



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

Consejera Ponente (E): OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D. C., once (11) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación: 11001-03-26-000-2014-00143-00 (52.149)
Demandante: Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna
Demandado: Nación – Ministerio de Minas y Energía y Agencia Nacional de Minería
Referencia: Medio de Control de Nulidad

Procede el Despacho a resolver el recurso de reposición formulado por la apoderada de la parte demandante, contra el auto de 2 de marzo de 2015, en el que se negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de las Resoluciones No. 180241 del 24 de febrero de 2012, expedida por el Ministerio de Minas y Energía; las Resoluciones No. 0045 de junio 20 de 2012, y No. 429 de junio 27 de 2013, emitidas por la Agencia Nacional de Minería, actos demandados en ejercicio del medio de control de nulidad.

I. ANTECEDENTES

1. En demanda presentada el 5 de septiembre de 2014, en ejercicio del medio de control de nulidad, el demandante –Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna-, solicitó que se declare: “Que es nula la Resolución No. 180241 de 2012 proferida por el Ministerio de Minas y Energía por medio de la cual se crearon 313 bloques mineros en 15 departamentos, que cubren una extensión de 2.9 millones de hectáreas, esto es un 2,53% del territorio nacional; que es nula la Resolución No. 0045 de junio de 2012, emitida por la Agencia Nacional de Minería, por medio de la cual se crearon 202 bloques mineros en 6 departamentos, que cubren una extensión de 17,57 millones de hectáreas, equivalentes a un 15.4% del territorio nacional; que es nula la Resolución No. 429 de 27 de junio de 2013, la cual delimitó un área estratégica minera con una extensión de 200 hectáreas en el departamento de Norte de Santander.” Actos que para el actor se expidieron con falsa motivación,



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

expedición irregular, violación de la Constitución y de la ley y en rompimiento del principio de legalidad de la administración.

2. Dentro de la demanda, se solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos demandados, por la violación de normas Constitucionales, legales, y supranacionales.
3. Admitida la demanda, mediante auto del 25 de noviembre de 2014, y una vez surtido el traslado de la solicitud de medidas cautelares, las demandadas, Agencia Nacional de Minería y Ministerio de Minas y Energía, se opusieron a la prosperidad de la misma, aduciendo que la solicitud no era procedente al no cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 1437 de 2011 para tal efecto, y que con la expedición de los actos administrativos no se vulneraron los derechos fundamentales de las comunidades étnicas que habitan los territorios declarados y delimitados como áreas estratégicas para explotación minera. En el mismo sentido, se expuso que se obvió la consulta previa a las comunidades étnicas, comoquiera que el Ministerio del Interior conceptuó sobre ello y estableció que para la expedición de los actos demandados no era necesaria, toda vez que éstos sólo representaban meras expectativas.
4. En auto del 2 de marzo de 2015, el Despacho negó la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados, luego de hacer un estudio detallado de los cargos expuestos en la demanda, estableciendo que en la comparación de los actos administrativos y su contenido, con los cargos enunciados, no se podría admitir que haya una violación del ordenamiento Constitucional, legal y supranacional, prescindiendo de un análisis fáctico y de interpretación normativa más compleja, que corresponde al estudio que se debe realizar en sentencia.

De otro lado se estableció que no era posible extrapolar los cargos de la demanda al fundamento de la solicitud de medida cautelar, comoquiera que se resuelven de manera diferente en etapas procesales específicas.



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

5. Finalmente, en escrito presentado el 11 de marzo de 2015, la apoderada de la parte demandante, interpuso recurso de reposición contra el proveído del 2 de marzo de 2015, pues considera que la labor del Despacho fue errónea ya que no se realizó con suficiencia el análisis de contraste establecido en el artículo 231 del CPACA, entre la vulneración deprecada y los actos cuestionados, y que se debió examinar no sólo los cargos de la demanda sino las normas y principios violados; igualmente reiteró la necesidad de suspender los actos demandados ya que se están desconociendo derechos fundamentales de las comunidades étnicas.

II. CONSIDERACIONES

Previo a resolver de fondo el recurso de reposición que se estudia, el Despacho aclara la procedencia del mismo, sobre el particular, la Ley 1437 de 2011, reguló el trámite pertinente para la adopción o no, de medidas cautelares y, sobre los recursos que sobre aquella decisión recaerían, estableció lo siguiente:

“Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares.

(...)

“El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

“Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

“Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.

“Artículo 236. Recursos. **El auto que decreta una medida cautelar** será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

caso. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días. (Negrillas del Despacho).

Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno.

Como se aprecia, la regulación contenida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, guarda silencio respecto de los recursos procedentes contra la decisión que haya negado una medida cautelar, a su vez, el artículo 242 *ibídem*, regula lo pertinente al recurso de reposición, y establece:

“Artículo 242. Reposición. Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.

“En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.”



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

En ese orden, se tiene que de acuerdo al texto anterior, el recurso de reposición es procedente i) si no existe norma legal en contrario que prohíba su procedencia y ii) la decisión no debe ser susceptible de los recursos de apelación¹ o de súplica².

Así las cosas, el Despacho encuentra que contra el auto de 2 de marzo de 2015, que negó la solicitud de medida cautelar, consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos demandados, procede el recurso ordinario de reposición, según lo establecido por el artículo 242 del CPACA, toda vez que sobre la procedencia del mismo no existe norma legal en contrario, y que la decisión no es de aquellas que son susceptibles de los recursos de apelación o súplica.

Ahora bien, el Despacho repondrá el auto impugnado y decretará la suspensión provisional de las resoluciones demandadas, toda vez que, como se estudiará, se hace imperativa la protección a las comunidades étnicas que se pudieran ver afectadas con las medidas tomadas por la Agencia Nacional de Minería y el Ministerio de Minas y Energía y, teniendo en cuenta que para la expedición de las resoluciones no se agotó la consulta previa a tales comunidades, ya que se prescindió de tal procedimiento con base en el concepto emitido por el Ministerio del Interior. El concepto estableció que no era necesaria la consulta previa ya que las medidas no otorgaban títulos mineros sino que, únicamente, creaban meras expectativas al

¹ **Ley 1437 de 2011. Artículo 243. Apelación.** Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.
5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.
6. El que decreta las nulidades procesales.
7. El que niega la intervención de terceros.
8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.
9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

(...)

² **Ley 1437 de 2011. Artículo 246. Súplica.** El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.(...)



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

establecer áreas estratégicas mineras. No obstante, hasta que se establezca si era o no necesaria la consulta previa en la expedición de las resoluciones demandadas y hasta tanto se haga el estudio de legalidad de las mismas, el Despacho las suspenderá de manera provisional, buscando evitar cualquier menoscabo de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas.

De igual manera se advierte que la anterior decisión, no puede ser entendida como un prejuzgamiento, ni compromete la posición del Despacho al momento de decidir de fondo el asunto. Así las cosas se hará el estudio de la consulta previa como derecho fundamental de las comunidades étnicas, así como la comparación de los actos demandados con las disposiciones constitucionales vulneradas.

1. La suspensión provisional de los actos administrativos como medida cautelar en el proceso contencioso.

Este Despacho es competente para adoptar la decisión de suspender provisionalmente las Resoluciones objeto de la controversia, ya que si bien se trata de la adopción de una medida cautelar, que en principio correspondería decidir a la Sala de Decisión, el asunto *sub-examine* es de única instancia ante ésta Corporación, razón por la cual resulta aplicable la excepción establecida en la parte final del artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone:

“Será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite, sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia”.

En efecto, lo que se pretendía con esta norma era que las decisiones de que tratan los numerales 1 a 4 del artículo 243 del referido Código deben adoptarse por el Ponente cuando correspondan a proceso en única instancia. A la anterior conclusión



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

también puede arribarse a partir de la lectura de los artículos 229, 230 y 232 *ibídem*, pues establecen que:

"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.

"(...)

"ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o **Magistrado Ponente** podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

"(...)

"3. **Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo**" (resalta el Despacho).

Por lo anterior, la decisión de acceder (que en este caso corresponde a una suspensión provisional), debe ser proferida por el Magistrado Ponente, siempre y cuando la competencia para ello radique en los Tribunales Administrativos o en el Consejo de Estado.

Ahora bien, la suspensión provisional es una medida cautelar de carácter material, que suspende el atributo de fuerza ejecutoria³ del acto administrativo, con la finalidad de proteger el ordenamiento jurídico conculcado con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona.

El artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece como requisitos para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos los siguientes:

³ "Partiendo de la concepción de que el poder del Estado es uno y único, no podemos negar a la Administración la capacidad para obtener el cumplimiento de sus propios actos, sin necesidad de que el órgano judicial reconozca su derecho y la habilite a ejecutarlos." *Ibídem*.



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

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

De la normativa se deducen los parámetros de índole formal y sustancial que se deben tener en cuenta para la procedencia de dicha medida cautelar: i) que sea solicitada por el demandante, ii) la violación deber surgir del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y iii) que si se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, deben acreditarse, al menos de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

En ese estado de cosas, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece una variación significativa en relación con aquella que contenía el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, en lo referente a la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

En primer lugar, en la actualidad –CPACA-, para la procedencia de la medida cautelar, la confrontación se hace respecto de las normas invocadas en la demanda o en la solicitud de suspensión, pues por su parte el C.C.A. establecía que la confrontación se hacía únicamente respecto de las normas invocadas en la petición de la medida cautelar. Así, el cambio de legislación le otorgó al Juez un campo de acción más amplio, en la medida que podrá hacer la confrontación no sólo con las normas invocadas en la solicitud, sino con las que se señalen en el libelo demandatorio.

Otro cambio que se advierte es que en el artículo 231 del CPACA la suspensión no está limitada a la verificación de una flagrante o manifiesta vulneración del



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

ordenamiento superior; ahora señala que prospera cuando la violación *"... surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud"*, sin que se exija que la vulneración o violación sea ostensible o manifiesta⁴.

Sobre esta materia el Consejo de Estado ya tuvo la oportunidad de pronunciarse, en providencia del 3 de diciembre de 2012⁵, donde indicó:

-“De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia *sine quanon* que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces (sic) ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer *prima facie*. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: **1º**) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y **2º**) que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud”⁶ (negrillas y subrayas del original).

-“El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), (sic) establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera manifiesta y apreciada por confrontación directa con el acto demandado, de esa manera, se impedía que el Juez pudiera realizar un estudio profundo del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.

“Al respecto cabe resaltar que la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para realizar el análisis entre el acto y las normas

⁴ En efecto, la anterior codificación establecía: “Artículo 152 1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

“2. Si la acción es de nulidad, basta que haya **manifiesta infracción** de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

“3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor” (se destaca).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 3 de diciembre de 2012, exp. 11001-03-24-000-2012-00290-00; M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de 24 de enero de 2013, exp. 11001-03-28-000-2012-00068-00; M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

invocadas como transgredidas, y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

“Finalmente, el Despacho considera importante destacar que pese a que la nueva regulación le permite al Juez realizar un análisis de la sustentación de la medida y estudiar las pruebas pertinentes, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo que obliga al Juzgador a ser en extremo cauteloso al momento de resolver la solicitud de suspensión provisional”.

Así las cosas, al haberse presentado la demanda de nulidad con solicitud de suspensión en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el análisis que se realizará no está sujeto a que la contradicción con las disposiciones invocadas como infringidas sea ostensible o manifiesta; en su lugar se confrontarán los actos demandados con las normas superiores invocadas como violadas.

2. La consulta previa como derecho fundamental:

El derecho a la consulta previa se encuentra establecido en el párrafo del artículo 330 de la Constitución Nacional, el cual establece:

“Artículo 330.

(...)

“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.”

De otro lado la Corte Constitucional ha definido la consulta previa como un derecho fundamental de las comunidades étnicas, en sentencia de unificación SU-039 de 1997⁷, en la que definió:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas,

⁷ Corte Constitucional. Sentencia de Unificación SU – 039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho 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 para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.”

Así la consulta previa se basa en el derecho que tienen los pueblos indígenas de decidir sus propias prioridades dentro de los procesos de desarrollo y planes de organización que tengan dentro de su comunidad, haciendo que las decisiones y las medidas tomadas por el Estado concernientes a la explotación de recursos naturales, a planes de desarrollo sostenible o en medidas que afecten a éstas comunidades, sean proporcionales, coherentes y respetuosas de sus vidas, sus creencias, instituciones y bienestar espiritual, de la cosmovisión en el uso y utilización de la tierra y sus recursos.

Lo anterior se materializa garantizando la participación de las comunidades étnicas en la formulación, evaluación, aprobación y aplicación de los planes de desarrollo, nacionales o regionales que de alguna manera puedan afectarlas, estableciendo dentro de la consulta previa, un consentimiento libre, informado, y que adopte una medida culturalmente adecuada, forjada en el principio de buena fe⁸.

3. La consulta previa en las medidas administrativas

⁸ Principios desarrollados por el Convenio 169 de la OIT, adoptado por el Ordenamiento Nacional mediante la Ley 21 de 1991, e igualmente instituidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 19. La Corte Constitucional, estableció que el Convenio No. 169 de la OIT hace parte del Bloque de Constitucionalidad en virtud de los artículos 93 y 94 Constitucionales (Sentencia SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis).



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

Se tiene que las medidas administrativas, son aquellas proferidas por el conjunto de entidades que forman parte de la rama ejecutiva en ejercicio de la función administrativa, al respecto el artículo 6, numeral 1, literal a) del convenio No. 169 de la O.I.T, establece que en las medidas administrativas que puedan afectar a los pueblos interesados, éstos deberán ser consultados⁹. En desarrollo de tal premisa la Corte Constitucional en sentencia C – 175 de 2009¹⁰ estableció:

“En lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas. Este es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes¹¹ a la consulta previa y un deber estatal correlativo de

9 Convenio No. 169 de la O.I.T. Artículo 6 (...) 1. a) 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;

10 Corte Constitucional, Sentencia C- 175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

11 Cita dentro del texto: La inclusión de las comunidades afrodescendientes dentro de los grupos tribales con identidad diferenciada, titulares del derecho de consulta, ha sido sustentada por la jurisprudencia constitucional en los términos siguientes:

“En lo relativo a esta definición particular, es de anotar que el término "tribal" difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una "tribu". Este concepto forma parte de la tipología propuesta por los teóricos de la Antropología Social, quienes dividieron las sociedades humanas en "bandas", "tribus", "cacicazgos" y "Estados", dependiendo de su estadio de complejización; haciendo a un lado el debate sobre la validez académica de estas categorías, lo cierto es que mal haría la Corte en aceptar, como parte del Derecho que tiene que aplicar, una determinada postura teórica. Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término "tribal" en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su Directiva Operacional No. 4.20 de Septiembre de 1.991, sobre políticas institucionales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos "pueblos indígenas", "minorías étnicas indígenas" y "grupos tribales" se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante. ||Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento "objetivo", a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento "subjetivo", esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión. || De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado. Esta definición, así como el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan sólo el reconocimiento jurídico de un proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen.”

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional en sentencia T-769 de 2009¹², estudió las circunstancias que pueden atravesar las comunidades étnicas en procesos de exploración o explotación minera a gran escala, y reitera la necesidad de consultarlas y como la consulta se constituye como un derecho fundamental, sobre el particular define:

“La exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha

regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina "negro", a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. 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. En ese orden de ideas, el reconocimiento de estas comunidades, a nivel nacional, en tanto "grupo étnico", es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país. Por esa misma razón, su doble representación en la Cámara de Representantes, es una medida de diferenciación que halla una sólida razón de ser en sus condiciones materiales de existencia, respetando así el artículo 13 de la Carta, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la O.I.T. || Debe anotarse, eso sí, que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su "raza", puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún "razas puras", lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de "raza negra" y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Lo que es más, no sólo es un hecho reconocido que la categoría "raza" ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta sólo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos "raciales". Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes.” Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-169/01.

12 Corte Constitucional, Sentencia T – 769 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación y exploración de recursos naturales en su hábitat, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha actividades.

"De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del numeral 2º del artículo 40 de la Constitución, como es el de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

"Con fundamento en los artículos superiores 40-2 y 330 (parágrafo) y las normas 6 y 7 del Convenio 169, estimó la Corte que "la institución de la consulta a las comunidades indígenas 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", tendientes a buscar, como se indicó en el anterior acápite¹³:

"a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

"b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

13 Cita dentro del texto: La OIT en el Convenio 169, artículo 15, numeral 2, declaró 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. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades." Igualmente, el Banco Mundial ha implementado requisitos similares: "Política Operacional Revisada y Procedimientos del Banco en relación con Pueblos Indígenas (OP/BP 4.10)." Otros documentos se ocupan de manera más amplia sobre el derecho de una minoría de participar en las decisiones que le afectan directa o indirectamente; así, en la ONU, Comité de Derechos Humanos: "Comentario General N° 23: Los derechos de las minorías (Art. 27), supra nota 93, párr. 7 (indicando que el goce de los derechos culturales conforme al artículo 27 del PIDCP 'puede requerir la adopción de medidas positivas legales de protección y medidas que garanticen la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan'; Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General N° 23, Derechos de los Pueblos Indígenas, supra nota 76, párr. 4(d) haciendo un llamado a los Estados a 'garantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan el mismo derecho con respecto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde una relación directa con sus derechos o intereses sin su consentimiento informado'."



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

"c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses, y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca así, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptarse, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

(...)

"Así, en un estudio que realizó el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, se estableció: "Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. Los efectos principales... comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración y, en algunos casos, abuso y violencia.¹⁴"

"En consecuencia, el Relator determinó que "es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo¹⁵".

Queda claro entonces, que la necesidad de consultar a las comunidades étnicas, previo a la toma de decisiones o medidas administrativas que busquen implementar planes de desarrollo y explotación minera, se constituye como un derecho fundamental, cuando con esas medidas puedan verse afectados derechos constitucionales, individuales y colectivos de éstas comunidades, como al territorio, al agua, al medio ambiente, a su autodeterminación, a la cultura y al patrimonio arqueológico.

4. El caso en concreto

14 Cita dentro del texto: "ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, p. 2."

15 Cita dentro del texto: "ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, párr. 66."



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

El Despacho entrará a estudiar si las Resoluciones demandadas transgredieron de alguna manera el derecho fundamental de la consulta previa de las comunidades étnicas que se pudieran ver afectadas con las medidas tomadas por el Ministerio de Minas y Energía así como por la Agencia Nacional de Minería.

Las Resolución No. 180241 del 24 de febrero de 2012, expedida por el Ministerio de Minas y Energía; las Resoluciones No. 0045 de junio 20 de 2012, y No. 429 de junio 27 de 2013, emitidas por la Agencia Nacional de Minería, se expidieron en desarrollo del artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 denominada Ley del Plan Nacional de Desarrollo, la cual otorgó competencia a la autoridad minera para la declaración y limitación de áreas de reserva minera estratégica.

A su vez, se nota como en ellos se prescinde de realizar consulta previa a las comunidades étnicas, pues la motivación de todos los actos demandados se basa en el Concepto de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, de fecha 20 de febrero de 2012, radicado bajo el número OFI12-0622-DCP-2500, del cual se transcribe lo pertinente:

“La declaración y limitación (sic) de áreas de reserva minera estratégica – artículo 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 ese 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 ese tipo de actividades en la fase contractual”

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



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

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 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 éstas medidas¹⁶.

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 Cuca; 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

¹⁶ 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.



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

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.

Respecto de la suspensión provisional de los actos administrativos, la Corte Constitucional, en sentencia SU-039 de 1997 ya referida, estimó que es procedente en aras de la protección a derechos y principios constitucionales, así explicó:

“Hay que entender que la no procedencia de la suspensión provisional se refiere a los casos en que se ejercitan acciones que no involucran la anulación de actos administrativos (contractuales o de reparación directa). Igualmente es viable cuando el interesado dispone de la acción contenciosa administrativa y la suspensión provisional es procedente, por las siguientes razones: A diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; pero lo que si se advierte es que dados los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos.

“La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de



52.149

Centro de Estudios Para la Justicia Social Tierra Digna

la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan. El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos.”

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

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

1. Repónese el auto proferido por el Despacho el 2 de marzo de 2015, y en su lugar se dispone:

2. Suspéndase Provisionalmente los efectos jurídicos de las Resoluciones No. 180241 del 24 de febrero de 2012, expedida por el Ministerio de Minas y Energía; las Resoluciones No. 0045 de junio 20 de 2012, y No. 429 de junio 27 de 2013, emitidas por la Agencia Nacional de Minería.

Notifíquese y Cúmplase

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ (E)