

Sentencia T-766/15

Referencia: expediente T-4.327.004

Demandantes: Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato, Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, Consejo Comunitario de la Costa Pacífica Norte “los Delfines”, Consejo Comunitario General “los Riscals”, Consejo Comunitario de Vuelta Mansa, Consejo Comunitario de Santo Domingo Boca de Tanando, Consejo Comunitario de Puerto Echeverry, Consejo Comunitario de Bellavista-Dubaza, Consejo Comunitario de Pavasa, Consejo Comunitario Villamaría de Purricha, Consejo Comunitario de Piliza, Consejo Comunitario de San Agustín de Terrón, Consejo Comunitario de Juradó, Consejo Comunitario de Cuevita, Consejo Comunitario de Virudó, Consejo Comunitario de la Molana y el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó.

Demandados: Ministerio de Minas y Energía, Agencia Nacional de Minería, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio del Interior.

Magistrado Ponente:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la providencia proferida, en segunda instancia, por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013), en el trámite de la acción de amparo constitucional promovida por el Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato, el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, el Consejo Comunitario de la Costa Pacífica

Norte “los Delfines”, el Consejo Comunitario General “los Riscuales”, el Consejo Comunitario de Vuelta Mansa, el Consejo Comunitario de Santo Domingo Boca de Tanando, el Consejo Comunitario de Puerto Echeverry, el Consejo Comunitario de Bellavista-Dubaza, el Consejo Comunitario de Pavasa, el Consejo Comunitario Villamaría de Purricha, el Consejo Comunitario de Piliza, el Consejo Comunitario de San Agustín de Terrón, el Consejo Comunitario de Juradó, el Consejo Comunitario de Cuevita, el Consejo Comunitario de Virudó, el Consejo Comunitario de la Molana y el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó, mediante apoderadas judiciales, contra el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Minería, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio del Interior.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 10 de septiembre de 2013, María Ximena Gonzalez y Johana Rocha Gómez, integrantes del Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna, actuando en nombre y representación legal del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato, del Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, del Consejo Comunitario de la Costa Pacífica Norte “los Delfines”, del Consejo Comunitario General “los Riscuales”, del Consejo Comunitario de Vuelta Mansa, del Consejo Comunitario Santo Domingo Boca de Tanando, del Consejo Comunitario de Puerto Echeverry, del Consejo Comunitario de Bellavista-Dubaza, del Consejo Comunitario de Pavasa, del Consejo Comunitario Villamaría de Purricha, del Consejo Comunitario de Piliza, del Consejo Comunitario de San Agustín de Terrón, del Consejo Comunitario de Juradó, del Consejo Comunitario de Cuevita, del Consejo Comunitario de Virudó, del Consejo Comunitario de la Molana y del Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó presentaron acción de tutela contra el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Minería, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio del Interior, con el propósito de obtener el amparo de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas accionantes a la consulta previa, al territorio, y a la diversidad étnica y cultural, presuntamente vulnerados por los demandados al expedir, sin previamente consultarles, las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012 por medio de las cuales delimitaron áreas estratégicas mineras sobre su territorio.

2. Reseña fáctica

2.1. Refieren las demandantes que el Congreso de la República, el 16 de junio de 2011, aprobó la Ley 1450 de 2011, *“por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”*, la cual en su artículo 108 dispuso:

“La autoridad minera determinará los minerales de interés estratégico para el país, respecto de los cuales podrá delimitar áreas especiales en

áreas que se encuentren libres, sobre las cuales no se recibirán nuevas propuestas ni se suscribirán contratos de concesión minera.

Lo anterior con el fin de que estas áreas sean otorgadas en contrato de concesión especial a través de un proceso de selección objetiva, en el cual la autoridad minera establecerá en los términos de referencia, las contraprestaciones económicas mínimas distintas de las regalías, que los interesados deben ofrecer.

PARÁGRAFO. *En todos los contratos de concesión minera podrán solicitarse prórrogas de la etapa de exploración por periodos de dos años cada una, hasta por un término total de once (11) años, para lo cual el concesionario deberá sustentar las razones técnicas y económicas respectivas, el cumplimiento Minero-Ambientales, describir y demostrar los trabajos de exploración ejecutados y los que faltan por realizar especificando su duración, las inversiones a efectuar y demostrar que se encuentra al día en las obligaciones de pago del canon superficiero y que mantiene vigente la póliza Minero-Ambiental.”*

2.2. Indican que, en razón de lo anterior, el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería prohirieron las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012, respectivamente, por medio de las cuales declararon y delimitaron áreas estratégicas mineras sobre territorios ancestrales de las comunidades afrodescendientes demandantes. Sostienen que dicha declaratoria se hizo sin que se consultara, previamente, a los afectados.

2.3. Señalan que el Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato, COCOMOPOCA, es una organización étnico-territorial integrada por aproximadamente 3.200 familias afrodescendientes, las cuales han ocupado, de forma ininterrumpida, las cuencas de los ríos Andágueda, Capá y Tumutumbudo en la Región del Alto Atrato, en el departamento del Chocó.

Refieren que, el 17 de septiembre de 2011, el Incoder, mediante Resolución N.º2425 otorgó a COCOMOPOCA el título colectivo sobre 73.000 hectáreas de los municipios de Atrato (Yuto), Bagadó, Lloró y Cértegui.

Aducen que el Ministerio de Minas y Energía, mediante la Resolución N.º180241 delimitó 9 bloques mineros en el territorio ancestral de COCOMOPOCA a saber: (i) Bloque N.º156 de 657 hectáreas sobre Bagadó (ii) Bloque N.º158 de 644 hectáreas sobre Cértegui, (iii) Bloque N.º168 de 194 hectáreas sobre Lloró, (iv) Bloque N.º175 de 27.588 hectáreas sobre Bagadó, Andes y Pueblo Rico (v) Bloque N.º181 de 2.437 hectáreas sobre Bagadó, Lloró y Carmen de Atrato, (vi) Bloque N.º195 de 851 hectáreas sobre Medio Atrato, (vii) Bloque N.º224 de 371.006 hectáreas sobre Bojayá, Quibdó, Bagadó, Lloró, Medio Atrato, Cértegui y Vigía del Fuerte, (viii) Bloque N.º290 de 400 hectáreas sobre Medio Atrato y (ix) el Bloque N.º306 de 2.381 hectáreas sobre Andes y Bagadó.

2.4. Así mismo, afirman que el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, COCOMACIA, es una organización étnica territorial que agrupa 120 comunidades afrodescendientes a la cual, el Incora, mediante Resolución N.º4566 de 1997, le reconoció el título colectivo sobre 695.245 hectáreas del departamento del Chocó.

Manifiestan que el Ministerio de Minas y Energía, a través de la Resolución N.º180241 de 2012 delimitó 11 bloques mineros sobre el territorio ancestral de COCOMACIA así: (i) Bloque N.º181 de 2.437 hectáreas sobre Bagadó, Lloró y Carmen de Atrato, (ii) Bloque N.º189 de 162 hectáreas sobre Carmen de Atrato, (iii) Bloque N.º190 de 4.396 hectáreas sobre Quibdó, (iv) Bloque N.º193 de 12.860 hectáreas sobre Andes, Betania, Ciudad Bolívar, el Carmen de Atrato, (v) Bloque N.º195 de 851 hectáreas sobre Medio Atrato, (vi) Bloque N.º224 de 371.000 hectáreas sobre Bojayá, Quibdó, Bagadó, Lloró, Medio Atrato, Cértegui y Vigía del Fuerte, (vii) Bloque N.º270 de 1.410 hectáreas sobre Carmen de Atrato, (viii) Bloque N.º271 de 5.164 hectáreas sobre el Carmen de Atrato y Quibdó, (ix) Bloque N.º290 de 400 hectáreas sobre Medio Atrato, (x) Bloque N.º305 de 5.896 hectáreas sobre Ciudad Bolívar y Carmen de Atrato y (xi) el Bloque N.º307 de 2.000 hectáreas sobre Salgar, Ciudad Bolívar y Carmen de Atrato.

2.5. De igual manera, refieren que la Agencia Nacional de Minería, a través de la Resolución N.º0045 de 2012, delimitó uno de los bloques mineros de mayor extensión en la subregión de la costa pacífica del Chocó, en particular sobre los municipios de Juradó, Bahía Solano y Nuquí, sin tener en cuenta que el Incora, mediante las Resoluciones N.º02200,2206 y 2199 de 2002 reconoció a los Consejos Comunitarios de Jurado, los Delfines y los Riscals, que agrupan alrededor de 2.300 familias afrodescendientes, títulos colectivos sobre 125.914 hectáreas de dicho territorio.

2.6. Por otra parte, advierten que si bien las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012 no afectan directamente el territorio ancestral del resto de organizaciones demandantes, ello no impide que se vean perjudicadas con la actividad minera que se realizará en las áreas estratégicas delimitadas, pues dichas comunidades están ubicadas muy cerca de estas, como se explica a continuación:

Organización Étnico Territorial	familias afrodesce ndientes	Territorio	Resolución que les reconoció el Título Colectivo
Consejo Comunitario de Puerto Echeverry	92	4.346 hectáreas de la Subregión del Alto Baudó en el departamento del Chocó	1219 de 2000
Consejo Comunitario Bellavista-Dubaza	51	2.515 hectáreas de la Subregión del Alto Baudó en el departamento del Chocó	1218 de 2000

Consejo Comunitario de Cuevita	32	17.283 hectáreas de la Subregión del Bajo Baudó en el departamento del Chocó	2701 de 2001
Consejo Comunitario de Pavasa	33	7.435 hectáreas de la Subregión del Bajo Baudó en el departamento del Chocó	2695 de 2001
Consejo Comunitario de Piliza	115	16.852 hectáreas de la Subregión del Bajo Baudó en el departamento del Chocó	3367 de 2000
Consejo Comunitario de San Agustín de Terrón	116	18.329 hectáreas de la Subregión del Bajo Baudó en el departamento del Chocó	3369 de 2000
Consejo Comunitario de Virudó	163	6.868 hectáreas de la Subregión del Bajo Baudó en el departamento del Chocó	2698 de 2000

2.7. Ahora, respecto al Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) señalan que es un espacio que reúne a 47 organizaciones étnico-territoriales del departamento del Chocó en el que se busca visibilizar los problemas sociales, políticos económicos y del territorio que sufren dichas comunidades como consecuencia del conflicto armado y de la implementación de planes de desarrollo que no tienen en cuenta su cultura, cosmovisión y modelos propios de subsistencia.

2.8. Reiteran que el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería con las Resoluciones N. °180241 y 0045 de 2012 delimitaron áreas estratégicas mineras sobre 817.025 hectáreas del departamento del Chocó, las cuales, en su mayoría, se superponen sobre los territorios habitados ancestralmente por comunidades étnicas. Lo anterior, implica la definición unilateral del destino productivo y económico de esas tierras y por lo tanto, la vulneración de los derechos fundamentales y colectivos de las comunidades accionantes.

2.9. Indican que el estudio que realizó el Ministerio de Minas y Energía para definir las áreas estratégicas mineras se hizo con base en la información cartográfica temática, es decir, geológica, geoquímica y geofísica, disponible en el Servicio Geológico Colombiano.

En dicho estudio se definen tres tipos de áreas a saber: (i) Áreas Tipo I: son las que ofrecen un conocimiento geológico, geofísico y geoquímico aceptable, es decir, que son potenciales para el hallazgo de minerales estratégicos, en particular oro, platino y cobre, su calificación esta entre 4.4 y 5.0. De este tipo de áreas se crearon 33, las cuales se extienden sobre 5.340.126 hectáreas del territorio nacional, (ii) Áreas Tipo II: son las que ofrecen un conocimiento

geológico, geofísico y geoquímico menor, sin embargo, son potenciales para alojar mineralizaciones de oro, platino, cobre, fósforo, uranio y carbón metalúrgico, por lo tanto se requiere complementar el conocimiento actual, su calificación esta entre 3.0 y 4.3. De esta clase de áreas se crearon 119, las cuales se extienden sobre 11'534.992 hectáreas del territorio y (iii) Áreas Tipo III: son las que ofrecen un conocimiento geológico, geofísico y geoquímico bajo, no obstante, las condiciones geológicas indican que tienen minerales, su calificación es de 1.2 a 2.9. De esta categoría se delimitaron 61 áreas que se extienden sobre 8'530.724 hectáreas.

3.0. Señalan que en la Resolución N. °180241 de 2012 se delimitaron las Áreas Tipo I, las cuales por contar con la información geológica, geofísica y geoquímica aceptable serán adjudicadas a inversionistas privados dentro de los 5 años siguientes a la expedición de dicho acto administrativo, mientras que para las Áreas Tipo II y III, creadas mediante la Resolución N.° 0045 de 2012, el tiempo para su adjudicación será de 10 años.

3.1. Manifiestan que en la delimitación de las áreas estratégicas, el Servicio Geológico Colombiano excluyó: (i) los títulos mineros vigentes inscritos en el Registro Minero Nacional, (ii) las solicitudes de contratos de concesión vigentes en el Catastro Minero Colombiano (iii) las zonas excluibles de la minería, entre ellas, Parques Nacionales Naturales, Parques Naturales de Carácter Regional, Zonas de Reserva Forestal Protectora, Ecosistemas de Páramo, Humedales designados dentro de la Lista de la Convención Ramsar, (iv) Zonas Mineras Indígenas y Zonas Mineras de Comunidades Negras, (v) las áreas de inversión del Estado pendientes de adjudicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 685 de 2001, (vi) las áreas de reserva especial declaradas por el Ministerio de Minas y Energía y (vii) las áreas solicitadas para la legalización de la minería de hecho y de minería tradicional.

3.2. Sostienen que si bien el Gobierno Nacional realizó los estudios en el campo geológico, geofísico y geoquímico e integró la información cartográfica temática disponible para delimitar las áreas estratégicas, este no hizo los estudios poblacionales y socio-ambientales correspondientes, en los que se considera el potencial biótico, abiótico y natural de dichos territorios, así como su actual destinación económica y productiva y su importancia cultural para las comunidades que las habitan o las circundan.

En consecuencia, coligen que las autoridades gubernamentales no realizaron un análisis integral de las consecuencias e impactos previsibles que la medida pudiese tener para efectos de preservar el equilibrio ecológico y social, al efectuar un análisis exclusivamente técnico.

3.3. Finalmente, refieren que respecto a la necesidad de realizar la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre la declaratoria de áreas estratégicas mineras, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior emitió el concepto OFI12-0622-DCP-2500 en el que señaló: *“La declaración y limitación de áreas de reserva minera estratégica-Art. 108 de la*

ley del Plan Nacional de Desarrollo-, no debe ser consultada, toda vez que se trata de una mera expectativa de que una mina en dicha zona pueda ser viable en su explotación, lo que implicaría que debe seguirse un proceso objetivo de selección y acatar los mandatos del código de minas . (...) Lo anterior implica que el procedimiento a seguir en este tipo de contratación, una vez surtido y agotado el proceso precontractual, debe ser consultado con las comunidades que según la ley tienen protección especial a la luz del Convenio 169 de la OIT, lo que implica que dicha obligación estará a cargo del concesionario como aquellas otras derivadas de este tipo de actividades en la fase precontractual”.

3.4. Aducen que contrario a lo anterior, el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT establece que *“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras...”*

3.5. De conformidad con lo expuesto, consideran que las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012 son medidas administrativas que afectan directamente territorios de los pueblos indígenas y de comunidades afrodescendientes y, por lo tanto, tenían que haber sido consultadas y aprobadas por los mismos, en consecuencia, solicitan al juez de tutela dejar sin efectos los actos administrativos que crearon áreas estratégicas mineras en el departamento del Chocó.

3. Fundamentos de la acción y pretensiones

María Ximena Gonzalez y Johana Rocha Gómez, integrantes del Centro de Estudios para la Justicia Social, Tierra Digna y apoderadas judiciales de los accionantes exponen, en síntesis, las siguientes razones:

Señalan que la acción de tutela se presenta por la vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades demandantes a la consulta previa, al territorio, a la diversidad étnica y cultural, a la participación ciudadana, así como también por la amenaza inminente de los derechos colectivos de dichos grupos al medio ambiente, al agua, a la alimentación, a la cultura, en conexidad con la vida e integridad personal y porque para su protección no resulta efectiva la acción de nulidad, dada la posible configuración de un perjuicio irremediable.

Además, indican que aunque las referidas resoluciones son actos administrativos de carácter general, sus efectos lesivos se materializan en situaciones concretas que transgreden o amenazan derechos fundamentales de comunidades específicas, razón por la cual, la acción de tutela resulta ser el mecanismo adecuado para su protección, así como el de los derechos colectivos, en aplicación del principio constitucional del fuero de atracción.

Informan que, en la actualidad, la autoridad minera se encuentra recogiendo información para elaborar los términos de referencia del proceso de selección objetiva y así poder llevar a cabo la Ronda Minera en el 2014, año en el cual entregará las referidas áreas estratégicas mineras a inversionistas privados. En este sentido, las apoderadas judiciales precisaron que *“de acuerdo con las declaraciones del Ministro de Minas, la ronda minera se celebrará en los primeros meses de 2014, lo que permite constatar la inminencia, certeza y gravedad de la medida, y sus consecuencias sobre los derechos fundamentales y colectivos de las organizaciones demandantes”*.

Agregan que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior conceptuó que *“la declaración y limitación de áreas de reserva minera estratégica - Art 108 de la ley del Plan Nacional de Desarrollo-, **no debe ser consultada**, toda vez que se trata de una mera expectativa de que una mina en dicha zona pueda ser viable en su explotación. (...)”*, En ese orden de ideas, la obligación de consulta recaería en el concesionario, una vez se efectúe la correspondiente concesión del área.

Aducen que dicho concepto desconoce instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y jurisprudencia constitucional sobre la materia, pues no tiene en cuenta que la creación de áreas estratégicas afecta, de forma directa y específica, los territorios colectivos de las comunidades étnicas.

Afirman que la delimitación de las áreas estratégicas mineras careció de estudios poblacionales y socio-ambientales para considerar el potencial natural de las áreas, así como su actual destinación económica y productiva y su importancia cultural para las comunidades que las habitan o circundan.

Refieren que las entidades del Estado no realizaron estudios íntegros del impacto de la delimitación de áreas mineras, por el contrario, dieron irreflexiva prioridad a la actividad minera, considerada como una de las actividades industriales de mayor impacto socio-ambiental.

Consideran que las actividades de exploración y explotación de los minerales supondrán, necesariamente, el impulso de proyectos de infraestructura física y vial para el acceso a las zonas, así como la conducción y transporte de los minerales extraídos, lo que generará impactos socio-ambientales adicionales, sin embargo, estos fueron ignorados en los estudios que sustentan la creación de las áreas estratégicas mineras.

Además, manifiestan que las Resoluciones N.º180241y 0045 de 2012 y 429 de 2013, expedidas por el Ministerio de Minas y Energía y la autoridad minera, constituyen un paso acelerado en el intento de efectuar un ordenamiento minero del territorio, pues pretenden hacerlo sin adelantar un proceso participativo, abierto a la sociedad, incluyente de aquellas comunidades que verán alterado el destino y la vocación productiva de su tierra y sin los estudios sólidos de naturaleza social y ambiental que permitan hacer una lectura integral del tema. Por dichas irregularidades funcionarios del

Ministerio de Ambiente han recomendado elevar la consulta previa a la sociedad civil, entre otras medidas.

Indican que por esa delimitación también resultan amenazadas las cualidades de diversidad natural y etno-cultural del departamento del Chocó, así como la importancia mundial de su biogeografía y de los sitios declarados como bienes de importancia cultural del patrimonio arqueológico de la Nación.

Explican que el departamento del Chocó tiene un total de 2.915.339 hectáreas tituladas como territorios colectivos de comunidades negras, en 24 de sus 30 municipios, en donde se asientan aproximadamente 591 comunidades negras y, además, hay 116 resguardos indígenas, integrados por las etnias Embera Dóbida, Embera Katio, Embera Chamí, Wounaan.

Este departamento, según los informes del Servicio Geológico Colombiano, posee reservas potenciales de minerales Tipo I y Tipo II principalmente oro, cobre y elementos del grupo de los platinoides, razón por la cual se configuraron sobre su territorio 40 áreas estratégicas mineras, que se extienden sobre 817.025 hectáreas.

Advierten que el derecho a la consulta previa es una expresión del derecho de las comunidades étnicas a participar en las decisiones que los afectan, derecho fundamental *“en la medida en que constituye un importante medio para garantizar el ejercicio de otros derecho de la misma estirpe”*, entre ellos, la integridad cultural, social y económica, la autodeterminación y la supervivencia colectiva.

Del mismo modo, resaltan la distinción entre la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado, este último debe obtenerse para la expedición de las resoluciones demandadas y para los planes de desarrollo e inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el derecho de uso y goce de los territorios ancestrales de las comunidades étnicas y en los recursos naturales de los cuales depende su subsistencia, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Pueblo Saramaka vs Suriname) y de la Corte Constitucional Colombiana.

Agregan que la consulta previa es un mecanismo de participación que privilegia el diálogo informativo entre las comunidades étnicas y el Estado; sus resultados, pese a que deben ser observados, de buena fe, por parte de aquellos que intervinieron en su discusión, no son obligatorios. En contraste, el consentimiento libre, previo e informado, supone no solo la construcción de un dialogo que habilite la toma de decisiones, sino el logro de una autorización por parte de las comunidades étnicas que puedan ser afectadas por una determinada medida, por lo que supone el derecho de definición a favor de las comunidades.

Reiteran que la consulta previa o el consentimiento previo, libre e informado, deben realizarse antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en tierras habitadas por

comunidades étnicas, tal como lo dispone el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT.

Así, tras referirse a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional sobre la materia, resaltaron que después de proferidos los actos aquí cuestionados, el gobierno priorizará la realización de labores de prospección y exploración minera sobre las áreas Tipo II y Tipo III, en especial, aquellas demarcadas en la Resolución N.º 0045 de 2012, con el propósito de contar, próximamente, con la información geológica, geofísica y geoquímica requerida para emprender la fase exploratoria.

Lo anterior, implica la realización de incursiones en el territorio, la remoción de capas vegetales, la instalación de equipos, la realización de pruebas técnicas; actividades que generan impactos sociales y ambientales específicos que no pueden ignorarse.

Indican que el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT prevé que los Estados deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan. El territorio es concebido por las organizaciones afrodescendientes como una expresión de su memoria colectiva, de su concepción de la libertad.

Advierten que del territorio también hacen parte los usos y costumbres vinculados a su hábitat que se han mantenido por siglos y que se expresan en los saberes de la gente y el conocimiento de los ritmos y los tiempos para hacer las distintas actividades; aspectos que la Corte Constitucional ha concebido para establecer el carácter fundamental del derecho al territorio para las comunidades étnicas, entre ellas, las afrodescendientes.

Señalan que varias de las comunidades demandantes son sujetos de especial protección constitucional, en especial, por la situación de vulnerabilidad derivada del desplazamiento forzado a las que se han visto sometidas, el conflicto armado y la afectación de su territorio, según lo expuesto en el Auto 005 de 2009 por la Comisión de la Corte Constitucional para el seguimiento de la sentencia T-025 de 2004. Precisamente, la delimitación inconsulta se realizó sobre los territorios de estas comunidades, ignorando este crucial aspecto y las posibles consecuencias de esa medida sobre la garantía de los derechos colectivos de sus poblaciones.

Afirman que la creación de las áreas estratégicas mineras genera una grave vulneración del derecho fundamental a la alimentación, pues desconoce la obligación del Estado de proteger, especialmente, la producción de alimentos y, por tanto, de priorizar el desarrollo de las actividades que a ello conducen, así como de procurar el acceso a la tierra de los trabajadores rurales de forma que puedan adelantar cabalmente su labor (Constitución Política, artículos 64 y 65).

Insisten en que el derecho a una alimentación suficiente, adecuada y digna se satisface en la medida en que el acceso al alimento se asegure atendiendo las condiciones sociales y procurando que la atención del Estado incorpore, esencialmente, los valores de la comunidad y de los habitantes del territorio.

Además, expresan que las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012 comportan una grave amenaza para el derecho colectivo al medio ambiente sano por las siguientes razones:

- a) Carecen de estudios ambientales previos, en cooperación con los pueblos interesados (conforme a lo dispuesto en el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT), pese a que la medida puede generar impactos sociales, culturales y ambientales, y supone el impulso de proyectos de infraestructura física y vial, y demás medidas de intervención que acarreen impactos socio-ambientales considerables, cuya previsión y análisis fue ignorado.

En el departamento del Chocó una decisión de ese talante tiene consecuencias considerables, por su compleja configuración social, la presencia de actores armados, la debilidad de las instituciones del Estado, el alto componente étnico de su población, las profundas cicatrices que ha dejado el conflicto armado, el desplazamiento forzado y masivo de comunidades.

- b) Desconocen los principios de planeación del sector minero y de ordenamiento territorial consagrados en el Artículo 5, numeral 3, de la Ley 99 de 1993 y en el Artículo 240 de la Ley 1450 de 2011. El Gobierno ha dado prioridad a un ordenamiento minero inconsulto, sin estudios consistentes, sin ningún criterio y en franca violación de la ley.
- c) Vulneran el principio de participación en las decisiones de importancia ambiental. Además, el derecho al medio ambiente supone, entre otros aspectos, que toda explotación y/o aprovechamiento de los recursos naturales sea sostenible, racional y planificado, y que se garantice la conservación, restauración o sustitución de aquellos.

Advierten que si bien la minería es una actividad de utilidad pública e interés social, ello no es suficiente ni adecuado para tomar decisiones irresponsables sobre el ordenamiento y la planificación de las actividades productivas en el país, pues el Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social.

Finalmente, aducen que las áreas estratégicas mineras constituyen una grave amenaza al derecho fundamental al agua, pues las regiones en las que habitan las comunidades accionantes son ecosistemas de producción hídrica de especial importancia ecológica, de la cual dependen los habitantes de comunidades rurales.

Así mismo, advierten que las áreas estratégicas mineras amenazan el derecho

a la cultura y al patrimonio cultural de las comunidades accionantes,¹ sus distintas prácticas que caracterizan el modo de vida y la forma de entender el mundo. Dichas resoluciones tienen la potencialidad de alterar el uso productivo del territorio, y por tanto de alterar la cultura misma de las poblaciones que de él dependen.

De conformidad con lo expuesto, solicitan:

“PRETENSIONES

PRIMERA: *En concordancia con lo expuesto se le solicita al Tribunal Administrativo de Cundinamarca TUTELAR los derechos fundamentales a la consulta previa, al territorio, a la participación ciudadana, a la alimentación, al medio ambiente, al agua y a la cultura de las comunidades y organizaciones demandantes, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho enunciados.*

SEGUNDA: *En consecuencia se solicita al juez de tutela, en reconocimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional, que deje sin efectos la aplicación de las Resoluciones 180241 y 0045 de 2012, en tanto su expedición y vigencia comporta la violación objetiva de los derechos fundamentales referidos.*

TERCERA: *De forma subsidiaria, se solicita al juez de tutela que deje sin efectos los bloques o áreas estratégicas mineras creadas por las Resoluciones 180241 y 0045 de 2012, que afectan de forma específica los territorios de las organizaciones y comunidades demandantes, como se describe en el acápite de hechos, en tanto se surten y se da trámite a las acción de nulidad correspondiente, en atención a lo dispuesto en el Art. 8 del Decreto 2591 de 1991.*

CUARTA: *Se solicita al juez de tutela, que ordene a las entidades demandantes respetar y observar los derechos fundamentales y colectivos de los ciudadanos y comunidades, respecto a toda medida de ordenación o planificación del sector minero-energético.*

QUINTA: *Se solicita al juez de tutela, que ordene a las entidades demandantes adoptar las siguientes medidas para adecuar la figura de las áreas estratégicas mineras a los principios constitucionales y al respeto y garantía de los derechos fundamentales y colectivos trastocados o en grave amenaza, de conformidad con las recomendaciones planteadas por la Contraloría General de la Nación y expertos del Ministerio de Ambiente:*

¹ Dichos derechos han sido reconocidos en varias disposiciones constitucionales y en instrumentos internacionales como la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco, aprobada por Colombia mediante la Ley 1037 de 2006.

1. Realizar un proceso amplio de participación social que involucre a distintos sectores: academia, empresas, Ongs, instituciones de gobierno competentes (Ministerio de Minas y Energía, Agencia Nacional de Minería, Ministerio de Ambiente, Ministerio del Interior, Ministerio de Agricultura autoridades de gobierno en los ámbitos locales y regionales (alcaldes, gobernadores), Ministerio Público, Contraloría General de la Nación, representantes de comunidades y organizaciones sociales, que permita generar un dialogo reflexivo y concertado sobre la figura de las áreas estratégicas mineras, en atención a la importancia de esta medida en la planificación del sector minero energético y las repercusiones económicas, sociales, ambientales, culturales, territoriales que ostenta.

Realizar el proceso de consulta previa, y de obtención del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades étnicas, (indígenas y afrodescendientes) sobre la medida de creación de las áreas estratégicas mineras en los espacios legítimos de participación y de toma decisiones existentes en el nivel nacional, en los que también se garantice la participación de las comunidades directamente afectadas por la medida.

Ordenar la elaboración de los estudios ambientales, sociales, económicos y productivos de las áreas o bloques mineros de forma previa a su creación, vigencia e implementación definitiva.

Ordenar que la creación de figuras especiales en el sector minero-energético, como la delimitación e implementación de áreas estratégicas mineras se estructure e inserte en un adecuado proceso de planeación y ordenamiento territorial, que tome en cuenta la vocación y destinación productiva de los territorios, las particularidades socio-culturales de las poblaciones que los habitan, el avance en la ordenación ambiental del territorio y de los recursos naturales a él asociados, respete las áreas objeto de conservación ambiental, los ecosistemas estratégicos, las reservas de la biosfera reconocidas por UNESCO, los nacederos y zonas de recarga de acuíferos, las zonas y regiones de producción agroalimentaria.

Ordenar que la creación de áreas estratégicas mineras excluya aquellos territorios colectivos de las comunidades afrodescendientes en el departamento del Chocó, que han sido despojados o directamente afectados en el marco del conflicto armado interno y cuya población enfrenta una especial condición de vulnerabilidad manifiesta, de conformidad con las ordenes incluidas en el Auto 005 de 2009 emitido por la Corte Constitucional. Los municipios identificados por la Corte son: Curvaradó, Jiguamiandó, Bojayá, Bagado, Unguía, Cacarica, Alto

y Bajo Mira, Carmen del Darien, Alto y Bajo Baudó, Jurado, Sipí, Tadó, Nóvita, Frontera, Riosucio, Itsmina, Condoto, y Quibdó.”

4. Oposición a la demanda de tutela

La acción de tutela fue tramitada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, corporación que, a través de auto de once (11) de septiembre de dos mil trece (2013), resolvió admitirla y correr traslado de la misma a los demandados para efectos de ejercer su derecho a la defensa.

4.1. Agencia Nacional de Minería

Ángela Paola Alba Muñoz, apoderada judicial de la Agencia Nacional de Minería, durante el termino otorgado para el efecto, solicitó al juez constitucional denegar el amparo invocado, toda vez que la Resolución N.º045 de 2012 no vulneró el derecho a la consulta previa de las comunidades demandantes, pues dicho acto administrativo, en primer lugar, no otorgó facultades para explorar y explotar minerales, en segundo lugar, se expidió en cumplimiento del artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, en tercer lugar, no excluyó ni discriminó derechos de las comunidades étnicas y, en cuarto lugar, no eximió a los interesados en la adjudicación de las áreas estratégicas del deber de agotar la consulta previa y cumplir con las normas del Código de Minas.

Advirtió que, según el concepto proferido por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, la delimitación de las áreas estratégicas mineras no debía consultarse, previamente, con las comunidades étnicas protegidas por el Convenio 169 de la OIT, por cuanto, una vez se adjudicara el contrato de concesión a un particular dicha obligación recaería sobre el titular minero.

Sostiene que en el caso objeto de estudio no se configura un perjuicio irremediable, en la medida en que las áreas estratégicas delimitadas en la Resolución N.º045 de 2012 todavía no han sido adjudicadas. Así mismo, considera que los demandantes cuentan con otros mecanismos judiciales para la defensa de sus derechos.

4.2. Ministerio de Minas y Energía

Claudia Roció Castro Ordoñez, actuando como apoderada judicial del Ministerio de Minas y Energía, informó que en la Resolución N.º180241 de 2012 dicha cartera declaró y delimitó áreas estratégicas mineras con el fin de lograr el crecimiento y desarrollo sostenible del sector minero colombiano, bajo un concepto de responsabilidad técnica, ambiental y social, con los mejores estándares de operación y seguridad e higiene minera, así mismo con el propósito de obtener mejores condiciones y beneficios para el Estado y las comunidades que se encuentren en esas áreas.

Señaló que el Ministerio expidió dicha resolución con base en los artículos 58 de la Constitución Política y 13 del Código de Minas², relativos al carácter de utilidad pública e interés social que tiene la industria minera colombiana.

Precisó que, en atención a lo dispuesto en el artículo 108 del Plan Nacional de Desarrollo³, mediante Resolución N.º180102 de 30 de enero de 2012, la entidad determinó los minerales de interés estratégico para el país y, a su vez, delimitó las áreas estratégicas. Refiere que dichas zonas del territorio serán asignadas a particulares para su exploración y explotación, mediante contrato de concesión especial, a través de procesos de selección objetiva.

Así mismo, indicó que la Resolución N.º180241 de 2012 se expidió con base en el estudio realizado a la información cartográfica del país por parte del Servicio Geológico Colombiano, el cual evidenció su potencial minero. Aclara que en dicho acto administrativo también se señaló que respecto de las áreas establecidas se aplicaría, si era del caso, la delimitación de las zonas mineras indígenas o de comunidades negras conforme con lo dispuesto en los artículos 122, 131 y 134 del Código de Minas.

Afirmó que no se realizó la consulta previa a las comunidades que habitan las zonas que se declararon áreas estratégicas porque la declaratoria solo genera una mera expectativa de que pueda ser viable la explotación de una mina, de acuerdo al concepto emitido por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

De igual manera, adujo que en la Resolución N.º180241 el Ministerio adoptó el marco general de una política de explotación de recursos mineros, que no afecta directa y concretamente a una comunidad indígena o tribal, por consiguiente no resulta procedente realizar una consulta previa a su expedición.

De otro lado, sostuvo que si bien el Convenio 169 de la OIT dispone que el Estado debe consultar a las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre las medidas que los puedan afectar directamente, dicha disposición debe interpretarse en armonía con el artículo 34 *ídem*, que dispone que la naturaleza y alcance de la consulta deberá determinarse con flexibilidad, conforme a las condiciones propias de cada país. Así las cosas, en Colombia, dicha medida no puede constituirse en una barrera para el desarrollo de una actividad de utilidad pública como la minería.

En este sentido, argumentó que la consulta previa solo es procedente cuando se tiene certeza de las actividades mineras que se van a desarrollar en virtud del contrato de concesión minera, es decir, una vez presentado el PTO (Plan de Trabajos y Obras de Explotación) de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 y 84 del Código de Minas.

² Ley 685 de 2001.

³ Ley 1450 de 2011.

Coincidió con la Agencia Nacional de Minería en que aún no se han asignado títulos mineros sobre las áreas delimitadas y en que es en la etapa de explotación cuando se hace real y efectiva la afectación del territorio. En ese orden de ideas, la consulta previa debe surtirse durante el trámite adelantado por el titular minero para la obtención de la licencia ambiental y no antes, de conformidad con lo previsto en los Decretos 1320 de 1998 y 2820 de 2010 y la Ley 685 de 2001. Por lo tanto, considera que el Ministerio de Minas y Energía no tiene legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto.

4.3. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

Jorge Enrique Cortes Piñeros, actuando como apoderado judicial del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, se opuso a las pretensiones de la demanda, pues, a su juicio, la entidad que representa carece de legitimación para comparecer como parte demandada al presente proceso de tutela. Además, señaló que el ministerio no tiene ninguna función relacionada con la consulta previa, que es competencia del Ministerio del Interior⁴, ni con las resoluciones cuestionadas por la parte demandante, expedidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería⁵.

4.4. Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

Andree Viana Garcés, Directora de Consulta Previa del Ministerio del Interior, indicó que mediante Resolución N.º180241 de 2012, el Ministerio de Minas y Energía declaró y delimitó áreas estratégicas mineras en los departamentos de Nariño, Putumayo, Cauca, Huila, Tolima, Valle del Cauca, Quindío, Chocó, Risaralda, Caldas, Antioquia, La Guajira, Cesar, Bolívar y Santander. En dicho acto administrativo, el Ministerio de Minas y Energía se limitó a señalar la importancia de ciertos minerales y a delimitar las áreas en que pueden encontrarse, por consiguiente, no autorizó la explotación de dichos recursos.

Agregó que mediante Resolución N.º0045 de 2012, la Agencia Nacional de Minería delimitó y declaró áreas estratégicas mineras en una extensión total de 22'262.646,81 hectáreas, de las cuales 17'570.198,92 corresponden a 202 polígonos ubicados en los departamentos de Amazonas, Guainía, Guaviare, Vaupés, Vichada y Chocó.

Señaló que las resoluciones cuestionadas en la tutela se expidieron con base en el estudio de Ingeominas denominado: "*Áreas con potencial mineral para definir áreas de reserva estratégica del Estado*" y con fundamento en lo establecido en el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, que facultó a la autoridad minera para delimitar áreas con potenciales reservas de minerales estratégicos.

⁴ En cuanto a la competencia del Ministerio del Interior para adelantar la consulta previa, el apoderado del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible trajo a colación los artículos 1º y 16 del Decreto 2893 de 2011.

⁵ Para aclarar lo atinente a la competencia del Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, el apoderado del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible citó los Decretos 0381 de 2012 (artículos 1º y 2º) y 4134 de 2011 (artículos 3º y 4º).

Adicionalmente, sostuvo que las mencionadas resoluciones reconocen que el Código de Minas otorga ciertos derechos a las comunidades étnicas, por ello no se incluyeron las zonas mineras de las comunidades indígenas y negras en las áreas estratégicas mineras.

Ahora bien, adujo que, de conformidad con lo indicado por la Corte Constitucional⁶, el proceso de consulta previa es obligatorio cuando la medida administrativa o legislativa afecte directamente a las comunidades étnicas. Así pues, considera que en este caso no hay afectación directa de los derechos de los grupos étnicos porque los actos cuestionados, simplemente, delimitaron las zonas en que se ubicarán los bloques mineros.

Por último, advirtió que la competencia para adelantar la consulta previa corresponde al Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías o de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, según sea el caso.

4.5. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia de 25 de septiembre de 2013, puso en conocimiento de la comunidad en general el asunto de la referencia para que hicieran las manifestaciones correspondientes, toda vez que la petición de amparo busca dejar sin efectos las resoluciones que crearon y delimitaron los bloques y áreas estratégicas para la exploración y explotación minera, previa adjudicación que para ello se hace a particulares, sobre un área equivalente al 20.3% del territorio nacional.

Lo anterior, teniendo en cuenta que es posible que algunas de esas áreas ya se hayan adjudicado o que dicha actuación este en curso y por lo tanto dichas personas tendrían un interés en la decisión definitiva, al igual que las personas que se consideren afectadas con las mencionadas resoluciones.

5. Intervención de Terceros Coadyuvantes de la Demanda

Los señores Emigdio Cuesta Pino, Renso Alexander García Parra, Jimmy Fernando Torres, José Augusto Benjumea Chamucero, Gonzalo Arturo Reyes Rodríguez y César William Díaz Morales, en calidad de coadyuvantes de las demandantes, esgrimieron, en general, los mismos argumentos de la demanda de tutela. Particularmente, los coadyuvantes manifestaron, en síntesis, lo siguiente:

5.1. Emigdio Cuesta Pino

De manera preliminar, el señor Cuesta Pino dijo actuar en nombre propio y en representación de la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas – CNOA.

En cuanto al fondo del asunto, adujo que la Resolución N.º180241 de 2012 delimitó y declaró un área estratégica minera (bloque 19), *“en zonas que*

⁶ La directora de consulta previa del Ministerio del Interior citó la sentencia C-366 de 2011.

coinciden con las tierras de las que son dueñas u ocupantes tradicionales las comunidades étnicas y campesinas (...) como las comunidades en Barbacoas del Telembí en el Departamento de Nariño". A su vez, señaló que esa medida administrativa constituye una amenaza para los derechos fundamentales al agua, al territorio y a la subsistencia de las comunidades negras y campesinas de Barbacoas del Telembí porque destina sus territorios, exclusivamente, a la explotación minera, pese a los impactos negativos que se generarían.

5.2. Renso Alexander García Parra, Jimmy Fernando Torres, José Augusto Benjumea Chamucero y Gonzalo Arturo Reyes Rodríguez

Los señores Renso Alexander García Parra, Jimmy Fernando Torres, José Augusto Benjumea Chamucero y Gonzalo Arturo Reyes Rodríguez manifestaron actuar en nombre propio y se identificaron como miembros de la comunidad de Cajamarca (Tolima). Por su parte, el señor Jimmy Fernando Torres señaló que también actuaba en representación de la organización Conciencia Campesina.

Afirmaron que la Resolución N.º180241 de 2012 conculcó los derechos fundamentales al territorio, a la alimentación, al agua, a la participación ciudadana y a la subsistencia de las comunidades étnicas y campesinas de Cajamarca (Tolima), *"municipio que es considerado Despensa Agrícola de Colombia"*, porque a pesar de los graves impactos que se generarían, creó varios bloques mineros sin consultar previamente a las comunidades que habitan la zona.

Además, indicaron que el esquema de ordenamiento territorial de Cajamarca, *"considerada la estrella hídrica central del país"*, no contempla la minería porque esta está rodeada de páramos, bosques de niebla, altos andinos y a su vez, forma parte de la reserva forestal central.

5.3. César William Díaz Morales

El señor Díaz Morales afirmó actuar en nombre propio y en representación de la Fundación Estrella Orográfica del Macizo Colombiano – FUNDECIMA.

Indicó que la Resolución N.º 180241 de 2012 delimitó y declaró varias áreas estratégicas mineras, *"en zonas que coinciden con las tierras de las que son dueñas u ocupantes tradicionales las comunidades étnicas y campesinas, entre ellas las demandantes y la comunidad campesina, e indígena y afro de los Municipios del sur del Cauca"*. Así mismo, señaló que dicha medida administrativa constituye una amenaza para los derechos fundamentales al agua, al territorio y a la subsistencia de las comunidades indígenas, negras y campesinas del macizo caucano, *"considerado Patrimonio de la Biosfera"* por la UNESCO, porque destina sus tierras a una futura explotación minera, pese a los impactos negativos que se generarían.

6. Pruebas que obran en el expediente

Durante el trámite de la acción de tutela, las partes allegaron los siguientes documentos:

- Poderes otorgados por quienes manifiestan ser los representantes legales de los Consejos Comunitarios demandantes a las abogadas María Ximena Gonzalez Serrano y Johana Rocha Gómez (folios 75, 80, 85, 89, 93, 97, 101, 105, 109 a 117).
- Certificados de existencia y representación legal de los Consejos Comunitarios Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato, de la Asociación Campesina Integral del Atrato, de la Costa Pacífica, de los Riscales, de Santo Domingo, de Vuelta Mansa, de Bellavista y de Puerto (folios 76 a 79, 81 a 84, 86 a 88, 90 a 92, 94 a 96, 98 a 100).
- Copia del Anexo I y II referentes a las áreas estratégicas mineras en el departamento del Chocó (folios 117 a 120).
- Copia de las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, respectivamente (folios 122 a 146).
- Copia de la exposición realizada por el Ministerio de Minas y Energía sobre las Áreas Estratégicas Mineras, en febrero de 2012 (folios 147 a 161).
- Copia de la exposición realizada por la Agencia Nacional de Minería sobre las Áreas Estratégicas Mineras, en febrero de 2012 (folios 162 a 168).
- Informe del estudio realizado por el Servicio Geológico Colombiano sobre las “*Áreas con Potencial Mineral para definir Áreas de Reserva Estratégica del Estado*” (folios 169 a 219).
- Copia de la respuesta emitida por la Agencia Nacional de Minería a la petición presentada por el Ministerio de Minas y Energía en la que solicita información sobre las áreas de reserva estratégica (folios 220 a 223).
- Copia de las noticias publicadas por el periódico el espectador, la revista Semana, y los sitios web razónpublica.com y lasillavacia.com referentes a la creación de las áreas estratégicas mineras (folios 224 a 248).
- Copia del informe presentado por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional sobre la minería en Colombia denominado “*Área estratégica minera una actividad riesgosa en una*

región de alta fragilidad ambiental”, del 26 al 28 de junio de 2013, en Lima, Perú (folios 249 a 258).

- Plano del territorio nacional elaborado por la Agencia Nacional de Minería que contiene la delimitación de las áreas estratégicas mineras (folio 470).
- Copia del Oficio N.º12-0622-DCP-2500 por medio del cual el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior contesta la petición presentada por el Director del Servicio Geológico Colombiano en la que solicita el concepto respecto de si la declaración y limitación de las áreas de reserva minera estratégica se debe consultar con las comunidades protegidas por el convenio 169 de la OIT (folio 463).
- Plano del departamento del Chocó elaborado por la Agencia Nacional de Minería que contiene la delimitación de las áreas estratégicas mineras (folios 578 a 579).
- Documento “*Minería en Colombia, fundamentos para superar el modelo extractivista*” elaborado por la Contraloría General de la República (anexo en Cd).
- Libro “*Políticas Mineras en Colombia*” elaborado por Julio Fierro Morales para el Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (anexo en Cd).
- Informe del estado de los recursos naturales y del ambiente elaborado por la Contraloría General de la República, en el año 2012 (anexo en Cd).
- Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011(anexo en Cd).

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante providencia proferida el diez (10) de octubre de dos mil trece (2013), concedió el amparo respecto del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades accionantes, en consecuencia, suspendió, transitoriamente, los efectos de la Resolución N.º180241 de 2012 expedida por el Ministerio de Minas y Energía, en cuanto a la delimitación de los bloques 156, 158, 168, 175, 181, 189, 190, 193, 195, 224, 270, 271, 290, 305, 306 y 307, hasta que el juez competente para estudiar la legalidad de dicho acto administrativo, se pronunciara de fondo.

Así mismo, suspendió, transitoriamente, los efectos de la Resolución N.º0045 de 2012 expedida por la Agencia Nacional de Minería, en cuanto a la

delimitación del bloque 202, hasta que el juez competente para estudiar la legalidad de dicho acto administrativo, se pronunciara de fondo.

De igual manera, advirtió a las comunidades accionantes que debían ejercer el correspondiente medio de control contra las citadas resoluciones, ante la autoridad judicial competente, en un término máximo de cuatro (4) meses a partir de la notificación de la presente providencia (artículo 8°, decreto 2591/91).

Por último, rechazó por improcedente la tutela en cuanto a la solicitud de protección de los derechos colectivos al medio ambiente, al agua, a la alimentación y a la cultura.

Lo anterior, al considerar que la delimitación de áreas estratégicas mineras realizada en las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012 afecta, directamente, los territorios sobre los cuales recae, pues implica que el Estado dispone de los mismos para el desarrollo de la actividad minera, por lo tanto adelantará el proceso de selección objetiva para finalmente adjudicarlos a personas o empresas privadas que realizarán labores de exploración y explotación.

Así mismo, al advertir que la Agencia Nacional de Minería está adelantando una serie de actuaciones tendientes a asignar las áreas estratégicas y ninguna de esas actividades está relacionada con la consulta previa a las comunidades indígenas o afrodescendientes que puedan resultar afectadas⁷, pese a que la adjudicación empezaría en los primeros meses del próximo año (2014), lo cual determina la inminencia del perjuicio irremediable.

Sostuvo que la consulta de las comunidades afectadas con la delimitación de áreas estratégicas mineras debió realizarse antes de tomar esa determinación y no después de emitidos los actos administrativos, ya que así lo precisan, claramente, los instrumentos y normas nacionales, así como la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Además, consideró que aunque la medida constituya la adopción de un marco general de la política de explotación minera para dar cumplimiento al artículo 108 del Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014, antes de su adopción debió consultarse a las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre la

⁷ Oficio No. 20131000215921 del 9 de agosto de 2013 dirigido por la Presidente de la ANM al Ministerio de Minas y Energía (fol. 222). En este documento la ANM señaló lo siguiente:

Mediante Resolución No. 180241 del 24 de febrero de 2012 del el (sic) Ministerio de Minas y Energía se declararon y se delimitaron una áreas estratégicas mineras y se estableció que la Autoridad Minera tenía un plazo no mayor de 5 años contados a partir del 24 de febrero de 2012 para iniciar los procesos de selección objetiva para la adjudicación de las áreas declaradas como estratégicas mineras, cumpliendo con los principios de transparencia, economía y selección objetiva.

De acuerdo a ello, y de conformidad con el artículo 17 numeral 5 del Decreto 4134 de 2011, la Vicepresidencia de Promoción y Fomento se encuentra en la preparación del proceso de selección objetiva.

En esa preparación, la entidad se encuentra recopilando la información nacional e internacional de rondas mineras para la elaboración de los términos de referencia y para la estructuración del proceso de selección objetiva de las áreas estratégicas mineras. Adicionalmente la ANM viene liderando mesas interinstitucionales a nivel nacional y regional encaminadas a caracterizar dichas áreas desde el punto de vista socio ambiental.

afectación que pudiera generales, pues estas deben participar y ser consultadas previo a la adopción de programas, proyectos o planes de desarrollo.

De otro lado, tampoco evidenció que en la delimitación de las áreas estratégicas se hubiese excluido las zonas mineras de las comunidades indígenas y afrodescendientes, como lo afirmó la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en su informe⁸.

2. Impugnaciones

En desacuerdo con lo anterior, los accionantes, el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería presentaron el recurso de apelación.

2.1. Parte demandante

En concreto, los demandantes impugnaron la sentencia de primera instancia porque, a su juicio, el tribunal omitió: i) pronunciarse sobre las violaciones de los derechos fundamentales al territorio, a la diversidad étnica y cultural y a la participación ciudadana, así como sobre la amenaza que representan las resoluciones cuestionadas para los derechos fundamentales al agua y a la alimentación y para los derechos colectivos al ambiente sano y a la cultura y ii) practicar pruebas “esenciales”⁹, que demuestran la violación de los derechos invocados como vulnerados en la solicitud de tutela.

2.2. Ministerio de Minas y Energía

El Ministerio de Minas y Energía reiteró los argumentos expuestos en la contestación. Adicionalmente, señaló que, contra lo afirmado por el Tribunal, al proferir la Resolución N.º180241 de 2012, el Ministerio de Minas y Energía, sí excluyó y recortó las zonas mineras indígenas y las zonas mineras de las comunidades negras de las áreas estratégicas mineras. De hecho, en esa resolución también se dispuso la exclusión de los títulos mineros legalmente otorgados e inscritos en el registro minero nacional, así como la de los parques naturales nacionales y regionales, las zonas de reserva forestal protectora, los ecosistemas de páramo y los humedales enlistados en la Convención Ramsar.

Por otra parte, sostiene que la obligación de realizar la consulta previa no se configura en todas las etapas del contrato de concesión minera, sino *“únicamente cuando se tiene certeza de las actividades mineras que se van a desarrollar, esto es, una vez presentado y aprobado el PTO (Plan de Trabajos y Obras de Explotación) por la autoridad minera”*. Por tal motivo, la obligación de adelantar la consulta previa no recae en el Ministerio de Minas y Energía, pues no es la autoridad minera.

⁸ (fol. 350).

⁹ La parte actora no especificó qué pruebas dejó de practicar el *a quo*.

En consecuencia, manifiesta que el Ministerio de Minas y Energía no ha vulnerado el derecho fundamental a la consulta previa invocado por los demandantes.

2.3. Agencia Nacional de Minería

La Agencia Nacional de Minería también impugnó la sentencia de primera instancia. Al respecto, en resumen, manifestó lo siguiente:

Que no es cierto, como lo dijo el tribunal, que las entidades demandadas no hayan informado a la comunidad sobre el contenido de las resoluciones cuestionadas, toda vez que la Ley 1450 de 2011, que dispuso la delimitación de las áreas estratégicas mineras, sí fue consultada. Por lo tanto, no se vulneró el derecho a la consulta previa.

Señala que, en el actual régimen de concesión minera, el Estado confiere derechos de exploración y explotación minera en todo el territorio nacional, sin exigir requisitos distintos a los contemplados en el Código de Minas y las normas reglamentarias. Justamente, lo que se busca con la figura prevista en el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 es poder hacer una selección más estricta de los adjudicatarios a quienes se les otorgan los títulos mineros.

Sostiene que, de todos modos, ninguna de las dos modalidades de concesión minera afecta directamente a las comunidades étnicas, *“pues en el uno o el otro, el beneficiario del título minero antes de comenzar las actividades de explotación de minerales deberán (sic) agotar el trámite de la consulta previa”*.

Así pues, en vez de representar un perjuicio, la delimitación de áreas estratégicas mineras beneficia a las comunidades étnicas, pues el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 prevé que no se pueden solicitar esas áreas en concesión ni suscribir contratos de concesión minera mientras no se lleve a cabo el proceso de selección objetiva. De hecho, la autoridad minera, eventualmente, podría considerar que en cierta zona no es procedente adelantar ningún proceso, *“quedando de ese modo el área protegida pues no será objeto de ninguna actividad”*.

3. Segunda instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, revocó la sentencia impugnada y, en su lugar, denegó la tutela presentada por los accionantes e instó a las autoridades demandadas a que se aseguraran de adelantar el trámite de la consulta previa con las organizaciones étnicas demandantes antes de que se ejecutaran los actos preparatorios del proceso de concesión minera especial de las áreas mineras estratégicas creadas y delimitadas, en el departamento de Chocó.

Lo anterior, al advertir que las Resoluciones N.º180241¹⁰ y 0045¹¹ de 2012 son reglamentos, dictados por la administración, en este caso, representada por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011¹² que le ordenó a la autoridad minera establecer cuáles son los minerales estratégicos para el país¹³ y le confirió la facultad expresa para delimitar las áreas estratégicas mineras, las cuales serán adjudicadas, mediante contrato de concesión especial, bajo la modalidad de selección objetiva.

En ese contexto, contra lo afirmado por el *a quo*, la Sala estimó que las mencionadas resoluciones no afectan, directamente, a las comunidades afrodescendientes del Chocó, pues lo cierto es que no solo dispusieron la creación y delimitación de áreas mineras estratégicas en ese departamento, sino en otros 19 departamentos del país¹⁴. Es decir, las medidas administrativas de creación y delimitación de las áreas mineras estratégicas afectan de manera uniforme al conjunto de colombianos que habita en esos 20 departamentos —que no exclusivamente a un grupo étnico específico— y, por ende, no debían ser consultadas previamente con las comunidades étnicas demandantes.

Las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012 forman parte de la política general de desarrollo minero del país, ampliamente conocida como “*locomotora minera*” establecida en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Por tanto, debe entenderse que esas medidas no están orientadas a regular, específicamente, la situación de ningún grupo étnico que pudiera estar asentado en alguno de los 20 departamentos a que aluden esas resoluciones.

Lo anterior, no significa que las autoridades demandadas estén relevadas de la obligación de realizar la consulta previa. Lo que ocurre es que deberán surtir el trámite de la consulta previa en el momento oportuno. Y eso, en gran parte, depende de establecer cuál es la medida que afecta directamente a las comunidades étnicas demandantes.

¹⁰ Emanada del Ministerio de Minas y Energía.

¹¹ Proferida por la Agencia Nacional de Minería.

¹² (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014) “*La autoridad minera determinará los minerales de interés estratégico para el país, respecto de los cuales podrá delimitar áreas especiales en áreas que se encuentren libres, sobre las cuales no se recibirán nuevas propuestas ni se suscribirán contratos de concesión minera. Lo anterior con el fin de que estas áreas sean otorgadas en contrato de concesión especial a través de un proceso de selección objetiva, en el cual la autoridad minera establecerá en los términos de referencia, las contraprestaciones económicas mínimas distintas de las regalías, que los interesados deben ofrecer.*”

PARÁGRAFO. *En todos los contratos de concesión minera podrán solicitarse prórrogas de la etapa de exploración por periodos de dos años cada una, hasta por un término total de once (11) años, para lo cual el concesionario deberá sustentar las razones técnicas y económicas respectivas, el cumplimiento Minero-Ambientales, describir y demostrar los trabajos de exploración ejecutados y los que faltan por realizar especificando su duración, las inversiones a efectuar y demostrar que se encuentra al día en las obligaciones de pago del canon superficiario y que mantiene vigente la póliza Minero-Ambiental”.*

¹³ El Ministerio de Minas y Energía, mediante Resolución N.º.180102 del 30 de enero de 2012, determinó que los minerales estratégicos para el país son: el oro, el platino, el cobre, los minerales de fosfato, los minerales de potasio, los minerales de magnesio, el carbón metalúrgico, el uranio, el hierro y los minerales de coltán.

¹⁴ Mediante las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012, el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, respectivamente, crearon y delimitaron áreas estratégicas mineras en los siguientes departamentos: Amazonas, Antioquia, Bolívar, Caldas, Cauca, Cesar, Chocó, Guainía, Guaviare, Huila, La Guajira, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Tolima, Valle del Cauca, Vaupés y Vichada.

Para la Sala, la medida que afectará directamente a los grupos étnicos del Chocó es la adjudicación de los bloques mineros en sus territorios, pues, a partir de ese momento, el adjudicatario quedará habilitado para emprender labores de exploración minera¹⁵, actividad que, aunque no genera impactos tan graves como los que se derivan de la explotación, implicará, como mínimo, la presencia permanente de personas ajenas a esas comunidades.

En ese orden de ideas, la consulta previa deberá surtirse antes del proceso contractual, previsto en las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012, en el que se adjudicarán los bloques que hacen parte de las áreas estratégicas mineras del departamento de Chocó¹⁶, pues si bien el amparo del derecho fundamental a la consulta previa no es procedente frente a los actos administrativos aquí cuestionados, lo cierto es que la adjudicación de los bloques mineros sí será una medida administrativa que puede llegar a afectar la identidad cultural y la subsistencia de las comunidades étnicas de ese departamento.

Ahora bien, en relación con los señores Emigdio Cuesta Pino, Renso Alexander García Parra, Jimmy Fernando Torres, José Augusto Benjumea Chamucero, Gonzalo Arturo Reyes Rodríguez y César William Díaz Morales, quienes coadyuvaron la demanda de tutela presentada por las organizaciones étnicas mencionadas, el *ad quem* determinó que no tenían legitimación por activa en el asunto de la referencia, toda vez que la titularidad del derecho a la consulta previa recae exclusivamente en los grupos étnicos, por lo que no cualquier comunidad (ni cualquier persona) está legitimada para invocar la protección de ese derecho fundamental.

¹⁵ Según lo estipulado en el artículo 71 de la Ley 685 de 2001, el concesionario del título minero deberá hacer la exploración técnica del área contratada, dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de inscripción del contrato.

¹⁶ En las resoluciones cuestionadas en la tutela, el proceso de adjudicación está regulado así:

-Resolución No. 18 0241 de 2012 del Ministerio de Minas y Energía: “*ARTÍCULO SEGUNDO. La Autoridad Minera adelantará dentro de un plazo no superior a cinco (5) años, contados a partir de la fecha de publicación de la presente Resolución, los procesos de selección objetiva de que trata el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 para los minerales determinados como estratégicos en la Resolución 180102 del 30 de enero de 2012, para lo cual establecerá en cada caso los términos de referencia y requisitos para escoger al proponente que ofrezca las mejores condiciones y beneficios para el Estado, así como las contraprestaciones mínimas adicionales a las regalías que los interesados en los procesos de selección objetiva deberán ofrecer, cumpliendo para el efecto, los principios de transparencia, economía y selección objetiva.*

(...)

PARÁGRAFO 3. *Vencidos los cinco (5) años de que trata este artículo sin que se hubieren adjudicado parte o la totalidad de las áreas o no se encuentren en proceso de adjudicación, éstas quedarán libres para ser contratadas mediante el sistema general de concesión de que trata el Código de Minas”.*

-Resolución No. 0045 de 2012 de la Agencia Nacional de Minería: “*ARTÍCULO TERCERO: La Autoridad Minera concedente adelantará dentro de un plazo no superior a diez (10) años, contados a partir de la fecha de publicación de la presente Resolución, los procesos de selección objetiva de que trata el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 para los minerales determinados como estratégicos en la Resolución 18 0102 del 30 de enero de 2012, para lo cual establecerá en cada caso los términos de referencia y requisitos para escoger al proponente que ofrezca las mejores condiciones y beneficios para el Estado, así como las contraprestaciones mínimas adicionales a las regalías que los interesados en los procesos de selección objetiva deberán ofrecer, cumpliendo para el efecto, los principios de transparencia, economía y selección objetiva.*

(...)

PARÁGRAFO 3. *Vencidos los diez (10) años de que trata este artículo sin que se hubieren adjudicado parte o la totalidad de las áreas o no se encuentren en proceso de adjudicación, éstas quedarán libres para ser contratadas mediante el sistema general de concesión de que trata el Código de Minas”.*

Así las cosas, advirtió que en el *sub lite*, los señores Renso Alexander García Parra, José Augusto Benjumea Chamucero y Gonzalo Arturo Reyes Rodríguez no adujeron ni demostraron pertenecer a ningún grupo étnico, sino que se limitaron a afirmar que acompañaban la solicitud de amparo, en calidad de miembros de la comunidad de Cajamarca (Tolima).

Por su parte, respecto de los señores Emigdio Cuesta Pino, César William Díaz Morales y Jimmy Fernando Torres quienes dijeron representar, en su orden, a las siguientes organizaciones: Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas – CNOA, Fundación Estrella Orográfica del Macizo Colombiano– FUNDECIMA y Conciencia Campesina, el juez de segunda instancia señaló que no obra prueba en el expediente de que ostenten la calidad de representantes de las organizaciones referidas, y que tampoco aparece probado en el proceso que las organizaciones que los coadyuvantes dicen representar sean comunidades étnicas.

III. PRUEBAS SOLICITADAS EN SEDE DE REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Mediante Auto de veintinueve (29) de septiembre de dos mil catorce (2014), el Magistrado Sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas para verificar hechos relevantes del proceso. En consecuencia, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO. *Por Secretaría General, OFÍCIESE al INCODER, para que, en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de este auto, se sirva enviar a esta Corporación copia de las resoluciones mediante las cuales se otorgó títulos colectivos a las siguientes organizaciones:*

- *Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (COCOMOPOCA): Resolución N.º 2425 de 2011.*
- *Consejo Comunitario de la Asociación Campesina Integral del Atrato (COCOMACIA): Resolución N.º 4566 de 1997.*
- *Consejo Comunitario de la Costa Pacífica del Chocó “los Delfines”: Resolución N.º 02200 de 2002.*
- *Consejo Comunitario General de “los Riscasles”: Resolución N.º 2206 de 2002.*
- *Consejo Comunitario de Juradó: Resolución N.º 2199 de 2002.*
- *Consejo Comunitario de Puerto Echeverry: Resolución N.º 1219 de 2000.*
- *Consejo Comunitario Bellavista-Dubaza: Resolución N.º 1218 de 2000.*

- *Consejo Comunitario de Cueva: Resolución N.º 2701 de 2001.*
- *Consejo Comunitario de Pavasa: Resolución N.º 2695 de 2001.*
- *Consejo Comunitario de Piliza: Resolución N.º 3367 de 2000.*
- *Consejo Comunitario de San Agustín de Terrón: Resolución N.º 3369 de 2000.*
- *Consejo Comunitario de Virudó: Resolución N.º 2698 de 2000.*

SEGUNDO. *Por Secretaría General, OFÍCIESE al Departamento Nacional de Planeación para que, en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de este auto, envíe a esta Corporación:*

- *Copia del Anexo IV.C.1-1, "Protocolización de la Consulta Previa al Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 con Grupos Étnicos"*
- *Copia del Acta de la consulta previa sobre el tema de Pueblos indígenas*
- *Copia del Acta de consulta previa con las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Palanqueras y Raizales*
- *Copia del Acta de consulta con el Pueblo Rom*

TERCERO: *Suspender el término para fallar el presente asunto hasta tanto sean allegadas y valoradas las pruebas aquí ordenadas."*

2. La Secretaria General de la Corte Constitucional, el 7 y 29 de octubre de 2014, informó al Magistrado Sustanciador que en la recepción de esta Corporación se recibieron los Oficios N.º 2014324084808051 y 20143240972461 suscritos por Sandra Teresa Rodríguez Sierra, Coordinadora del Grupo de Asuntos Judiciales del Departamento Nacional de Planeación, en el que informa que remite copia de los siguientes documentos:

- *Copia del Anexo IV.C.1-1 "Protocolización de la Consulta Previa al Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 con Grupos Étnicos".*
- *Copia del "Acta de Protocolización de la Consulta Previa del Capítulo de los Pueblos Indígenas del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014".*
- *Copia del "Acta Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras Protocolización Consulta Previa PND 2010-2014".*
- *Copia del "Acta de la Consulta Previa del Plan Nacional de Desarrollo con el Pueblo Rom".*

3. La Secretaria General de la Corte Constitucional, el 31 de octubre de 2014, informó al Magistrado Sustanciador que en esta Corporación se recibió el Oficio N.º20142189601, suscrito por Rose Mary Luque Garzón, Coordinadora del Grupo de Representación Judicial del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural-INCODER-, al cual se adjuntó copia digital de las resoluciones por medio de las cuales se les otorgó títulos colectivos a varios de los Consejos Comunitarios demandantes.

4. La Secretaria General de la Corte Constitucional, el 11 de noviembre de 2014, informó al Magistrado Sustanciador que en esta Corporación se recibió un memorial suscrito por las señoras Johana Rocha Gómez y María Ximena Gonzalez, integrantes del Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”, apoderadas judiciales de las organizaciones accionantes, en el que se reiteran los argumentos expuestos en la acción de tutela de la referencia, al cual se adjunta copia del recibido por parte del Consejo de Estado, Sección Tercera, de la demanda de nulidad que presentaron, el 5 de septiembre de 2014, contra las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012 y 429 de 2013 proferidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería.

5. La Secretaria General de la Corte Constitucional, el 4 de marzo de 2015, informó al Magistrado Sustanciador que en esta Corporación se recibió un *Amicus Curie* suscrito por Luis Manuel Castro Novoa, Defensor Delegado para los Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, en el que solicita a la Corporación, principalmente, “*que revoque el fallo de tutela de segunda instancia y en su lugar conceda el amparo solicitado sobre el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas del Chocó...*”. Lo anterior, al considerar que la delimitación de territorios colectivos de comunidades afrodescendientes y campesinas del Chocó, como áreas estratégicas mineras, sí genera una afectación directa a su derecho a ser consultadas previamente.

Refiere que la afectación del derecho a la consulta previa se configura porque la definición de las áreas estratégicas mineras no representa tan solo una “mera expectativa” de adquirir un derecho de explotación sino que genera afectaciones directas en los territorios delimitados como tales y, en particular, sobre aquellos en donde conviven poblaciones vulnerables como las comunidades afrodescendientes y campesinas del Chocó. Según el defensor, dicha declaratoria afecta la autodeterminación de las comunidades al destinar estos suelos a una actividad que, como la minera, no respeta su cosmovisión particular respecto de sus territorios y expone su identidad cultural y la pervivencia física de las comunidades al permitir que sus territorios sean objeto de una ronda minera en la cual se otorgaran derechos de explotación al mejor oferente.

Agrega que la delimitación de las áreas estratégicas mineras representa una nueva fase de inicio del proceso de otorgamiento de concesiones mineras, por consiguiente, requiere de la participación activa y de la consulta previa de las comunidades que se verán afectadas, sin que dichas actividades puedan ser

aplazadas para fases posteriores en las que ya medie “certeza” de la realización de la actividad minera, pues, si se mantuviera la realización de la consulta al momento en que el solicitante de la concesión realice el estudio del impacto ambiental, como ocurre actualmente, se estaría desconociendo el carácter previo de la misma al agotar importantes fases del proceso sin la participación de las comunidades, como por ejemplo, la realización de la ronda.

Adicionalmente, manifiesta que el carácter general, abstracto e impropio de los actos administrativos que delimitaron las áreas estratégicas mineras no es un obstáculo para realizar el proceso de consulta previa ni excluye el deber del Estado de proteger y garantizar dicho derecho.

Finalmente, señala que la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades afrodescendientes supone, a su vez, una amenaza para otros derechos tales como el territorio, el agua, la alimentación, el medio ambiente, la cultura y el patrimonio arqueológico. Así mismo, considera que el proceso de definición de áreas estratégicas mineras no contó con canales de participación de otras comunidades, no étnicas, afectadas, sino que se realizó a puerta cerrada, desconociendo el principio de autonomía territorial y el derecho a la participación ciudadana de los habitantes de estas zonas.

6. La Secretaría General de la Corte Constitucional, el 16 de diciembre de 2015, por solicitud del Magistrado sustanciador adjuntó, para que obrara dentro del expediente, la consulta realizada en la base de datos del Consejo de Estado sobre el estado del proceso de nulidad adelantado por las demandantes contra las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012 y 429 de 2013 proferidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y previo examen de las decisiones de tutela adoptadas por los jueces de instancia, en esta oportunidad, le corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar, en primer lugar, si la acción de tutela es procedente para resolver la controversia planteada. Si la Sala encuentra que la acción de amparo resulta procedente, pasará a definir, si el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa, al territorio, a la diversidad étnica y a la participación ciudadana de las comunidades demandantes, al expedir las Resoluciones N.º180241 y 0045 de

2012, por medio de las cuales declararon y delimitaron Áreas Estratégicas Mineras sobre su territorio, sin que, previamente, se les consultaran dichas medidas.

A efecto de resolver la cuestión planteada, previamente, la Sala de Revisión realizará un análisis jurisprudencial sobre (i) La acción de tutela y la procedibilidad de la misma para proteger los derechos fundamentales de las comunidades afrodescendientes, (ii) La protección de los derechos fundamentales de los afrocolombianos y de sus comunidades en la jurisprudencia constitucional y, (iii) El derecho fundamental a la consulta previa.

3. La acción de tutela y la procedibilidad de la misma para proteger los derechos fundamentales de las comunidades afrodescendientes

El artículo 86 constitucional consagra la acción de tutela como un mecanismo de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

En virtud del principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, esta Corporación ha sostenido que en los casos en que existan medios judiciales ordinarios de protección al alcance del actor, el amparo será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere del amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, se configuraría un perjuicio irremediable; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es un sujeto de especial protección constitucional¹⁷.

Por regla general, la acción de amparo resulta improcedente para revocar actos administrativos, pues para reclamar dicha pretensión existen en el ordenamiento jurídico mecanismos judiciales ordinarios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante lo anterior, la Corte ha señalado que, en ciertos casos, los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos para la protección de derechos fundamentales, como por ejemplo, cuando se busca la protección de derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional o de una persona que esté en una circunstancia de debilidad manifiesta¹⁸. Es así como *“el amparo constitucional procede con el fin de salvaguardar bienes cuya inmediata protección resulta necesaria, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del caso concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido”*¹⁹.

Dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, la anterior

¹⁷ Ver sentencia T-177 de 2011

¹⁸ Al respecto ver entre otras la sentencia T-607 de 2007, T-702 de 2008 y T-681 de 2008.

¹⁹ Sentencia T-235 de 2010.

consideración conduciría a la conclusión de que, a menos que se acreditase la amenaza de un perjuicio irremediable que justificase una medida de amparo transitorio, la acción de tutela resultaría improcedente en este caso.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la validez de los actos administrativos que, por ejemplo, conceden una licencia ambiental, asunto que escapa a la competencia del juez constitucional, cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente.²⁰

Sobre el particular, en la Sentencia SU-383 de 2003, se recordó que la Corte Constitucional ha sostenido, de manera reiterada, que dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, el mecanismo de la consulta previa constituye un derecho fundamental, *“pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”*.²¹

En esa sentencia, la Corte expresó además que *“... no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”*, criterio que fue reiterado en la Sentencia T-880 de 2006.

Ahora bien, en relación con la legitimación por activa de los miembros de comunidades étnicas para presentar la acción de tutela, la Corporación ha reconocido *“no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también “las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo”*²².

Por las anteriores consideraciones, en principio, resulta posible que, al margen de la controversia que pueda plantearse en la jurisdicción de lo

²⁰Corte Constitucional, Sentencia T-547 de 2010, M.P.

²¹ Sentencia SU-039 de 1997. En esta sentencia la Corte tuteló transitoriamente los derechos de participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U'WA, ordenando que éste sea consultado antes de proferir una resolución de exploración en su territorio. En igual sentido, entre otras, la Sentencia T-652 de 1998.

²² Sentencia 049 de 2013.

contencioso administrativo respecto de los actos administrativos por medio de los cuales se declararon y delimitaron las áreas estratégicas mineras en el territorio nacional, la Corte estudie de fondo la solicitud de amparo presentada, en orden a establecer si, en este caso, resultaba imperativo un proceso de consulta previo a la expedición de dichos actos, y si la ausencia del mismo se traduce en una afectación de los derechos fundamentales de las comunidades negras a su identidad e integridad social, cultural y económica.

4. La protección de los derechos fundamentales de los afrocolombianos y de sus comunidades en la jurisprudencia constitucional

Esta Corporación ha reconocido que las personas afrocolombianas y las comunidades a las que pertenecen son titulares de derechos fundamentales y gozan de un status especial de protección que aspira, tanto a compensarlas por las difíciles circunstancias sociales, políticas y económicas que han enfrentado tras décadas de abandono institucional, como a salvaguardar su diversidad étnica y cultural, en armonía con el marco constitucional y los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido en esa materia.

Sobre esos supuestos, la Corte ha amparado los derechos fundamentales de los afrocolombianos que han sido víctimas de actos de discriminación asociados a su raza o que han sido excluidos arbitrariamente de los beneficios instituidos por vía legal o administrativa para garantizar que disfruten de los mismos derechos y libertades a los que tiene acceso el resto de la población. Así mismo, ha protegido a las comunidades negras que han visto amenazados o vulnerados los derechos que el Convenio 169 de la OIT y la Ley 70 de 1993 les han reconocido en su condición de sujeto colectivo portador de una identidad cultural y étnica diferenciada.

Las controversias fácticas y jurídicas que se han suscitado en esos casos han exigido que la Corte se pronuncie sobre los criterios que determinan que cierta persona o comunidad esté legitimada para reclamar el tratamiento especial que la Carta, la legislación interna y los instrumentos internacionales de derechos humanos han consagrado a favor de los afrodescendientes.

Es profusa la jurisprudencia constitucional que ha revisado asuntos sobre la materia. En efecto, son varios los fallos que en sede de control de constitucionalidad y de tutela se han referido a la noción de comunidad negra - tanto en el ámbito de la Ley 70 de 1993 como en el de la expresión pueblo tribal que ideó la OIT- a los elementos que configuran la diversidad de estas colectividades y a los distintos factores a partir de los cuales podría validarse o descartarse la identidad afrocolombiana de cierto grupo o individuo.

La primera aproximación al debate sobre la titularidad de los derechos fundamentales de los afrocolombianos y a las categorías conceptuales (raza, etnia, cultura, territorio) con las que se ha vinculado su condición de sujetos de especial protección constitucional se encuentra en la sentencia T-422 de

1996²³. La providencia, de hecho, fue la primera en identificar a la población negra del país como destinataria de un trato preferente, que asoció a dos fines concretos: al de compensarla por décadas de abandono institucional, discriminación y aislamiento y al de defender su supervivencia como grupo étnico cultural.

Al concepto de comunidades negras y a su condición de grupo étnico volvió a referirse esta corporación cinco años después. La sentencia C-169 de 2001²⁴, que examinó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que reglamentó el artículo 176 de la Carta Política²⁵, retomó la discusión desde una nueva perspectiva: la del alcance del término “tribal” contemplado en el Convenio 169 de la OIT.

El fallo indicó que el término comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo). Como las *comunidades negras*, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, decidió que era posible considerarlas un pueblo tribal, en los términos del Convenio 169.²⁶

Fue esta, entonces, la primera providencia que circunscribió la etnicidad de las comunidades negras a la caracterización que hizo de ellas la Ley 70 de 1993. La comunidad negra, entendida como un *“conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad (...)”* fue reconocida, así, como titular de derechos colectivos similares a los que la Constitución y el bloque de constitucionalidad les habían reconocido a las comunidades indígenas.

El debate, sin embargo, se ha hecho mucho más complejo en el marco de los casos concretos de las comunidades que han apelado a su diversidad cultural para reclamar el amparo de los derechos fundamentales que les corresponden como colectivo. La Sala se referirá a algunos de ellos más adelante. En lo que

²³ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁵ El artículo 176 superior contempla la existencia de una circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.

²⁶ La Corte reconoció que la definición de *comunidades negras* prevista en el artículo 2-5 de la Ley 70/93 y el establecimiento de un régimen especial de protección de su cultura e identidad hacen parte de su reconocimiento jurídico como un actor social que ha comenzado a defender sus intereses sobre la base de sus condiciones compartidas de existencia y su identidad colectiva. *“Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época -puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los “palenques”, pueblos de esclavos fugitivos o “cimarrones”, y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia-, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional”* Por eso, indicó el fallo, el reconocimiento de estas comunidades como grupo étnico es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país.

respecta a la sentencia C-169 de 2001, se destacará, finalmente, que asoció el reconocimiento de las *comunidades negras* como titulares de derechos fundamentales, a *“su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realizada, y no del color de la piel de sus integrantes”*, reiterando, así, la regla de decisión que aplicó la sentencia T-422 de 1996: aquella que descarta a la raza como factor determinante para el reconocimiento de derechos étnicos²⁷.

La sentencia T-955 de 2003²⁸, por su parte, marcó un hito en la jurisprudencia constitucional relativa a la identidad étnica afro, por ser el primer fallo que amparó los derechos étnicos de una comunidad negra²⁹, en concreto, los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva, a la participación y a la subsistencia de las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica, los cuales habían sido vulnerados por varias autoridades que autorizaron la explotación de maderas en sus territorios ancestrales.

En esta ocasión, la Corte sostuvo que el Convenio 169 y las disposiciones constitucionales que protegen a los pueblos indígenas y tribales reivindican con claridad *“el derecho de las comunidades afrocolombianas a ser tenidas como pueblos, atendiendo las condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional”*³⁰.

No obstante, como el problema jurídico tenía que ver con la ejecución de una actividad extractiva en las tierras de los peticionarios, el fallo destacó el valor espiritual que tiene para las comunidades negras su relación con sus territorios

²⁷ El fallo explicó que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su raza, porque ello equivaldría a suponer que en Colombia existen razas puras y llevaría a efectuar distinciones odiosas entre quiénes se deben considerar de raza negra y quiénes no. La categoría "raza", indicó la Corte, ha sido revaluada por las ciencias sociales y, en todo caso, una clasificación basada en dicho criterio desconoce que la Constitución no alude a grupos raciales, sino a grupos étnicos. Hecha esta precisión, advirtió que el término de comunidades negras, para los efectos del proyecto de ley que se estaba examinando, comprendía a i) aquellas comunidades que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano y a las que se ubican en otros puntos del territorio nacional y cumplen con los elementos objetivo y subjetivo que determinan a los beneficiarios del Convenio 169 y a ii) las agrupaciones raizales de San Andrés y Providencia, que también son un grupo étnico titular de derechos especiales. Sobre ese supuesto, condicionó la constitucionalidad del artículo 1° del proyecto—sobre las curules asignadas a las comunidades negras en la Cámara de Representantes, dada su condición de minorías étnicas— a que se entendiera que las comunidades raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia se entenderían incluidas para todos los efectos de la ley, dentro de las comunidades negras.

²⁸ M.P. Álvaro Tafur.

²⁹ Para ese entonces, esta corporación había consolidado, en aplicación del Convenio 169, una sólida doctrina constitucional sobre la posibilidad de que las comunidades indígenas fueran titulares de derechos colectivos distintos a los que se radican en cabeza de cada uno de sus integrantes. Sobre el particular, pueden revisarse las sentencias T-188 y T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes) que ampararon el derecho a la propiedad colectiva de la comunidad indígena Paso Ancho y el derecho del resguardo de la comunidad indígena Emberá-Catío del río Chajeredó a la propiedad colectiva de los recursos naturales no renovables existentes en su territorio, respectivamente. También, la sentencia SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) que, con ocasión de la tutela que promovieron varios indígenas U'wa, a propósito de los trabajos de exploración petrolífera adelantados por ECOPETROL y Occidental de Colombia Inc. en sus territorios, caracterizó a la consulta previa como un derecho fundamental autónomo destinado a preservar la integridad de los pueblos indígenas y la diversidad étnica y cultural de la Nación.

³⁰ La sentencia destacó que los pueblos tribales, entre los que se encuentran las comunidades negras, merecen la misma protección que reciben los pueblos indígenas, así algunas disposiciones constitucionales se refieran solamente a estos últimos. Lo anterior, en aplicación del Convenio 169 y de las normas superiores que reconocen en igualdad de condiciones a todas las culturas existentes en el territorio nacional y propenden igualmente por su conservación, difusión y desarrollo.

y el papel que, en este sentido, representan sus territorios colectivos y las prácticas tradicionales de producción que desarrollan en ellos frente a la construcción de su identidad cultural³¹.

5. El derecho fundamental a la consulta previa. Reiteración de jurisprudencia

5.1. Fundamentos normativos del derecho fundamental a la consulta previa

Los pueblos indígenas y las comunidades negras, afrodescendientes o afrocolombianas³² son titulares de derechos fundamentales y sujetos de

³¹ En efecto, la Corte sintetizó el marco normativo que regula el derecho de propiedad colectiva de las comunidades negras a las tierras que tradicionalmente ocupan, y resaltó que tal derecho supone que estas son las únicas propietarias de la flora existente en sus territorios y las que pueden extraer y aprovechar los productos de sus bosques.

³² En relación con el uso de los etnónimos (nombres de grupos étnicos) “*afrocolombiano*”, “*afrocolombiana*”, “*afrodescendiente*”, “*negro*” o “*negra*”, la Sala toma en cuenta, al utilizarlos como adjetivos calificativos de comunidades étnicamente diversas, el hecho de que las distintas denominaciones han sido utilizadas en las reivindicaciones de los pueblos titulares de tales derechos diferenciados en Colombia. Así, el término *afrodescendientes*, que es el de mayor aceptación, o uso recurrente en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente desde la proclamación de la Declaración de Durban, toma como referencia la línea de descendencia con personas esclavizadas y víctimas de la trata en época de la colonia; la palabra *afrocolombiano*, por su parte, mezcla ese aspecto con la identidad nacional, en tanto que la palabra *negra*, es usada por algunas comunidades, líderes y organizaciones en Colombia, precisamente, como criterio de auto identificación, de acuerdo con el análisis que sobre los censos efectuó el autor, aclarando que el vocablo posee también actualmente implicaciones reivindicatorias, según se explicará, a continuación. Así, el antropólogo Jaime Arocha explica cómo la denominación y especialmente el auto reconocimiento de las comunidades étnicas ha sido un elemento que ha generado diversas discusiones entre los titulares de los derechos, evidenciados en las preguntas que se estructuran al realizar censos con el propósito de orientar las políticas públicas asociadas a la realización de sus derechos. Explica el autor cómo el proceso de auto identificación (aspecto relevante para establecer la titularidad de los derechos de los grupos étnicos) es complejo, debido a situaciones históricas como (i) la pérdida del nombre de pila en época de la conquista y la colonia, seguida de su reemplazo por una mezcla entre la denominación del lugar de nacimiento y un nombre o apellido de origen español (por ejemplo, los nombres María Carabalí o Juan Congo); la posterior utilización de la palabra *negra* o *negro* para designar las personas víctimas de la trata en la época, y la reciente concientización de las comunidades sobre los etnónimos *afrodescendiente* y *afrocolombiano*, a partir del trabajo de algunas organizaciones de base y de incidencia política. Indica también el citado autor cómo los apelativos *zambo*, *mulato* y otros semejantes aluden a un criterio de pureza de la raza, siendo no sólo erróneos científicamente sino jurídicamente especialmente discriminatorios, mientras que, por el contrario, etnónimos de gran valor para las reivindicaciones de las comunidades como *libres*, utilizado en el Cauca, no han tenido eco en las instituciones jurídicas. En síntesis, es posible concluir del estudio que los etnónimos “*afrocolombiana*”, “*afrodescendiente*”, “*negro*” y “*negra*”, son de uso frecuente por las comunidades, haciendo parte los primeros de un reciente proceso de articulación de las exigencias jurídicas de las comunidades a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y los dos últimos porque, a pesar de que inicialmente hacían alusión directa al comercio de personas hacia América, actualmente son usados por las comunidades, bien sea como criterio de auto reconocimiento; bien sea como una forma de recordar la lucha contra la discriminación histórica. || A su turno, las expresiones “*palenqueras*”, para aquellas comunidades que escaparon durante la colonia y organizaron parte de la resistencia más recia a la dominación y que actualmente se ubican principalmente en Cartagena y “*raizales*”, la cual hace referencia a los habitantes del Departamento de San Andrés y Providencia, quienes comparten un origen diverso caracterizado a muy grandes rasgos por su ascendencia primordialmente europea, la lengua *creole* y una orientación religiosa predominantemente bautista, son etnónimos que han logrado establecerse como parámetros de un de auto identificación por parte de los pobladores de las islas, así como de un amplio reconocimiento jurídico. || Con esas precisiones en mente y especialmente respetando los criterios de auto reconocimiento y el significado político y jurídico que las comunidades étnicas y el cuerpo de protección de los derechos humanos les han otorgado a tales expresiones, la Sala utilizará indistintamente las expresiones *comunidad negra*, *comunidad afrodescendiente* y *comunidad afrocolombiana*. (Publicado en la compilación Dossier Colombia. Revista

especial protección constitucional. Desde la sentencia T-380 de 1993³³ la Corte Constitucional señaló que el reconocimiento de sus derechos es imprescindible para garantizar la supervivencia de grupos humanos poseedores de una cultura diferente a la mayoritaria y que se encuentran en situación de vulnerabilidad desde el punto de vista constitucional, debido, entre otras razones, a (i) la existencia de patrones históricos de discriminación que les impiden el pleno ejercicio de sus derechos y su cultura; (ii) la presión ejercida sobre sus territorios, su forma de ver el mundo, su organización social, sus modos de producción y su concepción sobre el desarrollo, originada en la explotación de los recursos naturales y la formulación de proyectos de desarrollo de diversa naturaleza en sus territorios ancestrales; (iii) el grave impacto que el conflicto armado ha generado en su modo de vida, reflejado en desplazamiento forzado y afectaciones de especial gravedad a sus territorios ancestrales, usados como corredores estratégicos o escenarios directos del conflicto; y (iv) la marginación económica, política, geográfica y social que, por regla general, enfrentan como grupos minoritarios.³⁴

Los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes constituyen además, concreción de diversos mandatos, principios y valores constitucionales, entre los que cabe destacar: la concepción de la democracia acogida por el Constituyente, a la vez participativa y pluralista, visión que reivindica la coexistencia de diversas formas de ver el mundo y propicia la activa intervención de todas las culturas para la construcción del Estado (artículos 1º y 2º, CP); el principio de igualdad que, de una parte, se concreta en el carácter general de la ley y la prohibición de discriminación³⁵; y, de otra, ordena la adopción de medidas especiales, de carácter favorable, frente a grupos vulnerables o personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13 CP); la diversidad étnica (artículo 7º CP) que prescribe el respeto y conservación de las diferencias culturales como elemento constitutivo de la Nación; el principio de igualdad de culturas (artículo 70 CP) que prohíbe imponer las formas de vida mayoritarias como las únicas válidas o como opciones prevalentes sobre la visión del mundo de los pueblos originarios, y diversos compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³⁶

Observatorio Latinoamericano, Número 5. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. 2010)

³³ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁴ Al respecto, ver sentencias T-282 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), Autos 004 y 005 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

³⁵ Los derechos de los pueblos indígenas tocan diversas esferas del principio de igualdad: así, los mandatos de igualdad formal e igualdad de derechos para toda la población, propios del inciso primero del artículo 13; la igualdad material, en atención a los diversos factores de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes (13.2 y 13.3), el respeto por la igualdad en las diferencias, derivado de los principios de diversidad cultural e igualdad entre culturas (arts. 7º y 70 CP).

³⁶ En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe destacarse (i) el Convenio 169 de la OIT, instrumento incorporado al bloque de constitucionalidad por remisión del artículo 93 (inciso 1º) de la Constitución Política; (ii) la interpretación de las obligaciones estatales en relación con los pueblos indígenas, en materia de consulta previa, a partir de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y (iii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde se recoge la visión actual de la comunidad internacional sobre el alcance mínimo de los derechos de los pueblos indígenas. Como herramientas relevantes para la interpretación del derecho a la consulta previa, la Sala tomará también en consideración (iv) los informes de la Relatoría de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, (v) la

Un elemento imprescindible para una adecuada interpretación y aplicación de las normas y principios asociados a la protección, respeto y garantía de los derechos de las comunidades cultural o étnicamente diversas, es el enfoque de *diversidad y autonomía* planteado por la comunidad internacional desde la aprobación del Convenio 169 de 1989³⁷ de la OIT. Ese enfoque, en síntesis, plantea que las culturas indígenas o afrodescendientes³⁸ poseen vocación de permanencia y que los Estados deben respetar al máximo su derecho a definir sus prioridades y asuntos propios, como manifestación del principio de autodeterminación de los pueblos.³⁹

En el mismo sentido, el Convenio 169 de 1989 “*asume que [los] pueblos [originarios] pueden hablar por sí mismos, que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan*”, reivindicando la capacidad y el derecho de los pueblos indígenas y tribales de interactuar en condición de igualdad con el grupo mayoritario y aportar de esa forma a la construcción del Estado.⁴⁰

La orientación del Convenio 169 de 1989 permea todas sus disposiciones y, por lo tanto, plantea un criterio finalista de interpretación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales vinculante para los operadores jurídicos, de acuerdo con el cual la aplicación de las normas que involucran el goce de sus derechos debe tener como norte la maximización de su autonomía, la preservación de su cultura y el respeto por la diferencia.

En ese marco, la consulta previa no debe considerarse como una garantía aislada. Constituye el punto de partida y encuentro de todos los derechos de

Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT, y el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre territorios indígenas, como doctrina autorizada: “*Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*” (2010) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 diciembre 2009

³⁷ Al respecto, en la sentencia C-461 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. S.V. Jaime Araújo Rentería) expresó la Corte: “4.3. *Es importante precisar en esta oportunidad que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa cobijan, en Colombia, tanto a los grupos indígenas como a las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio. Las comunidades negras son grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente.*” Ver también, sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), Auto 005 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

³⁸ El Convenio 169 de la OIT hace referencia a “pueblos tribales en países independientes”. En el contexto colombiano, sus normas cobijan a las comunidades negras y los pueblos indígenas, considerados como grupos étnicamente diversos. (Ver sentencias C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz. Unánime) y C-461 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. SV Jaime Araújo Rentería).

³⁹ El enfoque del Convenio 169 plantea un abierto contraste con el modelo *asimilacionista*, previamente defendido por el Convenio 107 de 1957 de la OIT, caracterizado por el propósito de igualar las condiciones de los pueblos indígenas con las de la sociedad mayoritaria para una paulatina integración de las comunidades originarias a las formas de vida dominantes, como lo señaló la Corte en la sentencia de unificación SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis. SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández. SPV Jaime Araújo Rentería). Al respecto, en el preámbulo del Convenio, se expresa: “Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.”

⁴⁰ SU-383 de 2003, citada.

los pueblos indígenas y tribales, en tanto condición de eficacia de su derecho a adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades sociales, económicas y culturales.

En esa dirección, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas y tribales, James Anaya, ha expresado que la consulta previa constituye la piedra angular del Convenio 169, en la que se fundamentan todas sus disposiciones, por su importancia para el goce de los derechos diferenciados de los pueblos indígenas y tribales y porque realiza los principios de democracia y soberanía popular, al rechazar el gobierno “*por imposición*”⁴¹.

En el ámbito interno, la Corporación ha sostenido de manera constante que la consulta previa posee el carácter de derecho fundamental⁴². En el fallo de unificación SU-039 de 1997, la Corte precisó que la consulta es un derecho fundamental porque concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos:

“Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas y tribales que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas” || “A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas y tribales en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y tribales y para

⁴¹ Ver, al respecto, Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34. 15 de junio de 2009. “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. En similar sentido, afirmó la Corte en la sentencia C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil. Unánime): “En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.”

⁴² Lo que a su vez implica que es una norma de la mayor jerarquía constitucional, cuya protección puede exigirse por vía de la acción de tutela, tema que se abordará nuevamente al analizar la procedencia formal de la acción.

asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”.

En ese marco, el artículo 40 constitucional⁴³, en su numeral 2º, establece el derecho de participación de todos los ciudadanos en los asuntos que los afecten, garantía que se ve reforzada en el caso de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, por su relación con otros mandatos constitucionales. El artículo 330 de la Constitución Política⁴⁴ prevé, a su turno, la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios, enmarcando esa obligación dentro de un amplio conjunto de potestades asociadas a la protección y promoción de la autonomía en materia política, económica y social, y al ejercicio del derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras y territorios colectivos.

En concordancia con esas disposiciones constitucionales, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, el Legislador expidió la Ley 70 de 1993⁴⁵, en la que estableció el derecho de las comunidades negras a ser consultadas previa la adopción de las siguientes medidas:⁴⁶

“[procede la consulta] a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y

⁴³ Artículo 40. “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. || 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. || 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. || 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. || 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. || 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. || 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. || Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

⁴⁴ Constitución Política. Artículo 330: “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: (...) Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

⁴⁵ Por la cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política.

⁴⁶ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

*profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la "unidad de gestión de proyectos" que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58). Además [...] ‘como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley’.*⁴⁷

El Convenio 169 de la OIT -última de las fuentes citadas en la sentencia SU-039 de 1997 como fundamento del derecho a la consulta previa- es el instrumento de mayor relevancia en la interpretación y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en el orden interno, no sólo por el avance que supuso en el respeto por su autodeterminación, sino también porque hace parte del bloque de constitucionalidad, así que sus disposiciones son aplicables directamente en el orden interno, con fuerza constitucional.

El artículo 6, inciso 1º, literal a) del Convenio 169 de 1989 hace referencia a la consulta previa en los siguientes términos: “*Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;|| b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; [y] || c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin*”.

Diversas obligaciones y conceptos se desprenden de la disposición citada. En primer término, la regla general de consultar a las comunidades originarias, previa la adopción de medidas administrativas o legislativas que las afecten directamente; en segundo lugar, la definición de los medios para asegurar su participación en instituciones vinculadas con el diseño e implementación de políticas y programas que les conciernan; y finalmente, la destinación y provisión de recursos necesarios para el cumplimiento de esos propósitos. Además, el literal 2º del artículo 6º, plantea elementos centrales de la consulta,

⁴⁷ Sentencia C-169 de 2001. (MP. Carlos Gaviria Díaz. Unánime).

como la aplicación del principio de buena fe, la flexibilidad de la consulta y la finalidad de obtención del consentimiento de los pueblos interesados⁴⁸.

Sin embargo, el artículo 6º del Convenio no constituye una disposición aislada. Debe leerse en armonía con el conjunto de disposiciones del convenio que se dirigen a asegurar la participación de las comunidades indígenas en toda decisión que les concierna, y a fomentar relaciones de diálogo y cooperación entre los pueblos interesados y los Estados parte del Convenio, algunas de las cuales se destacan a continuación:

Así, el artículo 5º, ordena reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos interesados y tomar en consideración sus problemas colectivos e individuales, y adoptar medidas para “*allanar*” sus dificultades al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, con su “*participación y cooperación*”⁴⁹; el artículo 7º, plantea la obligación de garantizar su *participación* en los planes de desarrollo nacionales y regionales, propendiendo al mejoramiento de sus condiciones de salud, trabajo y educación, y la de realizar estudios sobre el impacto de las medidas en la forma de vida y el medio ambiente de sus territorios, con la *participación y cooperación directa* de los pueblos interesados⁵⁰; el artículo 4º, establece la obligación genérica de adoptar medidas para la protección de los derechos e intereses de los pueblos interesados sin contrariar sus deseos “*expresados de forma libre*”⁵¹.

En relación con sus territorios, el artículo 15, hace referencia a la obligación de *consultar* a los pueblos concernidos, con el propósito de determinar si sus intereses serán perjudicados antes de emprender programas de prospección o

⁴⁸ Convenio 169. Artículo 6º. Numeral 2º. “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

⁴⁹ Artículo 5. “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; || d) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; || c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

⁵⁰ , numeral 1º, prescribe que “(l)os pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. || 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. || 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas|| 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

⁵¹ Artículo 4º, Convenio 169 de la OIT: “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. || 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. || 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”.

explotación de los recursos existentes en sus tierras, al derecho a *participar de los beneficios* que reporten esas actividades, y recibir indemnizaciones equitativas por los daños que les ocasionen⁵², en tanto que el artículo 16 establece la obligación de obtener el *consentimiento* de los pueblos siempre que el Estado pretenda efectuar un traslado desde su territorio ancestral, y *concertar* las medidas de reparación adecuadas ante tales eventos.⁵³

La exposición de las anteriores disposiciones demuestra la importancia de enmarcar la consulta en un espectro más amplio de garantías que incluyen la *participación, la consulta previa, la cooperación, el consentimiento de la comunidad, la participación en los beneficios, y la indemnización* en determinados eventos. Todos estos derechos y garantías constituyen un *continuum* de protección de los pueblos indígenas y tribales, pues cumplen la función de (i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades del orden nacional; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos (especialmente, pero no exclusivamente, los territoriales).⁵⁴

5.2. Alcance de la consulta y subreglas aplicables

La jurisprudencia constitucional, así como las normas de derecho internacional relevantes, han definido los contornos de la consulta previa, mediante un conjunto de *subreglas*, principios y criterios que pueden ser concebidos como guías para los órganos competentes de adelantarla, los pueblos interesados y los particulares que se vean inmersos en el proceso consultivo. Así, en la sentencia T-129 de 2011⁵⁵ se recogieron las principales subreglas, que pueden sintetizarse, así:

Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación *activa y efectiva* de los pueblos

⁵² Ver, Artículo 15, *ibídem*.

⁵³ Ver, Artículo 16, *ibídem*.

⁵⁴ Otras disposiciones relevantes en la materia son el artículo 8º, referente al respeto por sus costumbres y derecho propio, y a la obligación de establecer mecanismos de coordinación en caso de que ello suscite conflictos (pluralismo jurídico); el artículo 13, sobre la obligación de respetar los territorios indígenas y la relación espiritual entre los pueblos y sus territorios, en la medida en que la consulta es un medio de protección al territorio colectivo y a los recursos naturales de sus territorios; el artículo 17, numeral segundo, que dispone “Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.” El artículo 20, numeral 1º, atinente a la protección laboral de las personas indígenas; el artículo 22, concerniente a la creación de programas de formación profesional que promuevan la participación voluntaria de los miembros de los pueblos interesados. El artículo 25, sobre los sistemas de seguridad social, y concretamente, los planes de salud y educación que deberán diseñarse con base en la participación y cooperación de las comunidades indígenas, de donde se infiere que la participación de los pueblos se prevé como medio de implantación del Convenio, no frente a asuntos específicos, sino como condición de un adecuado desarrollo y comprensión de los derechos allí previstos, entre otros.

⁵⁵ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

interesados. Que la participación sea *activa* significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea *efectiva*, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

Reglas o *subreglas* específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (i) la consulta debe ser *previa* a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (ii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar *desprovistas de arbitrariedad*, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.⁵⁶

5.3. Ámbito material de procedencia de la consulta previa

Las primeras decisiones proferidas por la Corte Constitucional, en relación con la consulta previa, establecieron su procedencia frente a medidas susceptibles de afectar los territorios de los pueblos indígenas y los recursos naturales ubicados en ellos. Así, en las sentencias T-428 de 1992⁵⁷, T-380 de 1993⁵⁸ y el primer fallo de unificación en la materia, SU-039 de 1997⁵⁹, la Corporación abordó casos sobre el eventual desconocimiento del derecho a la consulta, previa, la construcción de una carretera por territorio colectivo de una comunidad indígena o la explotación de recursos en los territorios indígenas, tales como la madera de árboles nativos o la exploración y explotación de petróleo.

En casos posteriores, la Corte analizó la procedencia de la consulta frente a grandes proyectos de infraestructura, como represas (T-652 de 1998⁶⁰), concesiones de explotación minera (T-769 de 2009⁶¹), construcción de puertos (T-547 de 2010)⁶², entre otros. De acuerdo con la amplia reiteración

⁵⁶ Esta síntesis se basa en las sentencias T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

⁵⁷ M.P. Ciro Angarita Barón.

⁵⁸ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁹ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁰ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶¹ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁶² (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Específicamente, en el caso se discutió la violación de la consulta previa a la entrega de la licencia ambiental para la Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa, localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo,

jurisprudencial presentada en las sentencias T-129 de 2011⁶³ y T-693 de 2011⁶⁴, la Corporación ha establecido la procedencia de la consulta en supuestos como la adopción de medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a las comunidades originarias; la entrega de concesión en general y de explotación minera, en particular; la entrega de licencias ambientales para la explotación de recursos en territorios indígenas, y los proyectos de infraestructura o planes y programas de desarrollo que afecten a las comunidades indígenas.

A pesar del valor ilustrativo que posee la reseña de cada uno de los casos conocidos por la Corte Constitucional, en sede de revisión de tutela, por violación al derecho a la consulta previa, resulta relevante indicar que la consulta no procede exclusivamente a partir de una serie de supuestos hipotéticos taxativamente contruidos en la Constitución, la Ley o la jurisprudencia de esta Corporación.

Ese aspecto fue aclarado de forma definitiva por la Sala Plena en sentencia SU-383 de 2003⁶⁵, en la que se planteó un eventual conflicto entre los intereses de las comunidades indígenas y la defensa de la seguridad nacional, reflejado en la cuestión constitucional de si es obligatoria la consulta, previa la aspersión de sustancias químicas para la erradicación de cultivos ilícitos, en el marco de la lucha internacional contra el narcotráfico⁶⁶. La Corte sostuvo que la consulta previa sí resultaba vinculante en ese evento, y explicó que su ámbito material de procedencia está dado por la afectación directa de cualquiera de los derechos de las comunidades indígenas y no exclusivamente por la eventual incidencia en los territorios indígenas:

“[...] de conformidad con lo previsto en el artículo 94 constitucional, la participación prevista en el artículo 330 de la Carta Política es un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT, comoquiera que este mecanismo, por ser inherente a la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales, se entiende enunciado en todos los derechos y garantías que el ordenamiento constitucional les reconoció a estos pueblos, toda vez que sólo escuchándolos, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o de lograr su consentimiento de las medidas propuestas, se puede proteger el carácter pluricultural y

Departamento de la Guajira, caso en que la Corte consideró que se desconocieron los derechos fundamentales de los cuatro pueblos indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta.

⁶³ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁵ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁶ Posteriormente, en la sentencia de unificación SU-383 de 2003 (citada), la Sala Plena analizó la procedencia de la consulta a un grupo de comunidades indígenas del Amazonas, frente a la aspersión de productos químicos para la erradicación de cultivos ilícitos en amplias zonas del departamento. La Corporación debió evaluar una tensión entre el interés del Estado en la defensa del territorio y al cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional para enfrentar el negocio ilícito del tráfico de estupefacientes, de una parte; y la protección de la autonomía y el derecho a participación de las comunidades indígenas, mediante la consulta previa, de otra.

*multiétnico del Estado colombiano –artículos 6 del Convenio, 1° y 7° C.P. [...]*⁶⁷

La posición sostenida por la Sala Plena de la Corte Constitucional es coincidente con el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT y el 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de acuerdo con los cuales la consulta procede frente a cualquier medida de carácter legislativo o administrativo que las afecte. Además, resulta relevante indicar que las normas del DIDH plantean el contenido mínimo de protección, razón por la cual la jurisprudencia colombiana ha ampliado el alcance de la obligación, al plantear que la consulta procede frente a medidas de *cualquier índole*, incluyendo normas, programas, proyectos o políticas públicas que *afecten directamente* a las comunidades originarias o afrodescendientes.

En síntesis, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a supuestos hipotéticos. Los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse especialmente relevantes, pero no agotan la obligación estatal. La importancia de esos supuestos se refleja en las condiciones de realización de la consulta y la relación con las *subreglas* asociadas al consentimiento.

Ahora bien, esta Corporación, ha hecho énfasis en el derecho de las comunidades afrodescendientes al territorio, pues su reconocimiento conlleva la posibilidad material de ejercer los derechos de identidad cultural y autonomía de los grupos étnicos,⁶⁸ por cuanto “*el derecho al territorio de los grupos étnicos representa la base material para su supervivencia y el desarrollo de sus culturas*”⁶⁹.

Al respecto, la Asociación de Consejos Comunitarios y Organizaciones del Bajo Atrato (Ascoba), sostiene que:

“El territorio es y forma parte de nuestra vivencia social y cultural y jamás puede ser considerado como un inmueble de intercambio comercial. Él es para nosotros, los dueños y pobladores ancestrales, un

⁶⁷ Acto seguido, aclaró la Corte: “No implica lo anterior que la Corte esté desconociendo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser previamente consultados cuando se adelanten proyectos de explotación de los recursos naturales en sus territorios ancestrales, por el contrario i) la Carta destaca esta modalidad de consulta, ii) la trascendencia de la misma ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional⁶⁷, y iii) la observancia estricta de esta modalidad de participación preocupa a la comunidad internacional, en razón de que los efectos de la minería y de los grandes proyectos inconsultos que se adelantan en los territorios indígenas “(..) *amenazan con desplazar o ya han desplazado a cientos de miles de indígenas y tribus* (..)” de su hábitat. || Lo que acontece es que el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, en cuanto propende por la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas, es una modalidad de participación de amplio espectro, como viene a serlo la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en la que la especificidad del mecanismo para decisiones atinentes a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas está comprendida.” *Ibidem*.

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-652 de 1998.

espacio que acoge la vida de las Comunidades de manera integral, con pueblos, culturas y organizaciones sociales propias, y que nos proporciona los recursos naturales para la reproducción de la vida y la cultura. (...) Este es todo aquello que se puede ver y palpar con facilidad, es decir, los ríos, las ciénagas, los bosques los animales, la tierra para cultivar, los minerales, pero también incluye todo aquello que no se puede tocar con las manos y que hace parte de nuestra espiritualidad como pueblos afrodescendientes, esto es, las manifestaciones culturales propias, las tradiciones, las costumbres, las fuerzas sobrenaturales que rigen la naturaleza, los espíritus de nuestros ancestros que protegen el territorio, las formas propias de relacionarnos con la naturaleza y nuestro conocimiento ancestral”

5.4. La afectación directa

Como se explicó previamente, el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta es el de *afectación directa*, cuyo alcance será abordado en los siguientes párrafos, desde dos bases: en primer término, se partirá de la jurisprudencia ya reiterada, que evidencia cómo la Corte Constitucional partió de la evaluación de supuestos concretos de procedencia de la consulta hasta establecer en sentencia de unificación SU-383 de 2003, un concepto amplio de consulta, basado en lo dispuesto por el literal a del artículo 6 del Convenio 169, que abandona la enumeración taxativa y se concentra en la evaluación de la afectación directa de cualquier derecho de las comunidades. De otra parte, se hará referencia a las consideraciones vertidas en sentencias de constitucionalidad sobre el concepto.

En efecto, la consulta previa a la adopción de medidas legislativas es el escenario en el que la Corte ha asumido mayores esfuerzos por definir lo que significa que una medida afecte directamente a una comunidad indígena o afrodescendiente; esos esfuerzos obedecen a que la Ley, por su carácter general y abstracto, afecta directamente a todos sus destinatarios, por lo que la Corte consideró, en el primer análisis del tema, que la consulta no era viable frente a medidas legislativas (C-169 de 2001), sino, más bien, en el momento del desarrollo reglamentario de la Ley o en la instancia de aplicación del derecho.

Con posterioridad, y en un proceso surgido desde el año 2002 y consolidado en el año 2008, la Corporación terminó por establecer en jurisprudencia uniforme y constante que la consulta sí es procedente, frente a la expedición de normas legales, siempre que se acredite la afectación directa, y presentó los siguientes criterios para evaluar ese aspecto⁷⁰:

“[...] En principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede

⁷⁰ Ver sentencias C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-175 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Cristina Pardo Schlesinger y Humberto Antonio Sierra Porto).

señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. || (...) procede la consulta cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta (...) lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. [...] puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población.

[...]

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.”⁷¹

Posteriormente, en el fallo C-175 de 2009⁷², la Corporación precisó:

“Según lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la preservación de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y tribales y, de esta manera, la eficacia del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, se logra a través de, entre otros mecanismos, la consulta previa. Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma (...) uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades

⁷¹ “En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.” (C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁷² M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses”.

De la exposición realizada hasta este punto se desprenden entonces diversos estándares para la determinación de la afectación directa. (i) De los fallos de revisión de tutela y unificación reiterados en el acápite precedente, se desprende que la *afectación directa* hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; a su turno, las sentencias de constitucionalidad recién reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica.

Evidentemente se trata de criterios de apreciación que no cierran por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, aspecto que será analizado a fondo en el siguiente acápite.

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam, señaló que en aquellos supuestos en que el Estado pretenda implantar una medida que afecte especialmente el derecho territorial de un pueblo indígena debe obtener su consentimiento previo.

La Corte Constitucional colombiana, en las sentencias T-769 de 2009⁷³ (relativa a la explotación minera en territorios colectivos de diversos resguardos ubicados entre los departamentos de Chocó y Antioquia) y T-129 de 2011⁷⁴ (caso en el que se estudió la presunta violación al derecho a la consulta de la comunidad de Pescadito y el resguardo de Chidima–Tolo, previa la implantación de diversas medidas de desarrollo, como la construcción de una carretera y el proyecto de conexión eléctrica entre Colombia y Panamá) efectuó similares consideraciones, explicando que, en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena o afrodescendiente no se agota en la consulta, sino que es precisa la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida. Así lo expresó la Corporación:

⁷³ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷⁴ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

“[...] esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.”⁷⁵

En ese orden de ideas, en las sentencias citadas (T-769 de 2009 y T-129 de 2011⁷⁶), la Corporación estableció que si bien el deber general del Estado, en materia de consulta previa, consiste en asegurar una participación activa y efectiva de las comunidades con el objeto de obtener su consentimiento; cuando la medida represente una afectación intensa del derecho al territorio colectivo, es obligatoria la obtención del consentimiento de la comunidad, previa la implantación de la medida, política, plan o proyecto.

La Sala estima que una adecuada comprensión de las reglas sobre el consentimiento requiere algunas consideraciones adicionales, que se dirigen a interpretar las diferentes disposiciones del Convenio 169 de 1989, la Constitución Política y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a partir del principio de proporcionalidad.

En tal sentido, según se expresó al inicio de este acápite, la consulta previa no es una garantía aislada que se agote en el mínimo previsto por el artículo 330 de la Constitución Política, sino un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales, normativamente complejo (es decir, compuesto por diversas facetas jurídicas), con consecuencias de la mayor relevancia para la preservación de las culturas ancestrales, en tanto manifestación de los principios y derechos de participación y autodeterminación y medio imprescindible para articular a las comunidades indígenas y afrodescendientes a la discusión, diseño e implementación de medidas que les atañen y evitar así que sus prioridades sean invisibilizadas por el grupo social mayoritario.

⁷⁵ Estos fueron los fundamentos de la decisión: “Sin embargo, es importante precisar que antes de realizarse dicha consulta previa, esta corporación señala que el Ministerio de Ambiente, deberá realizar un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios nativos, y así verificar dos aspectos: i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas y afrodescendientes en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al ministerio del Interior y de Justicia que no se cumple algunos de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior y de Justicia no podrá iniciar la consulta previa” (T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁷⁶ Magistrados ponentes: Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Iván Palacio Palacio, respectivamente.

Con el fin de comprender de mejor manera el alcance de este derecho fundamental y las obligaciones estatales correlativas, es oportuno recordar que la consulta refleja un equilibrio o ponderación entre el interés general, representado en los proyectos o medidas que potencialmente pueden incidir en los derechos de los pueblos indígenas y tribales, y el goce efectivo de estos, particularmente, en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación⁷⁷.

La ponderación, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y la doctrina autorizada sobre la aplicación y límites de los derechos constitucionales, se identifica con el principio de proporcionalidad estricta, pues se concreta en determinar si la eficacia que se pretende alcanzar frente a un derecho o principio justifica una restricción de otro principio constitucional determinado.

La consulta es entonces un balance adecuado para ese potencial conflicto en la mayoría de los casos. El consentimiento expreso, libre e informado, sin embargo -y siempre dentro de la lógica de la proporcionalidad-, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas y tribales obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos.⁷⁸

Pero, por otra parte, la Corte Constitucional ya había evidenciado la importancia de la proporcionalidad al determinar el alcance del derecho a la consulta previa, refiriéndose al alcance normativo del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT. Así, en sentencia de constitucionalidad C-030 de 2008, la Sala Plena expresó que (i) la consulta previa procede frente a *afectaciones directas* de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, en virtud del inciso 1º (literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, mientras que (ii) cuando se presente una incidencia de menor entidad, es decir, *indirecta* de los derechos de la comunidad, deben garantizarse espacios adecuados de participación para las comunidades afectadas, al menos de igual naturaleza a los que tiene el resto de la población a disposición.

Es decir, que de acuerdo con el artículo 6º del Convenio de la OIT, existe un derecho fundamental a la consulta previa frente a medidas que comportan la afectación directa de los pueblos indígenas o comunidades afrocolombianas; y un derecho de participación para medidas que inciden directamente en tales comunidades.

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

⁷⁷ Este aspecto fue ampliamente explicado en la sentencia SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

⁷⁸ Sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), ya citada: “(...) no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser”.

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

Bajo criterios similares, ha expresado el Relator de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos de los indígenas:

“47. Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente)”.⁷⁹

Ahora bien, según lo planteó la Sala Quinta en sentencia T-129 de 2011, la regla del consentimiento genera cierta “resistencia”. Al parecer, esa resistencia obedece a que podría resultar incompatible con el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las comunidades indígenas o tribales, de manera que podría surgir una contradicción normativa cuando, en un evento determinado en que es aplicable la regla del consentimiento, una medida no logra alcanzar la aceptación de la comunidad o pueblo interesado pues, en términos prácticos, la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma⁸⁰.

⁷⁹ “[... El Relator Especial lamenta que en muchas situaciones el debate sobre el deber de celebrar consultas y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado se haya planteado en torno a si los pueblos indígenas tienen o no un poder de veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo. El Relator Especial considera que plantear de esa manera el debate no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración.” (Naciones Unidas. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009).

⁸⁰ En el documento previamente citado (A/HRC/12/34), el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas manifiesta que lamenta esa forma de entender el problema, en términos de quién veta a quién, abandonando así el sentido profundo de la consulta como instrumento de construcción del estado multicultural.

Esa objeción merece una respuesta constitucional, la cual puede construirse con base en una premisa adicional, que suele pasarse por alto: si la consulta es un proceso de diálogo, excluye el veto de las comunidades; pero de igual manera excluye la imposición como forma de gobierno, aspecto implícito en el concepto de diálogo, en la subregla que establece que la participación debe ser *efectiva* (literalmente, que tenga efectos), y en la subregla que prohíbe decisiones irrazonables o desproporcionadas en ausencia de acuerdo.

Como se sabe, cualquier medida a adoptar en el Estado Constitucional de Derecho, es legítima solo si respeta los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Pues bien, una medida que afecta gravemente intereses y derechos protegidos de las comunidades originarias y se pretende implantar sin la aceptación expresa y libre del pueblo interesado, resulta abiertamente irrazonable, puede afectar desproporcionadamente derechos y principios constitucionales y puede, por lo tanto, ser objeto de control judicial de carácter constitucional.

Por ello, en los eventos en que se aplica la regla del consentimiento, adoptar cualquiera de las medidas que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han identificado como potenciales causantes de una afectación demasiado intensa de los derechos de los pueblos indígenas solo es razonable y, por lo tanto, constitucionalmente válido, si se cuenta con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo interesado.

El consentimiento, libre, expreso e informado, como garantía reforzada del derecho general de participación de las comunidades indígenas o afrodescendientes, debe producirse al terminar un procedimiento consultivo. Por ello, las reglas de la consulta son también aplicables en estos eventos, pero es importante destacar que algunas adquieren mayor trascendencia, pues son condición de que este sea *libre e informado*. Entre esas medidas, deben mencionarse: (i) la realización del procedimiento consultivo con representantes legítimos de la comunidad; (ii) la realización de estudios de impacto ambiental y social y su apropiada divulgación y discusión con las comunidades concernidas; (iii) la concertación con las comunidades sobre la participación (utilidad) en los beneficios derivados del proyecto.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala de Revisión pasa al análisis del caso concreto.

6. Análisis del caso concreto

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y en las pruebas que obran dentro del expediente, la Sala de Revisión encuentra acreditados los siguientes hechos:

- Que la Ley 685 de 2001, en su artículo 10 establece como objetivos de interés público, primero, fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; segundo, estimular estas actividades en orden a satisfacer los

requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y, tercero, que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país.

- Que es interés del Gobierno Nacional lograr el crecimiento y desarrollo sostenible del sector minero colombiano bajo un concepto de responsabilidad técnica, ambiental y social, en el que se haga un aprovechamiento racional de los minerales estratégicos que posee el país, bajo los mejores estándares de operación y de seguridad e higiene minera, a través de la obtención de las mejores condiciones y beneficios para el Estado y las comunidades que se encuentran ubicadas en estas áreas estratégicas mineras.
- Que en enero de 2011, el Gobierno Nacional consultó el proyecto de Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Ley 1450 de 2011, con la Comisión Consultiva Nacional de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras. En dicha ocasión, el funcionario delegado del Ministerio de Minas se comprometió a: *“1. revisar, analizar la política pública para las Comunidades Negras, Afrocolombianas, raizales y Palenqueras en el Ministerio de Minas y en la Agencia de Hidrocarburos, Energía y Gas, y lo hará en forma concertada con la subcomisión de territorio, vivienda, medio ambiente de la consultiva de alto nivel, y la DACN, con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo. 2. designar el 50% de sus recursos para el acompañamiento en la delimitación de las zonas mineras de comunidades negras, y si estas hacen más solicitudes el ministerio las atenderá así se sobrepase este presupuesto. 3. A buscar una estrategia para diseñar programas y proyectos diferenciados para Comunidades Negras, Afrocolombianas, raizales y Palenqueras en concertación con la subcomisión de territorio, vivienda, medio ambiente de la Comisión Consultiva de alto Nivel, la Dirección de Asuntos para comunidades negras del MIJ y el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo”*.
- Que el Congreso de la República incluyó en la Ley 1450 del de 2011, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”, el artículo 108, que establece: *“La autoridad minera determinará los minerales de interés estratégico para el país, respecto de los cuales podrá delimitar áreas especiales en áreas que se encuentren libres, sobre las cuales no se recibirán nuevas propuestas ni se suscribirán contratos de concesión minera.*

Lo anterior con el fin de que estas áreas sean otorgadas en contrato de concesión especial a través de un proceso de selección objetiva, en el cual la autoridad minera establecerá en los términos de referencia, las contraprestaciones económicas mínimas distintas de las regalías, que los interesados deben ofrecer.

PARÁGRAFO. *En todos los contratos de concesión minera podrán solicitarse prórrogas de la etapa de exploración por periodos de dos años cada una, hasta por un término total de once (11) años, para lo cual el concesionario deberá sustentar las razones técnicas y económicas respectivas, el cumplimiento Minero-Ambientales, describir y demostrar los trabajos de exploración ejecutados y los que faltan por realizar especificando su duración, las inversiones a efectuar y demostrar que se encuentra al día en las obligaciones de pago del canon superficiario y que mantiene vigente la póliza Minero-Ambiental.”(Subraya fuera del texto original).*

- Que el 30 de enero de 2012, el Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con el informe suministrado por el Servicio Geológico Colombiano y mediante Resolución N.º180102, determinó los minerales de interés estratégico para el país⁸¹. Lo anterior, al considerar que *“si el Estado genera el conocimiento geocientífico básico, a escalas adecuadas y requeridas por los inversionistas privados interesados en la consecución de recursos minerales, el país podrá lograr posicionar la minería colombiana en el contexto mundial, para convertirla de esta manera en uno de los pilares del desarrollo sostenible en el entorno nacional”*⁸²
- Que el 20 de febrero de 2012, el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, mediante Oficio N.º12-0622-DCP-2500, determinó que la declaración y limitación de las áreas de reserva minera estratégica no es una medida que se deba consultar con las comunidades protegidas por el Convenio 169 de la OIT, toda vez que *“se trata de una mera expectativa de que una mina en dicha zona pueda ser viable en su explotación, lo que implicaría que debe seguirse un proceso objetivo de selección y acatar los mandatos del Código de Minas. (...)”*

Lo anterior, implica que el procedimiento a seguir en ese tipo de contratación, una vez surtido y agotado el proceso precontractual, debe ser consultado con las comunidades que según la ley tiene protección especial a la luz del Convenio 169 de la OIT, lo que implica que dicha

⁸¹ “ART.1º—Determinar los siguientes grupos de minerales de interés estratégico para el país, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo:

- Oro (Au) y sus minerales asociados, derivados o concentrados.
- Platino (Pt) y sus minerales asociados, derivados o concentrados.
- Cobre (Cu) y sus minerales asociados, derivados o concentrados.
- Minerales de fosfatos (P) y sus minerales asociados, derivados o concentrados.
- Minerales de potasio (K) y sus minerales asociados, derivados o concentrados.
- Minerales de magnesio (Mg) y sus minerales asociados, derivados o concentrados.
- Carbón metalúrgico y térmico.
- Uranio (U) y sus minerales asociados, derivados o concentrados.
- Hierro (Fe) y sus minerales asociados, derivados o concentrados.
- Minerales de niobio y tantalio (conocidos como coltan) y/o arenas negras o industriales, y sus minerales asociados, derivados o concentrados.”

⁸² Servicio Geológico Colombiano, “Áreas con potencial mineral para definir áreas de reserva estratégica del Estado”, Noviembre de 2011.

obligación estará a cargo del concesionario como aquellas otras derivadas de ese tipo de actividades en la fase contractual.”

- Que el Servicio Geológico Colombiano realizó un estudio denominado *“Áreas con Potencial Mineral para definir Áreas de Reserva Estratégica del Estado”* con base en la información geológica, geoquímica y geofísica, disponible. En dicho informe se definen tres tipos de áreas a saber: (i) Áreas Tipo I: son las que ofrecen un conocimiento geológico, geofísico y geoquímico aceptable, es decir, que son potenciales para el hallazgo de minerales estratégicos, en particular oro, platino y cobre, su calificación esta entre 4.4 y 5.0, (ii) Áreas Tipo II: son las que ofrecen un conocimiento geológico, geofísico y geoquímico menor, sin embargo, son potenciales para alojar mineralizaciones de oro, platino, cobre, fósforo, uranio y carbón metalúrgico, por lo tanto se requiere complementar el conocimiento actual y (iii) Áreas Tipo III: son las que ofrecen un conocimiento geológico, geofísico y geoquímico bajo, no obstante, las condiciones geológicas indican que tienen minerales, su calificación es de 1.2 a 2.9.
- Que en la delimitación de las áreas estratégicas, el Servicio Geológico Colombiano excluyó: (i) los títulos mineros vigentes inscritos en el Registro Minero Nacional, (ii) las solicitudes de contratos de concesión vigentes en el Catastro Minero Colombiano, (iii) las zonas excluibles de la minería, entre ellas, Parques Nacionales Naturales, Parques Naturales de Carácter Regional, Zonas de Reserva Forestal Protectora, Ecosistemas de Páramo, Humedales designados dentro de la Lista de la Convención Ramsar, (iv) Zonas Mineras Indígenas y Zonas Mineras de Comunidades Negras, (v) las áreas de inversión del Estado pendientes de adjudicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 685 de 2001, (vi) las áreas de reserva especial declaradas por el Ministerio de Minas y Energía y (vii) las áreas solicitadas para la legalización de la minería de hecho y de minería tradicional.
- Que el 24 de febrero de 2012, el Ministerio de Minas y Energía, con base en la Resolución N.º180102 de 2012 y el estudio realizado por el Servicio Geológico Colombiano denominado *“Áreas con potencial mineral para definir áreas de reserva estratégica del Estado”*, mediante Resolución N.º180241, delimitó y declaró como áreas estratégicas mineras 2.900.947.78 hectáreas del territorio nacional, correspondientes a 313 bloques o polígonos, ubicados en los departamentos de Antioquia, Bolívar, Caldas, Cauca, Cesar, Chocó, Huila, La Guájira, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Tolima, Vallé del Cauca. Así mismo, determinó que la Autoridad Minera adelantaría dentro de un plazo no superior a cinco (5) años, contados a partir de la fecha de publicación de la mencionada resolución, los procesos de selección objetiva de que trata el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, para lo cual establecerá, en cada caso, los términos de referencia y los requisitos para escoger al proponente que ofrezca las mejores condiciones y beneficios para el Estado, así como las contraprestaciones mínimas

adicionales a las regalías que los interesados en los procesos de selección objetiva deberán ofrecer, cumpliendo para el efecto, con los principios de transparencia, economía y selección objetiva.

Ahora, también estableció que vencidos los cinco (5) años sin que se hubieren adjudicado parte o la totalidad de las áreas o no se encuentren en proceso de adjudicación, estas quedarán libres para ser contratadas mediante el sistema general de concesión de que trata el Código de Minas.

- Que el 20 de junio de 2012, la Agencia Nacional de Minería con base en la Resolución N.º180102 de 2012 y el estudio realizado por el Servicio Geológico Colombiano denominado “*Áreas con potencial mineral para definir áreas de reserva estratégica del Estado*”, mediante Resolución N.º0045, delimitó y declaró como áreas estratégicas mineras 17.570.198.92 hectáreas del territorio nacional, correspondientes a 202 bloques o polígonos, ubicados en los departamentos de Amazonas, Guainía, Guaviare, Vaupés, Vichada, Chocó.

Así mismo, determinó que la Autoridad Minera adelantaría dentro de un plazo no superior a diez (10) años, contados a partir de la fecha de publicación de la mencionada resolución, los procesos de selección objetiva de que trata el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, para lo cual establecerá, en cada caso, los términos de referencia y los requisitos para escoger al proponente que ofrezca las mejores condiciones y beneficios para el Estado, así como las contraprestaciones mínimas adicionales a las regalías que los interesados en los procesos de selección objetiva deberán ofrecer, cumpliendo para el efecto, con los principios de transparencia, economía y selección objetiva.

Ahora, también estableció que vencidos los diez (10) años sin que se hubieren adjudicado parte o la totalidad de las áreas o no se encuentren en proceso de adjudicación, estas quedarán libres para ser contratadas mediante el sistema general de concesión de que trata el Código de Minas.

- Que en la Resolución N.º180241 de 2012 se delimitaron las Áreas Tipo I, las cuales, por contar con la información geológica, geofísica y geoquímica aceptable, serán adjudicadas a inversionistas privados dentro de los 5 años siguientes a la expedición de dicho acto administrativo, mientras que para las Áreas Tipo II y III, creadas mediante la Resolución N.º 0045 de 2012, el tiempo para su adjudicación será de 10 años.
- Que el gobierno deberá realizar labores de prospección y exploración minera sobre las áreas Tipo II y Tipo III, en especial, aquellas demarcadas en la Resolución N.º 0045 de 2012, con el propósito de

contar, próximamente, con la información geológica, geofísica y geoquímica requerida para emprender la fase exploratoria.

- Que las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012 declararon y delimitaron en el departamento del Chocó un total de 817.025 hectáreas, correspondientes a 37 bloques como áreas estratégicas mineras. Dichas áreas se superponen, específicamente, sobre los municipios de Nóvita, Condoto, Río Iro, Tadó, Bagadó, Cértegui, Lloró, el Carmen de Atrato, Quibdó, Medio Atrato, Acandí, Unguía, Carmen del Darién, Bojayá y Riosucio.
- Que si bien el Gobierno Nacional realizó los estudios en el campo geológico, geofísico y geoquímico e íntegro la información cartográfica temática disponible para delimitar las áreas estratégicas, este no hizo los estudios poblacionales y socio-ambientales correspondientes, en los que se considera el potencial biótico, abiótico y natural de dichos territorios, así como su actual destinación económica y productiva y su importancia cultural para las comunidades que las habitan o las circundan.
- Que las autoridades gubernamentales no realizaron un análisis integral de las consecuencias e impactos previsibles que la medida pudiese tener para efectos de preservar el equilibrio ecológico y social, al efectuar un análisis exclusivamente técnico.
- Que las comunidades negras como grupo étnico tienen, por mandato constitucional⁸³ y legal⁸⁴, el derecho a ser adjudicatarias de las tierras baldías, rurales, ribereñas e insulares que ancestral e históricamente han ocupado en la Cuenca del Pacífico Colombiano y en otras regiones del país.

⁸³ Constitución Política de 1991, “**ARTICULO TRANSITORIO 55.** Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. (...)”

⁸⁴ Ley 70 de 1993, “**ARTICULO 1.** La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

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

- Que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural-INCODER-entre los años de 1996 y 2011 adjudicó 58 títulos colectivos, correspondientes a 3.039.601 hectáreas del departamento del Chocó⁸⁵, a las comunidades afrodescendientes de la Cuenca del Pacífico, entre las que se encuentran los consejos comunitarios demandantes.
- Que las prácticas tradicionales de producción de las comunidades negras son las actividades y técnicas agrícolas, mineras, de extracción forestal, pecuarias, de caza, pesca y recolección de productos naturales en general, las cuales han utilizado, consuetudinariamente, para garantizar la conservación de la vida y el desarrollo autosostenible.
- Que el 5 de septiembre de 2014, Johana Rocha Gómez y Juan Pablo Muñoz Onofre, actuando en nombre y representación del Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna presentaron demanda de nulidad contra las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012 y la Resolución N.º429 de 2013 ante el Consejo de Estado. En dicho escrito, también solicitaron la suspensión provisional de los actos administrativos demandados.
- Que el 11 de mayo de 2015, la consejera ponente del mencionado proceso⁸⁶, al resolver el recurso de reposición presentado por los demandantes contra el auto que denegó la solicitud de suspensión provisional de las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012 y la Resolución N.º429 de 2013, decidió reponer dicho auto y, en su lugar, suspender provisionalmente los efectos jurídicos de los actos administrativos demandados. Lo anterior, al considerar que:

“El Despacho encuentra que si bien, las medidas administrativas tomadas por las autoridades mineras, prescindieron de realizar la consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, que pudieran verse afectas con las mismas, con base en el concepto emitido por el Ministerio del Interior, y pese a que pudieran ser meras expectativas de explotación minera, lo cierto es que dentro de la planeación y direccionamiento de las mismas se debió contar con la participación de éstas comunidades, para garantizar sus derechos constitucionales, que cómo ya se vio, no pueden verse desmedrados.

De igual manera, el Estado no puede escindir su responsabilidad de garantizar la consulta previa y participación de las comunidades étnicas, en la toma de decisiones como las que se estudian, y transferirla en cabeza de un concesionario, pues éste

⁸⁵ Específicamente, en los municipios de Riosucio, Quibdó, Bojayá, Atrato, Alto Baudó, Medio Baudó, Bajo Baudó, Nóvita, Cantón de San Pablo, Istmina, Sipí, Litoral del San Juan, Bahía Solano, Río Quito, Atrato, Cértegui, Tadó, Unión Panamericana, Istmina y Medio San Juan, Condoto, Río Iró, Juradó, Bahía Solano, Nuquí, Unguía, Acandí, Lloro y Bagadó.

⁸⁶ Olga Melida Valle de la Hoz.

no es el llamado a proteger y velar por los derechos fundamentales de las comunidades que se verían afectadas con la explotación minera, contrario a lo considerado por el Ministerio del Interior, se estima, que las resoluciones demandadas, no crean meras expectativas de explotación minera, sino que pueden contener actividades con alta potencialidad de generar cambios y transformaciones notables en gran parte del territorio colombiano, de lo que se deduce que es necesario un estudio más acucioso y participativo para la expedición de esas medidas⁸⁷.

En el caso en concreto, se tiene que la Resolución No. 180241 del 24 de febrero de 2012, del Ministerio de Minas y Energía creó 313 Bloques Mineros, con un área total de 2.900.947,78 hectáreas en los departamentos de: Antioquia, Bolívar, Caldas, Cauca, Cesar, Chocó, Huila, La Guajira, Nariño, Nte. De Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Tolima, Valle del Cauca; por su parte la Resolución No. 0045 del 20 junio de 2012, emitida por la Agencia Nacional de Minería, creó 202 Bloques Mineros, equivalentes a un área total de 17.570.198,9288 hectáreas en los departamentos de: Amazonas, Guainía, Guaviare, Vichada y Chocó; y por último la Resolución 0429 del 27 de junio de 2013, expedida igualmente por ANM, delimitó un área estratégica minera con una extensión de 200 hectáreas en el Departamento de Norte de Santander.

Es apenas evidente que dentro los departamentos en donde delimitaron áreas estratégicas mineras, se encuentran territorios que han sido habitados ancestralmente por colectivos de comunidades indígenas y negras, como en los departamentos de Nariño, Putumayo, Chocó, la Amazonía, La Guajira, Valle, Cauca, Antioquia, entre otros, así nuestro territorio, pese a la violencia y vulneración de minorías étnicas, aún conserva un gran número de población indígena y afrocolombiana, que debe ser protegida de manera preferente, pues hace parte de nuestro patrimonio cultural e histórico, y de nuestra identidad, por lo que es imperiosa su participación en la planeación de medidas como las tomadas por las autoridades mineras. (...)

Finalmente el Despacho considera, que la suspensión provisional de las resoluciones demandadas se hace necesaria, en razón a la naturaleza y el alcance del impacto que las medidas propuestas puedan tener, pues lo que se busca es proteger el derecho fundamental a la consulta previa, y evitar el

⁸⁷ La parte demandante bien argumentó en el sustento de la demanda, que la Corte Constitucional en sentencias C-891 de 2002, C-030 de 2008, y C-366 de 2011, analizó medidas legislativas abstractas con efectos generales, considerando que en razón a la naturaleza de la actividad minera, y a la potencialidad de la misma en transformar de manera notable la tierra, puede generar amenazas considerables para las comunidades étnicas.

desmedro de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas que con las mismas pudieran verse afectadas.”

- Que el 21 de mayo de 2015, la Agencia Nacional de Minería y el Ministerio de Minas y Energía presentaron recurso de súplica contra el Auto que decretó la medida cautelar de suspensión provisional de las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012 y la Resolución N.º429 de 2013 ante el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sin embargo, a la fecha, dicho recurso no ha sido resuelto.

Conforme con lo atrás señalado, en el presente caso, le corresponde a la Corte Constitucional determinar, en primer lugar, si la acción de tutela es procedente para dejar sin efectos las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012, por medio de las cuales el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería declararon y delimitaron Áreas Estratégicas Mineras sobre territorios colectivos de las comunidades afrodescendientes demandantes.

Cabe señalar que por regla general, la acción de amparo resulta improcedente para revocar actos administrativos, pues para reclamar dicha pretensión existen en el ordenamiento jurídico mecanismos judiciales ordinarios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante lo anterior, la Corte ha indicado que, en ciertos casos, los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos para la protección de derechos fundamentales, como por ejemplo, cuando se busca la protección de derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional o de una persona que esté en una circunstancia de debilidad manifiesta⁸⁸. Es así como *“el amparo constitucional procede con el fin de salvaguardar bienes cuya inmediata protección resulta necesaria, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del caso concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido”*⁸⁹.

Dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, la anterior consideración conduciría a la conclusión de que, a menos que se acreditase la amenaza de un perjuicio irremediable que justificase una medida de amparo transitorio, la acción de tutela resultaría improcedente en este caso.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la validez de los actos administrativos, asunto que escapa a la competencia del juez constitucional, cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan

⁸⁸ Al respecto ver entre otras la sentencia T-607 de 2007, T-702 de 2008 y T-681 de 2008.

⁸⁹ Sentencia T-235 de 2010.

directamente.⁹⁰

Advierte la Sala que si bien, en la actualidad, las mencionadas resoluciones se encuentran suspendidas provisionalmente, en virtud de la demanda de nulidad que instauraron representantes del Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna, dicha decisión no está en firme⁹¹, pues contra el Auto que decretó la medida cautelar de suspensión la Agencia Nacional de Minería y el Ministerio de Minas y Energía presentaron recurso de súplica, el cual, a la fecha, no ha sido resuelto. En ese orden de ideas, se advierte que el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades afrodescendientes demandantes todavía no cuenta con una protección definitiva.

Ahora, en todo caso si la Sala de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver el recurso de súplica, decidiera confirmar el auto que decretó la medida cautelar de suspensión provisional, esto no garantizaría la protección definitiva del derecho a la consulta previa de las comunidades demandantes, pues según el artículo 235 de la Ley 1437 de 2011 *“El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.*

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior. (...)” (Subraya fuera del texto original).

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-284 de 2014, al resolver la demanda de inconstitucionalidad que se presentó en contra del parágrafo del artículo 229⁹² de la Ley 1437 de 2011 *“por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, señaló:

“la Constitución de 1991 diseñó la acción de tutela como un instrumento apto para obtener la “protección inmediata” de los derechos

⁹⁰Corte Constitucional, Sentencia T-547 de 2010.

⁹¹ Sentencia C-284 de 2014.

⁹² **Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares.** En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

*fundamentales, en un proceso “preferente y sumario” (CP art 86). Esto impide al legislador crear instrumentos de impugnación que impacten la celeridad del amparo susceptible de alcanzarse en un proceso de tutela, por la vía de posponer la protección oportuna de los derechos. Ahora bien, los recursos de apelación y súplica que consagra el artículo 236 del CPACA, se conceden en “el efecto devolutivo”, y en apariencia, se podría alegar, no tendrían la virtualidad de postergar la protección que ordene el juez de tutela como medida provisional. No obstante, la Sala considera que incluso los recursos que se conceden en ese efecto, cuando se interponen contra una medida provisional dictada en un proceso de tutela, tienen como consecuencia directa la dilatación del término a partir del cual la protección provisional queda en firme. El titular de los derechos obtendría entonces, si se acepta la posibilidad de consagrar dichos recursos, un auto provisional y carente de firmeza. La Corte estima, sin embargo, que esto significaría minar la inmediata fuerza que debe tener una orden de protección del juez de tutela. Las decisiones - definitivas o provisionales - **“sobre la protección de un derecho fundamental cuando se estima que él ha sido violado o se encuentra amenazado de inminente vulneración, ha de quedar en firme a la mayor brevedad posible”**.⁹³ (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

La Corte Constitucional ha señalado, de forma reiterada, en su jurisprudencia, que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales reviste el carácter de fundamental, cuestión que tiene importantes implicaciones, al permitir, por ejemplo, que su protección se reclame por vía de tutela, aunque se trate de un derecho de titularidad colectiva. La Sentencia SU-039 de 1997⁹⁴ explicó, al respecto, que, al asegurar que dichas comunidades participen en las decisiones que puedan afectarlas, el derecho a la consulta previa garantiza la integridad y la subsistencia de las minorías étnicas. La referida participación, a través del mecanismo de consulta, *“adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”*, indicó la sentencia.

Por las anteriores consideraciones, resulta posible que, al margen de la controversia que pueda plantearse en la jurisdicción de lo contencioso administrativo respecto de los actos administrativos por medio de los cuales se declararon y delimitaron las áreas estratégicas mineras en el territorio nacional, la Corte estudie de fondo la solicitud de amparo presentada, en orden a establecer si, en este caso, resultaba imperativo un proceso de consulta previo a la expedición de dichos actos, y si la ausencia del mismo se traduce en una afectación de los derechos fundamentales de las comunidades negras a su identidad e integridad social, cultural y económica.

⁹³ Auto 270 de 2002 (MP Alfredo Beltrán Sierra. Unánime).

⁹⁴ M.P Antonio Barrera Carbonell.

En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a estas comunidades de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura⁹⁵ y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.⁹⁶

Ahora bien, qué clase de medidas deben ser objeto de consulta previa a las comunidades étnicas. Sobre este preciso particular, también concurre en la jurisprudencia constitucional un precedente consolidado y recientemente sistematizado por la Corte, razón por la cual esta sentencia reiterará las reglas determinadas por ese análisis.⁹⁷

La Corte ha concluido, especialmente a partir de lo previsto por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT,⁹⁸ que concurren dos niveles de participación de las comunidades diferenciadas, en lo que respecta a la adopción de medidas legislativas y administrativas. Cuando se trata de medidas de carácter general, esto es, que no conllevan una *afectación directa* de esas comunidades, ellas tienen los derechos de participación democrática garantizados en la Constitución, inclusive aquellos de naturaleza diferencial, como su representación particular en el Congreso. En cambio, cuando se esté ante medidas que sí involucren esa *afectación directa*, debe llevarse a cabo el procedimiento de consulta previa, con el fin de asegurar los derechos fundamentales de las comunidades étnicas.

⁹⁵ Sentencia C-208 de 2007.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ La sistematización de la jurisprudencia sobre los tipos de medidas legislativas objeto de consulta previa, así como los criterios interpretativos para su definición, ha sido realizada por la Corte en las sentencias C-196/12 y C-317/12. A su vez, estas decisiones compilan las reglas que sobre la misma materia han fijado los fallos C-030/08, C-175/09, C-063/10 y C-366/11.

⁹⁸ La norma en comento es la siguiente:

“Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Sobre esta diferenciación, la sentencia C-366/11 señala que “... de las normas constitucionales se desprenden dos modalidades definidas de participación a favor de los pueblos indígenas y afrodescendientes. La primera, de carácter general, según la cual las comunidades diferenciadas tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos, resultando por ende inadmisibles las diferenciaciones que impongan barreras para el acceso al debate democrático. No obstante, también se ha considerado que la equidad en la participación opera sin perjuicio del reconocimiento de la identidad diferenciada de dichas comunidades, lo que obliga que su participación se realice a través de mecanismos concretos y adecuados, que resulten compatibles con las particularidades de esa identidad. Dentro de esas medidas se encuentra la asignación de curules especiales en las corporaciones públicas. (...) El segundo ámbito de participación es el relativo a la instauración de medidas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. En este caso, la interpretación de las normas constitucionales aplicables y, en especial, el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, hace concluir que en estos eventos debe surtirse un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades, como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad diferenciada.”

De manera general, existe afectación directa cuando la medida legislativa o administrativa “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes o le confiere beneficios.” Acerca de este preciso particular es necesario hacer énfasis en que el análisis sobre el grado de afectación directa de la medida legislativa o administrativa se opone a una evaluación de naturaleza paternalista hacia las comunidades indígenas y afrodescendientes. Por lo tanto, la identificación del grado de afectación directa en modo alguno podría considerarse como una evaluación sobre la bondad de la medida, respecto de los intereses de las comunidades étnicas. Ello debido a que una opción de esa naturaleza desconocería, de manera grave, el mandato constitucional de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de dichas comunidades, a través de una imposición sobre determinado modelo de virtud, externo a sus prácticas tradicionales.

Existe, en ese orden de ideas, un vínculo inescindible entre la afectación directa y la construcción de la identidad diferenciada de las comunidades étnicas. Por ende, puede plantearse un primer criterio sobre la obligatoriedad de la consulta, de naturaleza sociológica, según el cual concurre afectación directa cuando la medida legislativa o administrativa incide en la construcción de la identidad diferenciada de las comunidades tradicionales. En los términos de la sentencia C-175/09 “... el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y

objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada. (...) para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.”

A su vez, también resalta el precedente estudiado que el grado de impacto en la definición de la identidad diferenciada debe estudiarse a partir de la incidencia que tiene la medida, en términos de la escala de valores que se deriva de la cosmovisión igualmente diferenciada que tiene la comunidad étnica correspondiente. En términos de la sentencia C-175/09 “...la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas.”

Un segundo criterio es de naturaleza normativa. La jurisprudencia ha considerado que se presume la necesidad de efectuar la consulta previa respecto de (i) asuntos en donde concurre un mandato constitucional que vincula determinadas materias objeto de regulación con los derechos de las comunidades étnicas; y (ii) aquellos tópicos expresamente indicados como objeto de consulta por parte del Convenio 169 de la OIT.

En cuanto al primer aspecto del criterio normativo, el precedente analizado ha resaltado que desde la Constitución se prevén mandatos específicos, en los cuales (i) se otorga un tratamiento preferente para las comunidades indígenas y afrodescendientes respecto del ejercicio de determinados derechos constitucionales; o (ii) se vinculan los derechos de las comunidades tradicionales a asuntos relacionados con las decisiones relativas a las competencias constitucionalmente asignadas frente a los territorios indígenas, en los términos del artículo 330 C.P., destacándose la obligatoria compatibilidad entre la protección de su identidad cultural y la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Acerca de este último aspecto, la sentencia C-317/12, al reiterar lo señalado en el fallo C-175/09, insiste en que “[s]e presume (...) que todas las regulaciones que afecten los territorios ancestrales indígenas conllevan una afectación directa que exige la realización de consulta previa: “tanto las normas del derecho internacional que regulan el tema de la consulta previa, como la jurisprudencia constitucional, han destacado el lugar central que cumple el territorio en la definición de la identidad de los pueblos indígenas y tribales. (...) De forma armónica con las obligaciones estatales descritas,

contenidas en normas que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las regulaciones legales que intervengan el régimen jurídico sobre la tierra de las comunidades indígenas y afrodescendientes deben mostrarse compatibles con la eficacia del mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Esto implica que dicha normatividad deberá tener en cuenta las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, evitando que la imposición estatal de otras modalidades de regulación implique la desaparición de aquellas.”

Esta misma conclusión es resaltada por la sentencia C-366/11, cuando señala que “[l]a identificación de las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la ha adelantado la jurisprudencia constitucional en cada caso concreto. Sin embargo, en cada uno de ellos se observa un patrón común, conforme al cual esta afectación se evalúa en términos de qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico. En ese orden de ideas, las decisiones de la Corte han concluido, aunque sin ningún propósito de exhaustividad, que materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada con la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria. A esta materia se suman otras, esta vez relacionadas con la protección del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, en virtud de lo regulado por los artículos 329 y 330 C.P., deberán estar sometidos al trámite de consulta previa los asuntos relacionados con la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas; al igual que los aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas; entre ellos la explotación de los recursos naturales en los mismos. Esto último según lo regulado por el parágrafo del artículo 330 C.P. el cual prevé que dicha explotación, cuando se realiza en los territorios indígenas, se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades diferenciadas. Por ende, en las decisiones que se adopten al respecto, el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades.” (Subraya fuera del texto original)

En segundo término, se resalta que la consulta es obligatoria cuando la medida legislativa o administrativa tenga relación directa con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT, que refieren a su vez a la protección de los derechos de las comunidades étnicas en tanto grupos de identidad diferenciada. Estos asuntos versan, entre sus principales aspectos, acerca de (i) la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con

ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación (Art. 13); (ii) la participación de las comunidades étnicas en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios (Art. 15); (iii) la obligación estatal de adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general (Art. 20); (iv) la obligación del Estado de disponer a favor de las comunidades tradicionales, medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos (Art. 21); (v) el deber estatal de poner a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental (Art. 25); (vi) la necesidad de adoptar medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (Art. 26); (vii) la obligación de los gobiernos de tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente (Art. 32); y (viii) la definición, por parte de la autoridad estatal encargada de los asuntos del Convenio, de asegurar que existan instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos dispongan de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones (Art. 33).

Este vínculo entre la medida legislativa y los asuntos materia del Convenio 169 de la OIT también ha servido a la Corte para resaltar que la consulta previa es obligatoria en tanto la medida afecta de forma *específica* a las comunidades étnicas. A este respecto, la sentencia C-030/08 refiere que esa condición de especificidad “...se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales. || En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”. (Subraya fuera del texto original)

Por último, puede evidenciarse un tercer criterio interpretativo, consistente en que la consulta previa es obligatoria cuando, a pesar de que la medida legislativa o administrativa tenga carácter general, en todo caso la materia regulada debió contar con una regulación particular y específica respecto de las posiciones jurídicas de las comunidades étnicas. Esto debido a que dicha materia tiene una relación intrínseca con asuntos propios de la definición de la identidad de dichas comunidades, como sucede cuando la regulación general tiene, dentro de su ámbito de aplicación, la administración del territorio ancestral o la utilización de los recursos naturales en él asentado. Acerca de este tópico, la sentencia C-030/08 determina que “...*cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6º conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación de recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica.*” (Subrayas fuera del texto original).

En conclusión y adoptándose la regla jurisprudencial contenida en la sentencia C-366/11, la afectación directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes por parte de una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar de que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando, aunque se está ante una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse o bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.

Así las cosas, para esta Corporación no cabe duda de que las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012, pese a ser medidas administrativas de carácter general, afectan directamente a las comunidades afrodescendientes demandantes y, por consiguiente, debían consultarse con estas de forma previa a su expedición, pues al declarar y delimitar sus territorios colectivos como áreas estratégicas mineras modificaron, unilateralmente, el destino económico y productivo de dichos terrenos. Así mismo, al establecer que dichos territorios serían objeto de un proceso de selección objetiva, el cual terminará con un contrato de concesión con un particular para la explotación minera, crearon una restricción para su uso e impusieron un modelo de desarrollo basado en la industria extractiva.

De igual manera, se advierte que el Servicio Geológico Colombiano, de

conformidad con lo establecido en las mencionadas resoluciones y con el propósito de obtener la información necesaria para realizar la oferta pública de las áreas estratégicas mineras adelantó “*campañas de reconocimiento geológico y de exploración geoquímica en las áreas*”⁹⁹, lo que ha implicado, entre otras cosas, el traslado de personal a dichas zonas. A su vez, se observa que la declaratoria de un territorio como área estratégica minera genera, primero, que los posibles oferentes se desplacen a dichas zonas con el fin de evaluar si se justifica o no participar en el proceso de selección objetiva y, segundo, se expone a las comunidades a ser víctimas de un eventual interés por parte de los actores armados que operan en el departamento del Chocó por el control y la explotación ilegal de sus tierras.

Así las cosas, resulta altamente probable que los acercamientos por parte del personal de las autoridades mineras y de los actores privados interesados en ganar las concesiones puedan afectar las costumbres y valores culturales de las comunidades afrodescendientes.

Cabe señalar que si bien el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Ley 1450 de 2011, que crea, en su artículo 108, la figura de las áreas estratégicas mineras, fue consultado con la Comisión Consultiva Nacional de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, dicha actuación no eximía al Ministerio de Minas y Energía y a la Agencia Nacional de Minería del deber de consultar las Resoluciones N.º 180241 y 0045 de 2012 con las comunidades étnicas afectadas, pues, contrario al artículo 108, dichos actos administrativos delimitaron y declararon los territorios colectivos de las comunidades afrodescendientes demandantes como áreas estratégicas mineras.

Ahora, para esta Corporación no es de recibo el argumento de las autoridades mineras, según el cual, en el caso concreto, no se omitió el deber de realizar la consulta previa a las comunidades afrodescendientes porque esta se va a realizar una vez se tenga certeza de las actividades mineras a desarrollar en sus territorios, pues, a diferencia del contrato regular de concesión¹⁰⁰, con la creación de las áreas estratégicas mineras es el Estado quien después de adelantar un proceso de selección objetiva escoge al mejor oferente, por lo tanto, esperar a que sea un privado, que agotó todo el proceso, quien realice la consulta, no es otra cosa que limitarse a cumplir con un requisito formal, pues no habrá posibilidades reales de diálogo y de negociación intercultural.

Tampoco comparte esta Corte, el argumento planteado por el Consejo de Estado, al resolver el recurso de impugnación, según el cual, en el caso concreto, el trámite de la consulta previa con las comunidades demandantes solo debe efectuarse antes de que se ejecuten los actos preparatorios del proceso de selección objetiva del concesionario minero, bajo el entendido de que es la adjudicación de los bloques mineros la medida que afectara directamente a dichos grupos étnicos, pues, como quedo plenamente establecido, a partir de los argumentos esbozados, con la sola declaratoria y

⁹⁹ Folio 222.

¹⁰⁰ “primero en el tiempo primero en el derecho”.

delimitación de los territorios colectivos de las comunidades afrodescendientes como áreas estratégicas mineras se pone en riesgo, así sea latente, su subsistencia, su identidad étnica y cultural, sus usos, valores, y costumbres tradicionales, sus formas de producción y apropiación del territorio, su cosmovisión y su historia.

En conclusión, considera esta Sala que el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa, al territorio, a la diversidad étnica y a la participación ciudadana de las comunidades demandantes, al expedir las Resoluciones N.º180241 y 0045 de 2012, por medio de las cuales declararon y delimitaron áreas estratégicas mineras sobre sus territorios colectivos, en vista de que dichas entidades, aun cuando las decisiones adoptadas en los mencionados actos administrativos afectaban directamente a los accionantes, no cumplieron con el deber de consultarlas previamente.

En virtud de las consideraciones precedentes, la Corte revocará el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013), que revocó la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el diez (10) de octubre de dos mil trece (2013). En su lugar, tutelaré los derechos a la consulta previa, al territorio, a la diversidad étnica y a la participación ciudadana de las comunidades afrodescendientes accionantes.

Cabe aclarar que la protección que aquí se concede no puede irradiar solamente a las comunidades que instauraron la acción de tutela de la referencia, sino sobre todo el universo de comunidades indígenas y afrodescendientes que resultaron afectadas con la declaratoria y delimitación de sus territorios como áreas estratégicas mineras. En esa medida, el amparo que aquí se otorga será concedido con efectos *inter comunis*,¹⁰¹ para proteger, en condiciones de igualdad, los derechos de todas las comunidades afrocolombianas e indígenas que no fueron consultadas previamente sobre las medidas administrativas adoptadas en las Resoluciones N.º180241, 0045 de 2012 y la Resolución N.º429 de 2013.

En consecuencia, esta Corporación dejara sin valor y efectos las Resoluciones N.º180241, 0045 de 2012 y la Resolución N.º429 de 2013, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, por medio de las cuales se delimitaron y declararon áreas estratégicas mineras en los departamentos de Antioquia, Bolívar, Caldas, Cauca, Cesar, Chocó, Huila, La Guájira, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Tolima, Vallé del Cauca, Amazonas, Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada, en cuanto no agotaron el trámite de la consulta previa de las comunidades concernidas.

¹⁰¹ Sobre la extensión de efectos a un grupo de personas que se encuentran en la misma situación de hecho de los tutelantes pero que no promovieron la acción constitucional y la facultad de la Corte para modificar en ese sentido los efectos de sus fallos puede revisarse el Auto 244 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao).

Así mismo, advertirá al Ministerio del Interior, al Ministerio de Minas y Energía y a la Agencia Nacional de Minería que deberán agotar el procedimiento de consulta previa y de obtención del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habiten los territorios que se pretendan declarar y delimitar como áreas estratégicas mineras, de conformidad con las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional sobre la satisfacción de esa garantía iusfundamental.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso.

SEGUNDO: REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo judicial proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013), que revoco la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el diez (10) de octubre de dos mil trece (2013), que concedió el amparo solicitado dentro de la acción de la referencia. En su lugar, tutelar, **con efectos *inter comunis***, los derechos a la consulta previa, al territorio, a la diversidad étnica y a la participación ciudadana de todas las comunidades indígenas y afrodescendientes que resultaron afectadas directamente con la expedición de las Resoluciones N.º180241, 0045 de 2012 y la Resolución N.º429 de 2013.

TERCERO: DEJAR SIN VALOR Y EFECTO las Resoluciones N.º180241, 0045 de 2012 y la Resolución N.º429 de 2013, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, por medio de las cuales se delimitaron y declararon áreas estratégicas mineras en los departamentos de Antioquia, Bolívar, Caldas, Cauca, Cesar, Chocó, Huila, La Guájira, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Tolima, Vallé del Cauca, Amazonas, Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada.

CUARTO: ADVERTIR al Ministerio del Interior, al Ministerio de Minas y Energía y a la Agencia Nacional de Minería que deberán agotar el procedimiento de consulta previa y de obtención del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habiten los territorios que se pretenden declarar y delimitar como áreas estratégicas mineras, de conformidad con las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional sobre la satisfacción de esa garantía iusfundamental.

QUINTO: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General