corte Constitucional puede relativizar la institución de la cosa juzgada, para permitir el estudio de nuevos cargos, esta vez sustanciales. En palabras de la H. Magistrada:

¹¹³ En la cual la suscrita estudiante actuaba como demandante.

“Para la suscrita Magistrada, en los casos en que la Corte difiere los efectos de una declaratoria de inexecutable por vicios de forma y permite que una norma inconstitucional tenga vigencia y produzca efectos en el tiempo mientras el Legislativo suple el vacío normativo, sí es posible que la Corte se pronuncie sobre aquellos asuntos de fondo que no fueron tratados en la primera providencia que retiró la norma del ordenamiento para expulsarlos, si es de manera inmediata del ordenamiento jurídico. Así, se diferencia el estudio que hace la Corte de los vicios de forma que pueden conducir a la inexecutable diferida de una norma y el posterior y futuro análisis de fondo que se pueda producir sobre dichos preceptos.”

En este sentido, el cambio de precedente jurisprudencial, según el cual las sentencias de inexecutable diferida por vicios de forma, e inclusive, por motivo sustanciales¹¹⁴ puedan hacer tránsito a cosa juzgada relativa, se revela como una posible solución a la problemática generada por la aplicación de la cosa juzgada absoluta, no por su existencia misma, sino porque su aplicación puede generar que normas con distintas contradicciones a la Constitución, generen efectos en el tiempo sin que en el entretanto la Corte pueda mitigar los posibles daños que esta surta, a través del estudio de cargos formulados en acción pública de inconstitucionalidad.

3. Activismo judicial

La Sentencia C-366 de 2011, al declarar inexecutable la Ley 1382 de 2010, exhortó al ejecutivo y legislativo para tomar las acciones correspondientes, a fin de superar las razones de la inconstitucionalidad de la norma, bien saneando la consulta previa a las comunidades étnicas, o bien produciendo una nueva norma sin los vicios de la anterior, que llenara los vacíos jurídicos y contemplara los mecanismos de protección ambiental que conllevaron al diferimiento de los efectos de inexecutable.

Esta situación no fue corregida ni por el Gobierno Nacional ni por el Congreso de la República en el marco de sus funciones y competencias, situación evidenciada al cumplirse el plazo otorgado por la Corte para la vigencia de la norma inexecutable, sin

¹¹⁴ Siempre y cuando los cargos que se propongan sean diversos a los ya estudiados.

que se hubiera tomado atención a las recomendaciones de dicho Tribunal. La suerte corrida por la Ley 1382 de 2010, evidencia que las ramas del poder público, si bien independientes y con el fin de funcionar articuladamente, están sufriendo de desarmonización en cuanto a su corresponsabilidad en la prevalencia de los valores y bienes constitucionales.

Si bien la competencia del Tribunal Constitucional no puede invadir esferas de las otras ramas del poder público, *“la razón de ser del sistema judicial en todo ordenamiento jurídico se traduce en la voluntad de darle una solución definitiva a un conflicto de intereses –cualquiera que éste sea- de conformidad con el derecho.”*¹¹⁵, en ese sentido, la solución de problemas puestos a su conocimiento, deberían, cuando menos, tener un carácter obligatorio o vinculante para las demás autoridades.

Los fallos que otorgan plazos y exhortan a las otras ramas del poder público, en la medida que no constituyen un mecanismo para vincular su cumplimiento, tienen poca eficacia, se trata de disposiciones que caen en la inocuidad, pues *“su eficacia depende realmente del compromiso del legislador con el tema tratado por la norma y de los intereses gremiales relevantes para este tipo de debates.”*¹¹⁶ Esta situación riñe con la falta de competencia de la Corte para exigir expedición de normas u ordenar aplicación por extensión de otras, tal como lo señala la misma institución en Sentencia C-146 de 1998, así:

“Por la vía de control de constitucionalidad no es posible normatizar de manera general sobre la extensión de la ley a situaciones de hecho no contempladas en los textos legales. Esta función no ha sido asignada por el constituyente a este Tribunal, y menos aún para ordenar esta aplicación extensiva con efectos retroactivos, como pretende el demandante.”

¹¹⁵ CAMMAERT, Felipe, “¿Juzgada, “La Cosa Constitucional”? Análisis crítico de dos sentencias de la Corte”, *Revista de Derecho Público*, No. 7, febrero de 1997, pp 171.

¹¹⁶ SARMIENTO, Juan Pablo, “La modulación de sentencias de la Corte Constitucional: ¿Juez natural para la responsabilidad del Estado Legislador?”, *Revista Precedente*, 2010, pp 227-258. Documento electrónico disponible en: https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2010/10_Sarmiento_Erazo.pdf acceso el 11 de marzo de 2016.

Entonces, ante este tipo de fallos, no podría perderse de vista que aunque la función principal del Tribunal Constitucional cuando estudia normas cuestionadas por su constitucionalidad es la de anularlas si la situación se constata¹¹⁷, de todas maneras, al ejercer el control de la labor del legislador, realiza una cooperación activa al mismo, no solo con las consideraciones de sus fallos, sino frente a la inactividad misma, en el sentido que puede solventar los vacíos jurídicos, condicionar la aplicación de normas, o extender los efectos de sus decisiones¹¹⁸.

Pues bien, de acuerdo a la teoría de Kelsen¹¹⁹ en relación al rol positivo y negativo de los legisladores, la principal diferencia entre uno y otro es que el positivo puede derogar una ley y de manera inmediata reemplazarla sin dejar vacíos jurídicos, siendo que el legislador negativo, es decir, las Cortes o Tribunales Constitucionales, pueden derogar una norma pero no tienen el poder de reemplazarla, y en ese sentido, entre la declaratoria de inexecutable y la emisión de la norma sobre la cual existía vacío, puede transcurrir un periodo de tiempo indeterminado, en el que se vean afectados bienes jurídicos e instituciones.

Esta diferencia fue abordada en salvamento de voto del H. Magistrado Jaime Araujo Rentería, en Sentencia C-737 de 2001, en la cual, precisamente intentando apartarse del diferimiento de efectos de inexecutable en la sentencias de la Corte, señaló algunas posturas del teórico Hans Kelsen, según las cuales el rol de legislador negativo de las Cortes abre algunas posturas para sanear el tema de los vacíos jurídicos, considerándolas insuficientes, en sus palabras:

“Con el fin de evitar estos traumatismos fue que Kelsen en el Primer Tribunal Constitucional que se creó y que fue la Constitución Austriaca de 1920 ideó un mecanismo que permitía deferir en el tiempo los efectos del fallo de constitucionalidad, con el fin de que durante ese tiempo el parlamento pudiese dictar una nueva ley ajustada a la constitución que reemplazase a la declarada inconstitucional. Con ese propósito se permitía a la Corte Constitucional Austriaca en una norma de la propia constitución deferir los efectos de sus fallos por un término máximo de seis (06) meses y se exigía además un

¹¹⁷ Ejerciendo su rol de legislador negativo, según la teoría kelseniana.

¹¹⁸ VARGAS, Clara Inés, *Ibid.*, pp 16.

¹¹⁹ KELSEN, Hans, *Ob. Cit.*

pronunciamiento expreso de la Corte cuando hacía uso de esta facultad. Posteriormente por una reforma de la Constitución Austriaca se amplió dicho término hasta por un (1) año, que es el que actualmente rige.”

No obstante esta facultad, que inclusive aplica la Corte colombiana, el cumplimiento de las órdenes dadas para el lleno de vacíos jurídicos, es el mayor problema al que se enfrenta cuando se habla de las sentencias de inconstitucionalidad diferida, pues primero, no se hace por parte de la Corte un seguimiento a las otras ramas del poder público, a fin de verificar que en efecto se encuentren atendiendo a sus funciones, y segundo, la Corte una vez cumplido el término de deferencia de efectos, y la norma inexecutable ha salido del ordenamiento, pierde toda competencia sobre el asunto de discusión previa.¹²⁰

A pesar de esta dificultad, que hace que la pretendida protección del ordenamiento jurídico que fija la Corte cuando difiere los efectos de una norma inexecutable, no se surta en realidad, la Corte reconoce que la atribución de estos efectos no es una invitación a desconocer los principios constitucionales, entre los que se encuentran no sólo los exhortados, de seguridad jurídica, sino además la coherencia, integridad, y prevalencia del orden superior. Así por ejemplo, la H. Magistrada María Victoria Calle Correa, en su salvamento de voto a la Sentencia C-366 de 2011, señaló que *“es importante advertir que la decisión adoptada por la Corte Constitucional de diferir los efectos no puede ser leída como una invitación a desconocer la norma constitucional de consulta previa, justificando su violación en un futuro, mediante la salvación al menos temporal de la norma.”*

La esperanza de que esto suceda, y que las distintas ramas del poder público funcionen de manera armónica, no puede ser la forma en la cual se maneje la articulación institucional para el cumplimiento de fines como el de la seguridad jurídica, o en el caso de estudio, la consulta previa, la protección del ambiente, entre otras. En ese entendido, un rol activo de los Jueces, en el que puedan o bien realizar seguimiento de sus exhortos, o decidir qué normatividad aplica cuando se declara

¹²⁰ Así puede evidenciarse con el Auto 078 de 2013, en el cual el Gobierno Nacional requiere a la Corte un plazo para el cumplimiento del exhorto de la Sentencia C-366 de 2011, y esta responde en el sentido que existe falta de competencia para abordar este asunto teniendo en cuenta que no se trataba de órdenes conferidas en el marco de sus funciones.

inexequible una norma en el efecto diferido, puede ser una solución efectiva al problema de desarticulación.

A pesar de que se hable de la competencia de la Corte como legislador negativo, en los términos de Kelsen, existen precedentes en el ordenamiento colombiano, en los cuales, si bien la Corte no ha creado disposiciones normativas, ha tenido un rol activo en el desarrollo de las mismas frente a las otras ramas del poder público, como en los casos de declaratoria de estado de cosas inconstitucional, y a modo de ejemplo, la Sentencia T-025 de 2004 en materia de desplazamiento forzado, en la cual adicionalmente se crea una Comisión de Seguimiento a la Política Pública en materia de desplazamiento, para establecer un diálogo entre la misma Corte y la Sociedad Civil en relación al cumplimiento y avance de la cuestión en esta materia.

Así, la tesis del “gobierno de los Jueces”, utilizada por Lambert, según la cual en un gobierno sin legitimidad democrática y con incapacidad para resolver las demandas sociales, los jueces tienen un rol en el que gobiernan y disponen de funciones de otras esferas del poder, en el cual podrían apartar leyes del mundo jurídico, iniciar oficiosamente acciones de control constitucional, aplicar principios para sustituir normas, y expresar su voluntad contra la elección en cargos políticos, por ejemplo.

Estas cuestiones no son desconocidas dentro del accionar de la Corte Constitucional, de hecho, podría decirse que en materia constitucional hay una suerte de gobierno de los Jueces¹²¹, pues el alto Tribunal ha ejercido como legislador positivo a través de sentencias de condicionalidad en las que por ejemplo cambia el sentido de una norma o le agrega contenidos que el propio legislador no había previsto. Adicionalmente existen ciertos Decretos que pueden ser revisados por la Corte oficiosamente, como los proferidos en estados de excepción, las leyes estatutarias o las que aprueban tratados internacionales, entre otras. También la Corte interpreta principios de derecho a través de la revisión de sentencias de tutela, con lo que no solamente se atiende a los contenidos constitucionales.

¹²¹ LÓPEZ, Germán, “El Juez Constitucional Colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los Jueces?”, *Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 24, enero-junio de 2011, pp 170-193.

Esta intervención activa, que podría ser enmarcada dentro de la expresión del *gobierno de los Jueces*, puede explicarse¹²² de varias maneras, así: i) con la resistencia constitucional como fenómeno en el cual la Constitución se adapta a la dinámica política y sus contenidos pasan a ser interpretados flexiblemente frente a nuevos problemas que antes no se presentaban; ii) con la dicotomía entre interpretación e invención¹²³, en el primero de los casos la Corte intenta buscar el sentido y alcance de una norma, y en el segundo se inventaría, hallaría o descubriría algo nuevo; iii) la jurisprudencia de valores¹²⁴, en la cual los jueces tienen posibilidad de pensar y no solo aplicar la norma, acudiendo al sistema axiológico dentro del ordenamiento jurídico, y iv) casos difíciles, en los cuales hechos y normas al ser contrastados permiten más de una solución.

Así las cosas, la concepción de la Corte como un mero legislador negativo puede ser superada, entendiendo que en efecto tiene una función creadora, o de legisladora positiva¹²⁵, y que en estricto sentido, así se disponga un panorama de separación de poderes, el rol activo de los tribunales constitucionales ha trabajado de manera diversa esta articulación. A este respecto, LÓPEZ (2010), señala:

“Ahora la estricta división de poderes o funciones del Estado viene aparejada con una mutua cooperación pero con independencia y autonomía de cada una de ellas; el ejecutivo ha perdido su gran poderío y la rama judicial ha entrado a jugar un papel protagónico en el nuevo esquema; la seguridad jurídica ha tenido que ceder ante los principios básicos de igualdad y justicia; el legislador ha debido someterse a los parámetros establecidos por la Constitución y su intérprete oficial, la Corte Constitucional; el imperio de la ley ha caído y hemos entrado en el imperio de la Constitución, la cual tiene aplicación directa sin necesidad de una ley regulatoria, específicamente en temas de derechos fundamentales.”

A modo de cierre, la ampliación de funciones de la Corte en un panorama del imperio de la Constitución, o bien del *gobierno de los Jueces*, puede dotarla de competencias

¹²² Según Tomás y Valiente, en LÓPEZ, Germán, Ob. Cit, pp 185.

¹²³ DWORKIN, Donald y WITTGENSTEIN, J, en LÓPEZ, Germán, Ob. Cit, pp 186.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen, en LÓPEZ, Germán, Ob. Cit, pp 188.

¹²⁵ VARGAS, Clara, Ob. Cit, pp 17.

para hacer el seguimiento de la cuestiones que ordena, o inclusive, en el caso de estudio, al diferir los efectos de la inconstitucionalidad, pudo haberla decretado parcialmente, para que si la preocupación era la de dejar vacíos jurídicos, las normas ambientales siguieran surtiendo efectos mientras las demás no, y así salvaguardar ambos intereses, el de la consulta previa de las disposiciones no ambientales, y el de la protección transversal del ambiente, permitiendo que la normatividad minera siguiera contemplando estas normas directamente en su Código.

A esta aproximación se llega, teniendo en cuenta que la función de la Corte además de decidir sobre la inexecutable o executable de las normas, está orientada a ser guardiana de la integridad y supremacía constitucional, por lo cual *“le corresponde igualmente hacer efectiva su fuerza normativa y realizar los valores y principios constitucionales.”*¹²⁶

Capítulo III. Comentarios finales

Con el fin de realizar la validación de la hipótesis, en contraste con el estado de la cuestión y las aproximaciones teóricas y doctrinales para la posible solución al problema, vale la pena preguntarse nuevamente si el accionar de la Corte Constitucional, al diferir los efectos de su decisión, cumplió los objetivos de este tipo de modulación, o si por el contrario se produjeron implicaciones no deseadas e inconstitucionales, lo cual será abordado en este apartado.

1. ¿Fue protegido realmente el medio ambiente?

Como se expuso en el estado de la cuestión, realmente las normas que sustentaron la modulación de efectos por parte de la Corte Constitucional, son normas que encontraban, la mayoría, reglamentación en otras disposiciones normativas, como el Código de Recursos Naturales (Decreto 2811 de 1974), la Ley 99 de 1993, el mismo Código de Minas (Ley 685 de 2001), por lo que puede decirse que el mantenimiento

¹²⁶ VARGAS, Clara, Ob. Cit, pp 19.

de la norma inexecutable no tuvo durante los años de vigencia, gran incidencia para la protección ambiental, e inclusive luego de haber salido del ordenamiento.

A manera ilustrativa, en relación a la protección en específico de las zonas de páramo, y teniendo como referente la reciente Sentencia C-035 de 2016, que declara inexecutable los incisos primero, segundo y tercero del primer párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, es decir, aquellos que disponían la posibilidad a la autoridad ambiental, para delimitar los ecosistemas de páramo sin sujeción a los criterios científicos establecidos por el Instituto Alexander Von Humboldt, a pesar de que a esta sentencia en los medios masivos de comunicación se le dio difusión como aquella que prohibía la minería en páramos, el trabajo de la Corte Constitucional realmente consistió en reafirmarse en que la minería es una actividad incompatible con la protección de los páramos como fuentes hídricas, y que la delimitación no podría ser facultativa de la autoridad ambiental caprichosamente¹²⁷.

Esta situación se surte teniendo en cuenta que a pesar de que la protección a los páramos está reconocida, estos ecosistemas no están completamente identificados y delimitados por las autoridades, teniendo en cuenta que hay múltiples criterios técnicos para definirlos, y que en ocasiones existen físicamente estos ecosistemas, en áreas donde formalmente no se cumplen los requisitos¹²⁸.

Con todo, la salida de la norma del ordenamiento jurídico, no significa una menor protección al ambiente, así como tampoco su mantenimiento dentro del mismo, significó mayor protección. Lo que en términos prácticos significa para los operadores de recursos mineros y ambientales, que deben conocer todo el catálogo normativo en la cuestión, ya que estas disposiciones de protección de ecosistemas se encuentran dentro del ordenamiento, pero dispersas¹²⁹ y no integradas a la regulación de la actividad minera, que era lo que realmente intentaba hacer la Ley 1382 de 2010.

¹²⁷ Por tanto la exclusión de páramos no puede darse solo porque se desarrollen actividades mineras o de hidrocarburos en ellos, sino porque en realidad existan criterios razonables de contenido científico y técnico que permitan al Ministerio de Ambiente, en ejercicio de su autonomía, delimitar y excluir áreas para el desarrollo minero.

¹²⁸ Por ejemplo, se tiene que los ecosistemas de páramo existen a alturas superiores a los 3000 metros, y en cambio hay zonas a esta altura que no presentan características de páramo, o zonas en altura inferior que sí lo hacen.

¹²⁹ Relacionadas en el Cuadro No. 1 del apartado 2.1 en el Capítulo I de esta investigación.

Esta situación, a la vez que valida que no existieron realmente vacíos jurídicos que justificaran el diferimiento de los efectos de inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2011, sustenta que no hubo una protección real y efectiva del ambiente generada de sostener esta norma dentro del ordenamiento jurídico, en tanto las disposiciones contempladas en los Códigos de Recursos Naturales, el mismo Código Minero, entre otras estudiadas en aparte anterior, ya habían contemplado todos estos escenarios de protección.

2. ¿Las comunidades étnicas han encontrado protección y participación con la intervención de la Corte Constitucional en este caso?

La idea general de la Corte Constitucional cuando decidió declarar inexecutable la Ley 1382 de 2010, era la de proteger la identidad cultural de las comunidades étnicas, teniendo en cuenta que en efecto la norma acusada contenía disposiciones que indefectiblemente tendrían que ser desarrolladas, entre otros, en territorios de comunidades especialmente protegidas, y en ese entendido, al estar su pervivencia intrínsecamente relacionada con la tierra, para la reproducción de sus usos y costumbres y el goce efectivo de sus derechos, cualquier disposición que tuviera injerencia en estas cuestiones debía ser consultada previamente con las comunidades posiblemente afectadas.

Mediante su exhorto al ejecutivo y legislativo, para sanear los vicios de la misma Ley 1382 de 2010, o proferir una norma habiendo efectuado la respectiva consulta previa, la Corte pretendía garantizar a las comunidades étnicas, la participación en las decisiones legislativas y administrativas que en materia minera les fueran a afectar, sin embargo, el desenlace de la reglamentación estuvo lejos de atenerse a las recomendaciones de la Corte, primero porque no se realizó el saneamiento de la norma, ni se produjo una nueva, sino que se pretendió arreglar mediante Decretos Ley expedidos por el Gobierno Nacional, algunas disposiciones que habían decaído, y que eran necesarias para los propósitos misionales de la autoridad minera, en cuanto a explotación de recursos naturales mineros.

Los Decretos reglamentarios expedidos por el ejecutivo luego del decaimiento de la Ley 1382 de 2010, son normas que no fueron consultadas con las comunidades étnicas y que tratan asuntos que afectarían directamente al territorio y derechos territoriales de las mismas (salvo el Decreto 935)¹³⁰, por lo demás, el Decreto 933 de 2013 dicta disposiciones sobre la minería tradicional, que es un tipo de minería, principalmente informal, desarrollada por gran parte de las comunidades étnicas como actividad de subsistencia desde tiempos ancestrales¹³¹; en cuanto al Decreto 934 de 2013, en cuanto define las competencias para establecer y delimitar zonas excluidas y restringidas de la minería (como por ejemplo Parques, Páramos, humedales, reservas, entre otras), en la medida que sobre estas zonas también existe ocupación ancestral de comunidades¹³², se trata de una actividad intrínsecamente relacionada con los derechos de las mismas a ser consultadas, así como también los asuntos relacionados a las prórrogas de las etapas de exploración y explotación minera, a autorizar por parte de la Autoridad Minera, de acuerdo al Decreto 943 de 2013, disposición que en la medida que regula el transcurso y suerte de la ejecución de obras mineras, que pueden o no estar sobrepuestas con territorios étnicos, debió tal como la norma derogada, la Ley 1382 de 2010, haber sido consultada previamente.

La expedición de estos Decretos constituyó una burla para las comunidades étnicas, que no fueron consultadas sobre las materias que estos regulan, siendo algunas de ellas, las mismas que habían sido tratadas en la ley 1382 de 2010, y que habían decaído por no realizarse la consulta previa de las mismas.

La Constitución política establece no solamente la protección especial de las comunidades étnicas y del ambiente, sino también la prohibición de las autoridades para reproducir contenidos inconstitucionales que hicieron tránsito a cosa juzgada,

¹³⁰ En la medida que solamente reglamenta aspectos relacionados a la determinación de áreas libres contractualmente, y a la recepción de propuestas por parte de los oferentes por medios digitales.

¹³¹ A través de actividades como el barequeo, o de explotación minera no industrializada, realizada con herramientas mecanizadas precarias, como por ejemplo las dragas, elevadores o monitores.

¹³² Según la FAO, Pueblos Indígenas y Áreas Protegidas en América Latina – Fortalecimiento del Manejo Sostenible de los Recursos Naturales en las Áreas Protegidas de América Latina, 2008, documento electrónico disponible en: <http://www.fao.org/3/a-az734s.pdf> acceso el 10 de enero de 2016: “*Resulta difícil conocer con precisión las áreas protegidas que en la región se sobreponen en tierras de asentamiento tradicional indígena, pues se carece de información bien fundamentada. Hay estimaciones generales que establecen que el 80% de las áreas protegidas en las tres Américas incluye a pueblos indígenas (Alcorn, 1997); y que en América del Sur el 86% de las AP se encuentra habitado por poblaciones locales, buena parte de las cuales son indígenas (Amend y Amend, 2009). En el caso de Centroamérica se ha señalado que las áreas protegidas se sobreponen en un 70% en los territorios indígenas (Grünberg, 2005).*”

como lo fuera precisamente la Ley 1382 de 2010. Esta cuestión también fue reconocida por la Corte Constitucional en Sentencia C-720 de 2007, en la cual señala que *“la norma declarada inconstitucional no puede seguirse aplicando, el Congreso no puede proferir una nueva disposición con similar contenido al de la disposición inconstitucional y la Corte debe atenerse a su decisión para toda cuestión posterior.”*

Estas disposiciones no fueron emitidas por el Congreso de la República sino por el Gobierno Nacional, sin embargo, esto no implica que tengan condiciones excepcionales que les permitan apartarse de contenidos constitucionales e instituciones procesales estrechamente ligadas con el derecho al debido proceso, como lo es la cosa juzgada. Así, el Ministerio de Minas y la Presidencia de la República, como impulsores de la expedición de estos Decretos Reglamentarios, con pleno conocimiento de las razones que llevaron a la inexecutable de la norma anterior, estaban imposibilitados para reglamentar las mismas cuestiones, haciendo caso omiso al exhorto dado por la Corte, casi en aprovechamiento de su falta de competencia para conocer de esta cuestión, al momento en que fueron proferidas estas nuevas disposiciones.

Esta situación, significa que las comunidades étnicas no encontraron protección en el diferimiento de efectos de la inexecutable de la norma, pues ni durante el término de vigencia dado por la Corte, ni posteriormente, fueron consultadas, haciendo que en este momento se encuentren en completo desconocimiento de las cuestiones decididas, sin que sea posible determinar ni su opinión y apoyo a las disposiciones proferidas, ni los posibles efectos adversos que estén teniendo estas comunidades materialmente, en virtud de estas normas que no fueron objeto de consulta.

4.¿Otros bienes jurídicos se vulneraron con la modulación de efectos de inconstitucionalidad?

La Constitución Política reconoce como fin del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan (Art. 2), el derecho de todo ciudadano a participar en el ejercicio y control y otras formas de participación democrática (Art. 40 num 2), el deber del Congreso para reglamentar instituciones y mecanismos de

participación ciudadana (Art. 152 lit. d), y la participación ciudadana en las decisiones de competencia de la Corte Constitucional (Art. 232).

Así, el Decreto 2067 de 1991 reglamenta los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las acciones públicas de inconstitucionalidad (Art. 2), las cuales pueden ser rechazadas por el Tribunal de encontrarse que recaen sobre normas tratadas en sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada (Art. 6), y excepcionalmente pueden señalarse efectos relativos de dicha institución (Art. 21).

Ante esta situación, teniendo en cuenta que la Sentencia C-366 de 2011 hizo tránsito a cosa juzgada, y que pronunciamientos como los de las Sentencias C-863, C-957, C-1049, C-1211 y el Auto 311 de 2010 han fundamentado la posición predominante de la Corte Constitucional, según la cual inclusive las sentencias de inconstitucionalidad diferida por vicios de forma tienen efectos de cosa juzgada absoluta, en el entendido que: i) ya habían tenido un control previo en su emisión y ii) de cualquier manera saldrán del ordenamiento jurídico al cumplirse el término señalado para su diferimiento, la coherencia del sistema jurídico, la integridad de la constitución, así como la participación ciudadana se ven afectadas.

Esta afectación se da en el entendido que las normas inexecutable en efecto diferido, al estar sometidas a la institución de la cosa juzgada absoluta, pueden mantenerse vigentes en el tiempo sin que exista la posibilidad de ser estudiadas y retiradas del ordenamiento cuando contraríen las disposiciones constitucionales, teniendo un efecto general, en la medida que afectan todo el ordenamiento, y uno específico para aquellos ciudadanos que intervienen activamente en el control constitucional, a través de la presentación de las respectivas acciones.

Así las cosas, se vieron vulnerados con el diferimiento de efectos de inexecutable, protegidos bajo la institución de la cosa juzgada absoluta, la integridad, coherencia, consistencia¹³³, armonía, y prevalencia constitucional, así como los derechos de

¹³³ De acuerdo con Molina, *Ibíd.*, pp 196, “Aunque en muchas ocasiones los términos coherencia y consistencia suelen usarse indistintamente, son nociones diferentes. Por consistencia se hace referencia a la necesidad de que los ordenamientos jurídicos sean libres de contradicciones en sus partes

petición, participación y veeduría ciudadana, según los cuales los ciudadanos pueden interponer acción pública de inconstitucionalidad para poner en evidencia y solicitar a la Corte Constitucional, la declaratoria de inexecutable de normas contrarias a la Constitución Política.

Capítulo IV. Conclusiones

El análisis de los presupuestos planteados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-366 de 2011, de cara al resultado que degeneró esta declaratoria de inexecutable diferida, permiten evidenciar efectos indeseados y contradictorios con los fines por los cuales se surtió la modulación de efectos, que no sólo no han finalizado en el tiempo, a casi cinco (05) años de expedido el pronunciamiento, sino que fueron evidenciados en el fallo, y en posteriores fallos relacionados a la misma norma, por salvamentos de voto de Magistrados del mismo Tribunal. En relación a estas situaciones, puede concluirse lo siguiente:

1. El caso concreto, Sentencia C-366 de 2011, y su seguimiento a 2016, ha evidenciado no solamente que los fines que pretendía proteger la Corte con la aplicación de un fenómeno excepcional, como lo es el diferimiento de efectos de la inexecutable de las normas, no se cumplió para proteger a las comunidades en su garantía y derecho a la consulta previa, durante ni después de la vigencia de la norma, ni tampoco sirvió para proteger los valores ambientales que buscaba integrar, en el sentido que realmente no existían, como se pretendió mostrar, vacíos jurídicos que habilitaran la inexecutable diferida, en primer lugar, y en segundo lugar, tampoco se hizo después del decaimiento de las normas, un trabajo por parte del legislativo para promover nuevamente la integración de normas de protección ambiental, al panorama minero.

2. Si bien la modulación de efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, se realiza con el fin de proteger valores jurídicos superiores, y con el ánimo de minimizar

relevantes; por coherencia, en cambio, se hace referencia a un orden axiológico que debe respetar el ordenamiento legal. Un sistema jurídico, en ese sentido, será coherente si las reglas que lo conforman pueden subsumirse en uno o más principios no contradictorios.”

las consecuencias de un retiro inmediato de disposiciones sobre las cuales no existe reglamentación, la experiencia concreta de la Sentencia C-366 de 2011 en el tiempo, devela que estos bienes jurídicos no se vieron protegidos con el retiro de la norma, pues los exhortos de la Corte no se cumplieron por parte del legislativo y el ejecutivo, y las normas generadas para regular las materias que tuvieron decaimiento, no fueron consultadas.

3. Aunque no es posible para el Tribunal Constitucional predecir los eventos en los que sus exhortos en sentencias de inexecuibilidad diferida van a ser cumplidos para beneficiar a las comunidades, o conservar la armonía entre las disposiciones constitucionales y normas de carácter inferior, las reglas de la experiencia, así como el rol activo de los Magistrados en relación a las órdenes que profieren, puede generar una mejor articulación institucional, o bien un rol más activo de los Jueces permitiría salvaguardar intereses superiores inclusive si las otras ramas del poder público omiten los exhortos y recomendaciones del alto Tribunal.

4. La modulación de efectos en el tiempo, debe hacerse en forma cuidadosa, a fin de constatar si efectivamente el retiro de la norma del ordenamiento jurídico, por ser inconstitucional, significa dejar vacíos jurídicos. Esto teniendo en cuenta que si existen disposiciones, aunque desarticuladas en distintas normas, que versen sobre la misma materia que se pretende dejar en vigencia, con la excusa de evitar vacíos del ordenamiento, no es necesario mantener vigente en el tiempo una norma que así las cosas, puede generar efectos más nocivos que benéficos.

5. En las sentencias de inconstitucionalidad de normas, con efectos diferidos, hasta tanto no se flexibilice su tránsito hacia una cosa juzgada relativa, no podrán tomarse acciones que frenen o mitiguen el daño que produzcan las normas vigentes aunque inconstitucionales. Adicionalmente se limitarán derechos de participación, fundamentalmente el ejercido mediante acción pública de inconstitucionalidad, en el entendido que la institución de la cosa juzgada constitucional, no admite relativismos, sino una postura absoluta en la cual no pueden estudiarse nuevos cargos frente a una misma norma cuando esta ha sido declarada inconstitucional.

6. La cosa juzgada relativa no es una institución desconocida por el derecho constitucional colombiano, y podría eventualmente ser una forma de protección de la prevalencia constitucional, frente a normas inexecutable en el efecto diferido, en la medida que permitiría el estudio de nuevos cargos frente a normas que fueron estudiadas por vicios de forma, o inclusive sustanciales, cuando estas han sido declaradas inexecutable pero siguen produciendo efectos en el tiempo.

7. El fenómeno de la reviviscencia de normas derogadas por otras declaradas inexecutable, cuando hablamos de normas que tuvieron un efecto diferido para salir del ordenamiento, puede significar una amenaza a los valores constitucionales de dos maneras, la primera porque significa la desatención total del ejecutivo y legislativo para corregir y producir normas saneadas, y la segunda porque contrario a salvaguardar principios de justicia y seguridad jurídica, la alternancia normativa en la vigencia de las disposiciones, significa en últimas la carencia total de seguridad jurídica para los destinatarios de la norma.

8. Un rol más activo de los jueces, sin que necesariamente implique la invasión de otras esferas, y en el que decida por ejemplo sobre la aplicación de unas normas y la salida del ordenamiento de otras, inclusive si estas se encuentran todas integradas a la misma disposición, se encuentra sustentado en el deber mismo de salvaguarda, por lo que no debería admitirse la tesis de que solamente tiene un marco de competencias como legislador negativo de acuerdo a la teoría kelseniana.

Bibliografía:

Libros y artículos:

- AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA, Oficio No. 20131200244681 de 16 de septiembre de 2013, documento electrónico disponible en: <http://www.anm.gov.co/sites/default/files/NormativaConceptosJuridicos/16092013-inexecutableidadley1382de2010.pdf> acceso el 11 de marzo de 2016.
- ÁMBITO JURÍDICO, *Normativa minera tras la caída de la Ley 1382: más dudas que certezas*, documento electrónico disponible en: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130531-07 la normativa minera tras la caída de la ley 1382 mas dudas que /n noti-130531-](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130531-07%20la%20normativa%20minera%20tras%20la%20caida%20de%20la%20ley%201382%20mas%20dudas%20que%20/noti-130531-)

[07 la normativa minera tras la caída de la ley 1382 mas dudas que .asp](#) acceso el 13 de octubre de 2015.

- ATIENZA, Manuel, *Tras la Justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1995.
- CAMMAERT, Felipe, “¿Juzgada, “La Cosa Constitucional”? Análisis crítico de dos sentencias de la Corte”, *Revista de Derecho Público*, No. 7, febrero de 1997, pp 171-182.
- CASTRO, Beatriz. *El poblamiento de la Costa Pacífica*. En: VALENCIA, Alfonso. *Historia del Gran Cauca: Historia Regional del Suroccidente Colombiano*, Cali, Universidad del Valle, edición fascicular Periódico Occidente, 1994. Segunda edición publicada en libro, Cali, Universidad del Valle, Instituto de Estudios del Pacífico, Región, 1996.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *¿Qué efectos tiene la sentencia C-366 de 2011 que declaró inconstitucional la reforma al Código de Minas?* Documento electrónico disponible en http://www.coljuristas.org/documentos/boletines/bol_n6_consulta_previa.pdf acceso el 15 de noviembre de 2015.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ed. B de F., 2002.
- DUARTE, Carlos, *Gobernabilidad Minera: Cronologías legislativas del subsuelo en Colombia*. Documento electrónico disponible en: <https://gobernabilidadminera.files.wordpress.com/2012/01/gobernabilidad-minera-cronologicc81as-legislativas-del-subsuelo-en-colombia.pdf> acceso el 10 de junio de 2016.
- EL TIEMPO, *La muerte anunciada de una ley minera*. Documento electrónico disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12785162> acceso el 13 de octubre de 2015.
- ERMACORA, Félix, “El Tribunal Constitucional Austriaco” en varios autores. *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp 274, 282 y 287.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION - FAO, *Pueblos Indígenas y Áreas Protegidas en América Latina – Fortalecimiento del Manejo Sostenible de los Recursos Naturales en las Áreas Protegidas de América Latina*, 2008, documento electrónico disponible en: <http://www.fao.org/3/a-az734s.pdf> acceso el 10 de enero de 2016
- JIMÉNEZ, Javier, “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en Eliseo Aja (Ed) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp 112.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2000.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979.

- LÓPEZ, Germán, “El Juez Constitucional Colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los Jueces?”, *Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 24, enero-junio de 2011, pp 170-193.
- MARTINEZ, Piedad, “El método de estudio de caso. Estrategia metodológica de la investigación científica.”, *Pensamiento y Gestión*, No. 20, 2006, pp 165-193.
- MENDIETA, David. “La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia”, *Vniversitas*, No. 120, enero-junio de 2010, pp 61-84.
- MOLINA, Andrés, “Un argumento en contra de la coherencia”, *Diálogos de Saberes*, julio-diciembre de 2010, pp 193-217.
- NISIMBLAT, Nattan, “La Cosa Juzgada en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana y el principio del Estoppel en el Derecho Anglosajón”, *Vniversitas*, No. 118, enero-junio de 2009, pp 247-271.
- OCAMPO, José (compilador). *Historia Económica de Colombia*. Ed. Siglo XXI Editores, 1987.
- OJEDA, Juan y ZAMBRANO, Diego, “Modulación de los efectos de las sentencias. La Corte Constitucional colombiana y los efectos temporales de sus sentencias.”, *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, Bogotá, Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2012, pp 41-58.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio No. 169.
- OSPINA, Juan, *Reviviscencia de Normas Derogadas. ¿La declaratoria de inconstitucionalidad o inexecutable de una norma genera la reviviscencia “ipso iure” de las disposiciones por esta derogadas?*, documento electrónico disponible en: <http://www.filosofiadelderechocolombia.net/2013/04/reviviscencia-de-normas-derogadas-por.html>, acceso el 12 de marzo de 2016
- PEREDO, Marcela, “El Margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto. Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés y del Tribunal Constitucional Alemán”, *Estudios Constitucionales*, No. 2, 2013, pp. 47-96.
- QUINCHE, Manuel, *Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- RAZÓN PÚBLICA, *Resurrección del viejo Código de Minas*, documento electrónico disponible en: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3735-resurreccion-del-viejo-codigo-de-minas.html>, acceso el 13 de octubre de 2015.

- ROMBOLI, Roberto, "Italia" en Eliseo Aja (Ed) Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual, Barcelona, Ariel, 1998, pp 112.
- SÁNCHEZ, Sarabia, Metodología para la investigación en marketing y dirección de empresas, Madrid, Pirámide, 1999.
- SARMIENTO, Juan Pablo, "La modulación de sentencias de la Corte Constitucional: ¿Juez natural para la responsabilidad del Estado Legislador?", *Revista Precedente*, 2010, pp 227-258. Documento electrónico disponible en: https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2010/10_Sarmiento_Erazo.pdf acceso el 11 de marzo de 2016.
- SEMANA, *La suspensión de las áreas mineras estratégicas, en frío*. Documento electrónico disponible en: <http://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/suspension-areas-estrategicas-mineras-frio/33140> acceso el 12 de junio de 2016.
- VARGAS, Clara Inés, "La función creadora del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 32, No. 92, 2011, pp 13-33.
- WEBER, Albrecht, "Alemania" en Eliseo Aja (Ed) Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual, Barcelona, Ariel, 1998, pp 77 y 78.

Decisiones judiciales:

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-411 de 1992
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-543 de 1992
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-145 de 1994
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-225 de 1995
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-221 de 1997
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-146 de 1998
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-737 de 2001
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-1211 de 2001
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-339 de 2002
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-891 de 2002
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 311 de 2001
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-820 de 2005
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-039 de 2007
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-720 de 2007
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-760 de 2007

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-030 de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-461 de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-228 de 2009.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-729 de 2009.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-601 de 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-666 de 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-402 de 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-251 de 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-366 de 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-027 de 2012.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-423 de 2012
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-608 de 2012
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Auto 078 de 2013
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-766 de 2016

Legislación Nacional

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 153 de 1887
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 21 de 1991
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 99 de 1993
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 685 de 2001
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1382 de 2010
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1450 de 2011
- EL PUEBLO DE COLOMBIA, Constitución Política de Colombia
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 2811 de 1974
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 2715 de 2010
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto Ley 933 de 2013
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto Ley 934 de 2013
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto Ley 935 de 2013
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto Ley 943 de 2013