

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - Asunto minero. Medida de suspensión provisional / MEDIDA DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO - Accede, decreta suspensión de acto administrativo que declaró áreas de reserva minera estratégica / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO POR VIOLACIÓN DE NORMAS CONVENCIONALES Y CONSTITUCIONALES SOBRE CONSULTA PREVIA A COMUNIDAD INDÍGENA - Acto administrativo que declara zona de explotación minera / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - Zona de explotación minera / CONSULTA PREVIA A COMUNIDAD INDÍGENA - Aplicación de normas convencionales y constitucionales / CONSULTA PREVIA A COMUNIDAD INDÍGENA - Acto administrativo que declara áreas de reserva minera estratégica. Deber de consultar aun cuando el acto es de carácter general: Por afectación directa a la comunidad

Las tres resoluciones acá enjuiciadas comprenden un número aproximado de veinticinco millones ciento sesenta y tres mil setecientos noventa y cuatro punto seis hectáreas (25.163.794,6) del territorio nacional, todas ellas afectadas bajo la noción de áreas estratégicas mineras establecida en el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, Ley de Plan de Desarrollo 2010-2014, (...) [con esta regulación] la pretensión del legislador ha sido la de excluir esas áreas del régimen ordinario de concesión previsto en la Ley 685 de 2001 para someterlo a uno diferente. En este orden de ideas, se infieren las siguientes consecuencias respecto de las normas demandadas: i) se trata de “medidas administrativas”, (...) ii) son medidas de carácter general (...) iii) los actos demandados, en armonía con la Ley, implican un desarrollo concreto de la voluntad legislativa (...) y iv) las áreas así delimitadas y declaradas, entonces, hacen parte de una política pública dirigida al desarrollo concentrado e intensivo de actividad minera (...). Súmese el que respecto (...) [que] no se adelantó procedimiento de consulta previa pues, (...) el Ministerio del Interior, a instancias de la autoridad minera, consideró que no era necesario desarrollar este procedimiento “toda vez que se trata de una mera expectativa de que dicha zona pueda ser viable en su explotación”. En este orden de ideas, la Sala tiene claro que el sólo hecho de que las decisiones analizadas tengan carácter general (...) no constituye razón suficiente para desestimar el deber de consulta previa a las comunidades diferenciadas. (...) en este caso, esta judicatura verifica que tal circunstancia sí se satisface en el sub judice por cuanto las medidas administrativas significan una afectación directa y clara [en ejecución de una política pública gubernamental de destinación económica de ciertos territorios que cuentan, según las accionadas, con vocación para explotación de minerales de interés estratégico] a un elemento esencial en esas comunidades como lo es el territorio. (...) En [efecto,] (...) se debió surtir el procedimiento de consulta previo a la adopción de las medidas administrativas mediante las que se determinaron las áreas mineras de reserva especial. Estas decisiones, pese a ser de carácter general, repercuten directamente y de manera particular e intensa en las comunidades diferenciadas en lo que atañe a su territorio y los valores que ello representa pues las Resoluciones comprenden, en aplicación de la Ley 1450 de 2011, una política pública de destinación económica de ciertos segmentos del territorio nacional al servicio de las actividades mineras, razón por la cual no pueda afirmarse que corresponden a meras expectativas. (...) [Además,] se violó, entonces, el derecho a la participación, multicultural, plural y democrática de las comunidades diferenciadas por cuanto éstas no fueron consideradas en la discusión y planeación de las decisiones adoptadas por el Gobierno Nacional en torno a la áreas estratégicas mineras, siendo obligación del Estado garantizarlo en esas instancias. No es de recibo, entonces, el argumento según el cual la consulta se observaría luego de obtenerse el contrato de concesión especial, pues ese alegato pierde de vista que con tal proceder se excluye de manera arbitraria a las comunidades de participar, en todos los niveles de las instancias decisoras, en aquellas cuestiones que afectarán sus derechos o intereses de manera colectiva o individual,

discriminación ésta que no se ajusta a los estándares convencionales sobre la materia, máxime cuando se trata de la planeación o formulación de políticas públicas que versan sobre actividades extractivas que impactarían profundamente el territorio, la subsistencia y sus tradiciones culturales, como precisamente lo hacen las Resoluciones objeto de suspensión provisional de efectos jurídicos. (...) ni se agota el deber de consulta previa con el hecho, alegado por los recurrentes, de haber sometido a ese trámite el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 ni con que se afirme que la consulta deba realizarse luego de la suscripción del contrato de concesión minera especial en la fase de licenciamiento ambiental, pues entre uno y otro momento se omite la participación de las comunidades diferenciadas en una etapa decisiva como lo es la determinación de las zonas que el Gobierno Nacional declarará como estratégicas mineras. Y esta judicatura encuentra, desde una análisis preliminar propio de la instancia cautelar, que esa restricción al derecho de participación cualificado no se ajusta a una prueba de razonabilidad y proporcionalidad toda vez que con esa exclusión no se satisface y/o realiza ningún cometido constitucionalmente legítimo y, por el contrario, genera un grave déficit en la participación democrática plural y diversas de las comunidades en las instancias públicas decisoras. **NOTA DE RELATORÍA:** Con aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas. Síntesis del caso: Síntesis del caso: Se solicita la nulidad de la Resolución No. 180241 (24 de febrero) de 2012 proferida por el Ministerio de Minas y Energía y, de las Resoluciones Nos. 045 (20 de junio) de 2012 y 429 (27 de junio) de 2013, emitidas por la Agencia Nacional de Minería, mediante las cuales se establecieron las áreas de reserva minera estratégicas. La nulidad invocada se fundamenta en la omisión de la autoridad administrativa de efectuar consulta previa a las comunidades indígenas que resultan afectadas con la orden. Problema jurídico: En los eventos de declarar zonas mineras de reserva especial: ¿En qué momento deberá efectuarse el procedimiento de consulta previa a comunidades indígenas y afrodescendientes para evitar la vulneración de sus derechos fundamentales?.

FUENTE FORMAL: LEY 1450 DE 2011 - ARTÍCULO 108 / PLAN DE DESARROLLO 2010 A 2014

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 180241 DE 2012 (24 de febrero) MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA (Suspendida) / RESOLUCIÓN 045 De 2012 (20 de junio) AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA (Suspendida) / RESOLUCIÓN 429 DE 2013 (27 de junio) AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA (Suspendida).

RECURSO DE SÚPLICA - Noción, definición, concepto. Finalidad / RECURSO DE SÚPLICA - Procedibilidad y oportunidad. Eventos en que procede / RECURSO DE SÚPLICA - Normatividad aplicable

Se debe precisar la procedencia y oportunidad del recurso de súplica prescrito en los artículos 246 y 236 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. De esta manera, vale decir que el de súplica se instituye como un recurso judicial tendiente a controvertir la decisión interlocutoria dictada por el Ponente, siendo esta la razón por la cual, la Sala, con exclusión de quien dictó la decisión, deviene competente para conocer del mismo. Prescribe el Código que el mismo deberá formularse en los tres (3) días siguientes a la notificación de la decisión. Igualmente, enseña que los autos que accedan al decreto de una medida cautelar serán pasibles de apelación o súplica, según el caso. Como en el sub judice los recursos fueron propuestos por las entidades accionadas oportunamente contra el proveído que decretó un pedimento cautelar dentro de un juicio contencioso en única instancia, la Sala pasará a su estudio de fondo.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 236 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 246

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD O CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD - Fundamento convencional y constitucional. Aplicación del sistema regional interamericano

dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de inconventionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno. (...) [además, éste control es de] aplicabilidad oficiosa e imperativa (...) conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, entre otros asuntos.

DERECHOS DE LOS GRUPOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES / DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL - Respeto de comunidades indígenas y afrodescendientes / DERECHO A LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES - Respeto de comunidades indígenas y afrodescendientes / CONSULTA PREVIA - Asunto minero. Respeto de comunidades indígenas y afrodescendientes

Tanto los pueblos indígenas como los tribales gozan, desde la perspectiva de los instrumentos internacionales así como en el derecho interno, de la misma protección y garantía de sus derechos y libertades. (...) Así, resulta que las cuestiones en torno a los derechos de estas comunidades diferenciadas están demarcadas por la garantía efectiva y sustancial de la cláusula de igualdad en cuya virtud se proscribiera el trato desigual o discriminatorio por cualquier autoridad estatal respecto de tales pueblos ora colectivamente o por cada uno de sus miembros integrantes. Esto lo refleja, entre otros elementos, el artículo 13 constitucional cuando hace especial referencia a las categorías sospechosas de discriminación tales como raza, lengua o religión, los artículos 1.1 y 24 de la CADH sobre obligación de respetar los derechos e igual protección de la ley y el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.(...) [Ahora bien, respecto del] territorio, como derecho colectivo de las comunidades que encuentra sustento normativo en los artículos 13, 14, 16 y 17 del Convenio 169 de OIT, 25, 26 y 28 de la DNUDPI, 25 de la DADPI y 67 y 229 de la Constitución Política, comprendido no solo como sustrato físico de asentamiento de las comunidades sino como elemento esencial en la cosmogonía y cultura de las comunidades indígenas y afrodescendientes ha venido a erigirse como otro de los derechos fundamentales protegidos, pues excede a la connotación patrimonial conformando un elemento indispensable para la pervivencia humana de esos pueblos y de toda su cultura y tradiciones anejas. (...) En virtud de esta nota sustantiva es que se ha afirmado el deber estatal de reconocer en el ordenamiento interno el derecho a la titulación de propiedad comunal, de proveer instrumentos jurídicos idóneos tendientes a garantizar el acceso (mediante trámites administrativos o judiciales) a la misma, la recuperación o reivindicación de aquellas ancestrales que se encuentren en manos de particulares y la delimitación de los territorios en tanto mecanismo de seguridad para los miembros de las comunidades. Particular relevancia

en este punto tiene el estándar que dispone que el Estado deba tener especial consideración por el derecho consuetudinario indígena y la posesión como título sobre la propiedad de la tierra. (...) Falta advertir que junto al derecho al territorio se ubica el relativo a la explotación de los recursos naturales, punto en el que cabe anotar, como cuestión relevante, el reconocimiento a las comunidades diferenciadas de participar directamente en el aprovechamiento de tales recursos ubicados en sus territorios lo que lleva envuelto su autonomía para decidir o planear sus intereses y preferencias de desarrollo económico. Del mismo modo otra faceta consiste, ligado al derecho de consulta, en el derecho que les asiste a las comunidades a recibir, en participación con el Estado, los beneficios o réditos que se desprendan de la explotación de los recursos naturales en su territorio y el deber del Estado de proteger los territorios de explotaciones ilegales. (...) De esta manera se pretende, sin duda, una armonización entre la libre iniciativa privada, el derecho que se tiene a que el Estado pueda conceder a favor de un particular el derecho de explorar y explotar recursos naturales no renovables y el derecho a la diversidad, el multiculturalismo y el pluralismo jurídico, reflejado en los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y comunidades negras a la protección de su territorio y los recursos naturales que allí se encuentren.

MEDIDA CAUTELAR - Asuntos contencioso administrativos / MEDIDA CAUTELAR - Normatividad aplicable: Nuevo código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo / MEDIDA CAUTELAR - Tipología. Clases o tipos de medidas / MEDIDA CAUTELAR - Finalidad y procedibilidad. Eventos para su procedencia / MEDIDA CAUTELAR - Procedimiento autónomo / MEDIDA CAUTELAR - Papel del juez: Debe remover todos los obstáculos formales para su adopción o decreto. Aplicación de criterios convencionales, constitucionales y legales

Los artículos 229 y siguientes del CPAyCA consagran un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido. (...) cabe comprender y reconocer a la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, para la procedencia de las medidas cautelares debe tenerse en cuenta presupuestos constitucionales, convencionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez Administrativo le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 230

MEDIDA CAUTELAR - Carácter provisional, transitorio e inmediato / MEDIDA CAUTELAR - Principio de inmediatez: Urgencia de la medida. Amenaza / MEDIDA CAUTELAR - Carácter autónomo / MEDIDA CAUTELAR - Principio de convencionalidad. Protección reforzada / MEDIDA CAUTELAR - Medida de urgencia de protección ante graves afectaciones o violaciones a derechos humanos

El anterior aserto se sustenta en que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc.; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración. (...) [Además, se] pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y con las que se procura la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde – dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado – se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la misma, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código). (...) Esta disposición constituye una de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 234

MEDIDA CAUTELAR - Tipología. Clases o tipos de medidas / MEDIDA CAUTELAR - Normatividad aplicable: Nuevo código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo / MEDIDA CAUTELAR PREVENTIVAS - Definición, noción, concepto / MEDIDA CAUTELAR CONSERVATIVA - Definición, noción, concepto / MEDIDA CAUTELAR ANTICIPATIVAS - Definición, noción, concepto / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN - Definición, noción, concepto / MEDIDA CAUTELAR - Tipología dispuesta por el nuevo código no es un listado taxativo o limitado, numerus clausus / MEDIDA CAUTELAR - Tipología dispuesta por el nuevo código es un Listado innominado

Avanzando en la tipología desarrollada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se diferencia entre medidas cautelares preventivas, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; conservativas que buscan mantener o salvaguardar un statu quo ante; anticipativas, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de suspensión que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa. (...) Es preciso resaltar que el Código no establece un numerus clausus de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 230

MEDIDA CAUTELAR - Conciliación prejudicial o extrajudicial no es requisito de procedibilidad de la medida cautelar / MEDIDA CAUTELAR - Eventos para su procedibilidad: Se puede solicitar aun cuando no se haya agotado el requisito de procedibilidad de conciliación para la interposición de la demanda / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL FORMAL

En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial

constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal. Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos”.

MEDIDA CAUTELAR - Criterios para su determinación y aplicación / MEDIDA CAUTELAR - Deber del juez: Deber de motivación, fundamentos de la medida / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Frente a la medida cautelar

En cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con una razonada y proporcional discrecionalidad para adoptarla, así como para modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez tener en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, se desprende, además de las exigencias constitucionales y convencionales, de la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela (...) Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad.

FACULTAD DE DISCRECIONALIDAD Y AUTONOMÍA DEL JUEZ - Habilitación legal. Concepto, definición, noción / PRINCIPIO DE PONDERACIÓN - Frente a la facultad de discrecionalidad del juez

La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes. Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple “habilitación” normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “libertad de selección”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público. (...) Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y

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

MEDIDA CAUTELAR - Requisitos

La determinación de una medida cautelar (...)es (...) la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, [en la cual,] el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra justificado que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 231 NUMERAL 4 LITERAL A / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 231 NUMERAL B

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO - Decreto en proceso contencioso administrativo

En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 231 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 238

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO - Naturaleza cautelar, temporal y accesoría

La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesoría, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una

solicitud fundamentada que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO - Requisitos para su procedibilidad. Presupuestos / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO - Procede a petición de parte / PRINCIPIO DEL PERICULUM IN MORA O PELIGRO EN LA DEMORA - Aplicación en la determinación de medida cautelar / PRINCIPIO DE FUMUS BONI IURIS O DE APARIENCIA DE BUEN DERECHO - Aplicación en la determinación de medida cautelar

Es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos. (...) cabe afirmar que (...) [esta medida] diseñada para el procedimiento contencioso administrativo procede, a petición de parte, “cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud”, figura que ha sido ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación (...). [Y] su procedencia está determinada por la violación al ordenamiento jurídico mediante la subsunción de un acto administrativo con el universo normativo de principios y valores al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad en sentido amplio mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado. (...) Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio. (...) También debe el juez establecer que entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado exista una situación de subordinación jurídica, pues de no existir la medida cautelar se tornaría improcedente, ya que no se configuraría la subsunción que se exige para configurar la infracción que demanda la medida de suspensión provisional. [Por lo tanto, según] el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [el cual] regula la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, (...) se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que i) sea solicitada por el demandante, ii) procede cuando existe una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe acreditarse, de manera sumaria los perjuicios que se alegan como causados por los actores.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 231

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO - Finalidad

Su finalidad (...) [es] la de evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., nueve (09) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149)

Actor: CENTRO DE ESTUDIOS PARA LA JUSTICIA SOCIAL - TIERRA DIGNA

Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD (AUTO MEDIDA CAUTELAR - SÚPLICA)

Temas: Descriptor: Se confirma auto que decretó medida de suspensión provisional de Resoluciones del Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería que decretaron áreas de reserva minera estratégicas por haber sido expedidas sin haber observado el derecho de consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Restrictor: Las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La suspensión provisional de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo. Requisitos de la solicitud de suspensión provisional. Control de convencionalidad. Derechos de los grupos indígenas y comunidades indígenas. El derecho de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Caso concreto.

Procede la Sala a resolver los recursos de súplica propuestos por el Ministerio de Minas y Energía y, conjuntamente, la Agencia Nacional de Minería y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado contra el proveído de 11 de mayo de 2015 mediante el cual se revocó la decisión adoptada el 2 de marzo de la misma anualidad, procediendo a suspender provisionalmente los efectos jurídicos de las normas demandadas.

ANTECEDENTES

1.- En escrito del 5 de septiembre de 2014 el Centro de Estudios para la Justicia Social – Tierra Digna solicitó, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, se declarara la nulidad de la Resolución No. 180241 de 24 de febrero de 2012¹ dictada por el Ministerio de Minas y Energía, la Resolución No. 0045 de 20 de junio de 2012² y la Resolución No. 429 de 27 de junio de 2013³ de la Agencia Nacional de Minería.

En escrito separado de la misma fecha solicitó se decretara la suspensión provisional de efectos jurídicos de las normas demandadas.

¹ “Por la cual se declaran y delimitan unas Áreas Estratégicas Mineras y se adoptan otras determinaciones”.

² “Por la cual se declaran y delimitan unas Áreas Estratégicas Mineras y se adoptan otras determinaciones”.

³ “Por medio de la cual se declara la pérdida de ejecutoriedad de la Resolución 303 del 28 de septiembre de 2012, se delimita un área estratégica minera y se dictan otras disposiciones”.

2.- En auto de 2 de marzo de 2015 el Despacho de la Consejera Olga Mérida Valle De La Hoz (Encargada)⁴. Resolvió negar la solicitud de medida cautelar. Dicha decisión se notificó por estado del 6 de marzo de 2015.

3.- En escrito del 11 de marzo de 2015⁵, la parte actora interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión exponiendo, *inter alia*, como razones de disenso la falta de un análisis de fondo “contrastatorio y analítico” entre los actos demandados y las normas jurídicas superiores, tales como las disposiciones pertinentes de las leyes 1454 de 2011, 1450 de 2011, 99 de 1993 y el Decreto 2811 de 1974.

Destacó que si bien las disposiciones acusadas tienen aplicación en todo el territorio nacional “buena parte de las áreas delimitadas se superponen sobre territorio étnicos, y en tal medida desconocieron normas y principios que deben observarse cuando se adoptan medidas de ordenación territorial o planificación sectorial que tienen lugar en dichos espacios”, para lo cual invocó normas internacionales tales como el Convenio 169 de la OIT (artículos 7 y 13), la Declaración de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (artículos 3, 25 y 26.2) y a nivel interno la Constitución Política (artículos 1, 286, 287, 330.6 y 56 transitorio), el Decreto 2164 de 1995 (artículo 3), Decreto 4635 de 2011 (artículo 40) y la Ley 70 de 1993 (artículos 6, 19 y 21). Igualmente alegó que los actos violaron disposiciones contenidas en la Declaración de Río sobre el medio ambiente y desarrollo, la Ley 164 de 1994, el Decreto Ley 2811 de 1974 y la Ley 99 de 1993.

Por otro tanto, manifestó que junto al escrito de demanda fueron aportados pruebas y documentos que dan cuenta de la ilegalidad de la figura de las áreas estratégicas mineras y la amenaza o afectación que éstas pueden generar en las comunidades.

4.- Mediante auto de 11 de mayo de 2015⁶ fue desatado el recurso de reposición impetrado. En consecuencia, se resolvió reponer el proveído recurrido para, en su lugar, decretar la suspensión provisional de las normas demandadas.

Luego de abordar algunos desarrollos constitucionales sobre la consulta previa como derecho fundamental y la observancia de ésta en la adopción de medidas administrativas, el auto ahora suplicado encontró que las resoluciones demandadas prescindieron de la realización de la consulta previa, advirtió que el Estado no puede escindir su responsabilidad en la satisfacción de este derecho trasladando al futuro

⁴ Fls 59-69, cdno cautelares

⁵ Fls 70-74, ibídem

⁶ Fls 102-119, ibídem

concesionario su realización *“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”*, a lo que agregó que las decisiones enjuiciadas no crean *“meras expectativas”* sino que pueden contener *“actividades con alta potencialidad de generar cambios y transformaciones notables en gran parte del territorio colombiano”*.

Remató apuntando que de la lectura de las resoluciones en cuestión se sigue que era apenas evidente que dentro de las áreas estratégicas mineras que fueron delimitadas se encuentran territorios habitados ancestralmente por comunidades indígenas y negras. En consecuencia, se decretó la suspensión provisional de los actos demandados. Esta decisión fue notificada por estado el 15 de mayo de 2015.

6.- Oportunamente el Ministerio de Minas y Energía⁷, por una parte, y las Agencias de Minería y Defensa Jurídica del Estado⁸, por otro tanto, propusieron recursos de súplica contra la providencia en cuestión. Ambas impugnaciones enfilan argumentos tendientes a que se desestime la cautela dispensada.

7.- La parte demandante⁹, dentro del traslado concedido, se opuso a los recursos formulados defendiendo la decisión recurrida.

CONSIDERACIONES

1.- Procedencia del recurso ordinario de súplica

1.1.- A efectos de resolver el presente asunto, se debe precisar la procedencia y oportunidad del recurso de súplica prescrito en los artículos 246 y 236 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2.- De esta manera, vale decir que el de súplica se instituye como un recurso judicial tendiente a controvertir la decisión interlocutoria dictada por el Ponente, siendo esta la razón por la cual, la Sala, con exclusión de quien dictó la decisión, deviene competente para conocer del mismo. Prescribe el Código que el mismo deberá formularse en los tres (3) días siguientes a la notificación de la decisión. Igualmente, enseña que los autos que accedan al decreto de una medida cautelar serán pasibles de apelación o súplica, según el caso.

⁷ Fls 122-129, ibídem

⁸ Fls 130-142, ibídem

⁹ Fls 146-154, ibídem

Como en el *sub judice* los recursos fueron propuestos por las entidades accionadas oportunamente¹⁰ contra el proveído que decretó un pedimento cautelar dentro de un juicio contencioso en única instancia, la Sala pasará a su estudio de fondo.

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

2.1.- Los artículos 229 y siguientes del CPAyCA consagran un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia¹¹⁻¹²; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda “la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón”¹³.

2.2.- El anterior aserto se sustenta en que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión

¹⁰ Por cuanto las impugnaciones fueron presentadas el 21 de mayo de 2015.

¹¹ Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.” Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido C-490 de 2000.

¹² “4. (...) el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite*”¹².

5. (...) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo”¹².” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros. En el mismo sentido véase: Caso Del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 Marzo de 2006, considerando cuarto; Caso Del Internado Judicial De Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando cuarto.

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147.

administrativa, una acción u omisión, etc.; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración.

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

2.4.- Es preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

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

2.6.- Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones

de derechos humanos¹⁴, dejando la medida de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial *sui generis* de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia.

2.7.- Esta interpretación ha sido acogida favorablemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en reciente providencia fijó este alcance avanzado de las medidas cautelares, específicamente, de las denominadas de urgencia, señalando que este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal requisito. La Sala Plena manifestó lo anterior en los siguientes términos:

“Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar. En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal. Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos”¹⁵.

2.8.- Con base en la anterior jurisprudencia, cabe comprender y reconocer a la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, para la procedencia de las medidas cautelares debe tenerse en cuenta presupuestos constitucionales, convencionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez Administrativo le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de

¹⁴ Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2014, exp. 2013-06871.

estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos. Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están llamadas a satisfacer, implica que se concreten como verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos¹⁶.

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

2.10.- Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos

¹⁶ Al respecto es valioso resaltar el hecho de que otras jurisdicciones han experimentado la adopción de este tipo de medidas preliminares, autónomas y de eficacia inmediata para la protección de los derechos de las personas, tal como se refleja en el sistema jurídico brasilero en donde se ha establecido la llamada “medida liminar” comentada por Berizonce en los siguientes términos “La medida liminar se dispone inaudita parte en el proveimiento inicial, salvo en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22 § 2°). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado, lo que autoriza el art. 7°, III, es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos.” BERIZONCE, Roberto Omar. Tutela de urgencia y debido proceso. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 37. Disponible en el enlace web: <http://www.icdp.co/revista/articulos/37/RobertoOmarBerizonce.pdf> [sin numeración en el documento digital]. En similar sentido, el ordenamiento jurídico francés, desde el año 2000 (Ley No. 2000-597 de 30 de junio) ha conocido la formulación de los denominados référé que corresponde a un conjunto de medidas de urgencias que pueden ser adoptadas por el “juge des référés” y consistente en i) un référé de suspensión, mediante el cual se puede ordenar la suspensión de la ejecución de cierta decisión, y de ciertos efectos siempre que la urgencia así lo justifique (artículo 5°), ii) un référé de libertad, mediante el cual el Juez puede ordenar las medidas que se consideren necesarias para dejar a salvo una libertad fundamental que está siendo afectada por una persona de derecho público o particular encargado de la gestión de un servicio público, siempre que sea un atentado grave y manifiestamente ilegal (artículo 6°) y iii) el référé conservativo, dirigido a adoptar las “medidas útiles” en un procedimiento administrativo en donde aún no se ha adoptado una decisión por parte de la autoridad (artículo 7°). Para un comentario de tales medidas véase la intervención realizada por el señor Consejero de Estado francés Marc Durand-Viel a la ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio sobre medidas cautelares en el marco del seminario franco-colombiano de reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. La memoria de dicho encuentro (págs. 157-159, c1) se encuentra disponible en el enlace web: <http://www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf> [Consultado el 6 de marzo de 2014] El texto de la Ley puede verse en el siguiente enlace web: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000204851&categorieLien=id> [Consultado el 6 de marzo de 2014].

vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*¹⁷, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad¹⁸. Sobre la aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, se ha sostenido en anteriores ocasiones:

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

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho¹⁹, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple “*habilitación*” normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “*libertad de selección*”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

(...)

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

¹⁷ Como ya se ha sostenido, estos principios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* significan que “siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 45316 (entre otras decisiones similares).

¹⁸ En cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

¹⁹ MELKEVIK, Bjarne. Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p.141: En el otro extremo, y que cabe comprender también dentro del discurso de la modulación de la discrecionalidad se encuentra la tesis de Habermas acerca del estado de derecho democrático: “El Estado de derecho democrático no es simplemente un Estado de dominación, de amenaza, como lo había preconizado MAX WEBER. HABERMAS llega incontestablemente a una conclusión opuesta. En efecto, WEBER concibe el derecho como una dominación y sostiene así una concepción positivista del derecho ajena a toda cuestión de legitimidad. Por el contrario, HABERMAS, como lo habíamos mencionado, fusiona las nociones de legitimidad y de legalidad, lo cual es símbolo del paradigma democrático de la autolegislación que se efectúa por intermedio del proceso democrático que debe situarse dentro del corazón mismo del Estado moderno. Se desprende de lo anterior que el Estado no puede ser legítimo o legal sino en la medida en que respete al proceso democrático. Dicho de otra manera, el Estado democrático no puede ser sino el destinatario de la legitimidad y de la legalidad que le otorga el mencionado proceso. El respeto a los derechos, a las normas y a las instituciones seleccionadas, así como la institucionalización de la seguridad y de la estabilidad jurídicas reposan, en consecuencia, exclusivamente sobre los procesos democráticos. Esta es la razón por la cual el Estado de derecho democrático no puede en adelante estructurarse a partir del poder y de la dominación. No tiene otra fuente de legitimidad y de legalidad que aquella que le otorgan esos procesos democráticos”.

decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho²⁰, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad²¹.

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización²², luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial²³. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.²⁴

2.11.- En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del

²⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid, 2004, pp.79 a 86.

²¹ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2a ed. 1a reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp.208 y 209.

²² ALEXY, Robert, “Deber ideal”, en BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (eds). Desafíos a la ponderación. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p.14.

²³ STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64).

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa”, Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración”, en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro).

afectado (idoneidad); **ii**) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario **iii**) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación²⁵, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos²⁶ (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra *justificado* que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPAyCA da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4 literales a) y b) cuando prescribe como exigencia

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

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

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

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

3.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción. En

²⁵ La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epílogo). 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

²⁶ A través de una escala trídica de leve, medio o intenso.

consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos²⁷. En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho²⁸.

3.2.- De acuerdo con los anteriores argumentos, cabe afirmar que la suspensión provisional como medida cautelar diseñada para el procedimiento contencioso administrativo procede, a petición de parte, “cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud”, figura que ha sido ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación²⁹, precedente vigente para entender el alcance de la Ley 1437 de 2011 en esta materia, en los siguientes términos:

“... En efecto, la figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, inherente a las funciones de control preventivo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativa que impide, previa decisión motivada de la autoridad judicial competente, que los actos de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente sobre su constitucionalidad o legalidad, previniendo de esta manera el peligro que tal situación implica para el interés general de las instituciones y en particular para los asociados,³⁰ por lo tanto, instrumento vital de carácter material consolidador de los presupuestos de la cláusula constitucional del Estado social de derecho...”

Es provisional porque su existencia es precaria toda vez que el pronunciamiento de la decisión final normalmente la extingue, sin olvidar que puede ser modificada o levantada en presencia de las circunstancias previstas por la ley; objetiva porque la decisión que la adopte debe fundarse en estrictas consideraciones de clara y evidente contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, y no en consideraciones personales o subjetivas del juzgador; accesorio porque no constituye el centro del debate procesal y está sujeta a lo que disponga el fallo que ponga fin al proceso; y, finalmente, motivada porque siendo una decisión judicial, la garantía del debido proceso y el deber del sometimiento del juez al imperio de la ley, exigen una adecuada y suficiente exposición,³¹ argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta³² la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación,³³ el hecho de exigirse

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez: “La jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos –y por consiguiente el perjuicio- se han consumado”.

²⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo. Contencioso Administrativo, T.III, 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.482.

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 22 de marzo de 2011, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38.924.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-977 de 1992.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2010.

³² Artículo 303 del C. P. C. que desarrolla los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de Mayo de 2009, (Expediente 36.476).

una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye en manera alguna la interpretación de la ley ni la debida y suficiente motivación por parte del juez de lo contencioso administrativo.

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

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

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

Finalmente, entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado debe existir una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente ya que no se configuraría la manifiesta infracción a la que se refiere expresamente el artículo 152.2 el C. C. A.”

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

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

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

Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente “la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella.”³⁴

Pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (Como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C. C. A: “manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho.”³⁵

3.4.- Su procedencia está determinada por la violación al ordenamiento jurídico mediante la subsunción de un acto administrativo con el universo normativo de

³⁴ Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6.

³⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de marzo de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38924.

principios y valores al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad en sentido amplio mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado.

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

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

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

3.8.- Requisitos de la solicitud de suspensión provisional.

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

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

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

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

3.10.- Conforme a las precedentes consideraciones jurídicas se abordarán las impugnaciones sobre la suspensión provisional decretada en auto de 11 de mayo de 2015.

4.- Los cargos esgrimidos por el actor.

4.1.- Solicitó la parte demandante la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las Resoluciones No. 18 0241 de 24 de febrero de 2012, No. 0045 de 20 de junio de 2012 y No. 429 de 27 de junio de 2013, la primera de estas dictada por el Ministerio de Minas y Energía y las restantes por la Agencia Nacional de Minería.

4.2.- Fundamentó la petición de nulidad en los siguientes cargos: i) falsa motivación de los actos administrativos demandados. Aun cuando reconoce el actor que las decisiones se sustentaron en la consulta de información y estudios sobre áreas con potencial mineral e información cartográfica sobre zonas excluibles de la minería, considera que en estas decisiones se excluyó la consideración de cuatro elementos fácticos relevantes y necesarios, a saber: a) información sobre áreas excluibles de la minería de acuerdo a la Ley 685 de 2001, por cuanto a la fecha la delimitación y ordenación de estas áreas se encuentra en etapas preliminares, b) información sobre otras áreas de importancia ecológica y ambiental distintas a la señaladas en la Ley 685 de 2001, como son los ecosistemas estratégicos o zonas de especial importancia ecológica, las zonas de reserva forestal de la Ley 2 de 1959, las áreas de reserva forestal regional y las zonas de utilidad pública declarada por el Gobierno nacional; c) se ignoró información existente en otros ámbitos relevantes para la toma de la decisión, como son estudios, informes, sentencias judiciales y demás que aportan elementos sobre políticas públicas en materia de explotación minera, agraria, derecho a la alimentación y agricultura, sobre las zonas del país afectadas por el desplazamiento forzado e indicadores de tierras despojadas y abandonadas forzosamente como consecuencia del conflicto armado, e información sobre zonas de importancia cultural valoradas por poseer vestigios de enorme riqueza cultural para el país; d) era necesario concluir estudios ambientales y de biodiversidad sobre zonas de especial importancia ecológica sobre las que se crearon las áreas estratégicas mineras. De todo esto concluye el actor que la Administración se equivocó al tomar como único y preponderante criterio para efectuar reservar áreas la información sobre caracterización del subsuelo y la identificación de los minerales existentes en él.

ii) Expedición irregular de los actos administrativos, por cuanto la administración no llevó a cabo el proceso de consulta previa a las autoridades representativas de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Después de destacar la importancia de los actos demandados, por cuanto desarrollan una política pública del sector minero al reglamentar una figura novedosa creada en el ámbito minero por el Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1450 de 2010) y versan sobre un asunto de importancia trascendental en el país, afirmó que la procedencia de la consulta previa queda supeditada a que la medida legislativa o administrativa tenga la *“potencialidad de afectar directamente a los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes”*, razón por la cual consideró que en el caso concreto el Ministerio del Interior aplicó *“un criterio errado de interpretación sobre la consulta previa”* al confundir la consulta que tiene lugar respecto de proyectos mineros concretos que afectan territorios étnicos determinados con aquella que ocurre en relación con las medidas administrativas de carácter general *“que fijan elementos relevantes para el impulso de la política pública del sector minero, pero que pueden tener una afectación directa sobre comunidades étnicas”*. Como respecto de este último tipo de medidas también es exigible la consulta previa, se sigue que las decisiones demandadas debieron satisfacer este requisito³⁶.

iii) Violación de la Constitución y la ley y rompimiento del principio de legalidad de la administración. Considera el actor que las decisiones demandadas violan directamente normas constitucionales y legales en materia de ordenamiento del territorio, del derecho al territorio de comunidades étnicas y en materia de principios de precaución y prevención ambiental.

4.3.- En cuanto a lo primero, concreta esta alegación en la violación a los artículos 2 y 3 de la Ley 1454 de 2011 y al artículo 109 de la Ley 1450 de 2011, aquello por cuanto desconoce la finalidad y los principios rectores del ordenamiento territorial y lo otro en razón a que desconoce que en la elaboración del Plan de Ordenamiento Minero la Autoridad debe tener en cuenta las directrices establecidas en materia ambiental y de ordenamiento del territorio.

4.4.- En segundo lugar, el actor señala que se viola de manera directa la Constitución en cuando al derecho al territorio de las comunidades étnicas, para lo cual se basa en el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT sobre el deber de los Estados de respetar la importancia que para los pueblos tiene su relación con la tierra y los territorios, el

³⁶ En este punto el actor apoyó su postura en los fallos C-891 de 2002, C-030 de 2008 y C-366 de 2011 de la Corte Constitucional.

artículo 40 del Decreto 4635 de 2011, donde se afirma como fundamental el derecho de las comunidades afrodescendientes al territorio; de la misma manera, resalta los artículos 6, 19 y 21 de la Ley 70 de 1993 sobre la especial consideración que debe tenerse al momento de hacer uso y explotación de los suelos y bosques de la cuenca del Pacífico, considerando su fragilidad y la prelación que tiene la caza, pesca o recolección de productos con fines de subsistencia sobre otros. De allí, entonces, que el actor considere que con la creación de áreas estratégicas mineras en territorios colectivos de comunidades negras se desconocen las particularidades socio-ambientales y productivas de esos territorios, lo cual está expresamente recogido en la legislación. De la misma manera, el demandante considera que se desconoció la normativa sobre derechos territoriales de los pueblos indígenas, para lo cual se apoyó fundamentalmente en los artículos 3, 25 y 26.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, amén de violar normas constitucionales sobre el derecho de las comunidades indígenas de administrar sus territorios y preservar los recursos naturales en ellos existentes y lo preceptuado en el artículo 3° del Decreto 2164 de 1995 que refiere que aquellos territorios tradicionalmente utilizados por pueblos indígenas nómadas, seminómadas o agricultores itinerantes para caza que se encuentren en situación de reserva forestal sólo podrán ser destinados a la constitución de resguardos indígenas.

4.5.- Finalmente, el actor pone de presente que las decisiones enjuiciadas violan normas constitucionales en materia de prevención y precaución ambiental.

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

5.1.- La Agencia Nacional de Minería, en escrito de 13 de febrero de 2015, solicitó se denegara la medida cautelar.

5.1.- Señaló que no se satisfacía el requisito consistente en la violación de las disposiciones legales invocadas en la demanda. Así, precisó que la titularidad de los recursos naturales no renovables se encuentra en cabeza del Estado, concluyendo que el ejercicio de esta propiedad debe llevarse a cabo en armonía con las normas constitucionales que rigen el ordenamiento minero. Dicho esto, considera que el deber de consulta previa a las comunidades se satisfizo al haberse hecho tal procedimiento respecto de la Ley 1450 de 2011, como se hace constar en el artículo 273 de esa Ley donde se protocolizan anexos sobre la consulta surtida; también sostiene en este punto que se actuó conforme a lo manifestado por la Dirección de Consulta Previa del

Ministerio del Interior OFI12-0622-DCP-2500 donde, entre otros, se lee: “La declaración y delimitación de áreas de reserva mineras estratégicas – art. 108 de la ley del plan nacional de desarrollo, no debe ser consultado, toda vez que se trata de una mera expectativa de que dicha zona pueda ser viable en su explotación, lo que implica que debe seguirse un proceso objetivo de selección y acatar los mantos (sic) del Código de Minas”, a lo que sumó el pronunciamiento emitido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, aunque no se indica fecha ni radicado del proceso, donde se resolvió una tutela propuesta por el Consejo Comunitario Mayor de la organización Campesina del Alto Atrato y donde esa Corporación señaló que no se violaba al derecho a consulta previa respecto de las resoluciones acá demandadas.

5.2.- Por otro tanto, consideró que las decisiones no violaron el principio de precaución ni otro principio ambiental, por cuando los actos sólo declararon y delimitaron áreas estratégicas, más no efectuó un otorgamiento de títulos mineros, ni menos se está adelantado en estos sectores actividad exploratoria, lo cual sólo puede tener lugar en virtud de un contrato de concesión minera y previa expedición de licencia ambiental por parte de la Autoridad Minera.

5.3.- Concluyó señalando que los actos demandados cumplen con lo previsto en el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, ley que fue consultada conforme al Convenio 169 de la OIT; éstos no desconocen la autonomía, participación y protección del medio ambiente de los lugares donde habitan las comunidades étnicas; precisó que los actos demandados *per se* no confieren derecho a realizar actividades mineras; afirmó que no se excluye ni se otorga un trato distinto a los derechos de las comunidades étnicas que habitan esas zonas, no eximen a los interesados en el contrato especial de concesión de cumplir con el trámite de licenciamiento ambiental y agotar la consulta previa y no le eximen de cumplir con los mandatos del Código de Minas. En consecuencia, solicitó se negara la medida cautelar solicitada.

5.4.- El Ministerio de Minas y Energía, en memorial de 18 de febrero de 2015, solicitó se desestimara la medida cautelar.

5.5.- Consideró que en los actos demandados el Ministerio determinó unos minerales de interés estratégico para el país y delimitó áreas estratégicas mineras para ser otorgadas mediante contrato de concesión especial conforme a procesos de selección objetiva. En consecuencia, encuentra que actuó de conformidad y en cumplimiento de la normatividad vigente. Afirma que para la expedición de estas decisiones se apoyó en estudios técnicos suficientes y no existe falsa motivación del acto en razón a que el

Ingeominas elaboró un estudio titulado “áreas con potencial mineral para definir áreas de reserva estratégica del Estado” el cual hace parte integrante del acto demandado y en el que se expresa la metodología aplicada para la selección de áreas con potencial para minerales estratégicos. Señaló que con la negativa de la medida cautelar no se causa un perjuicio irremediable habida cuenta que los actos demandados sólo relacionan los lugares con potencial extracción de minerales.

5.6.- Advierte, por otro tanto, que se dejó consagrado que si, de acuerdo a los artículos 122, 131 y 134 del Código de Minas, dentro de las áreas estratégicas mineras allí declaradas y delimitadas se encuentra que existen condiciones para la declaratoria de zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas, la autoridad minera procederá a adelantar el proceso de consulta previa.

5.7.- Indicó que el Grupo de Catastro y Registro Minero Nacional del Servicio Geológico Colombiano verificó en las áreas estratégicas mineras las zonas de reserva forestal, las áreas de reserva forestal regionales y las zonas de utilidad pública declarada por el Gobierno Nacional, las cuales no fueron objeto de recorte o exclusión *“teniendo en cuenta que la actividad minera puede ser desarrollada en estas áreas, surtiendo los trámites administrativos y obteniendo los permisos correspondientes”*.

5.8.- Finalmente, reconoció que no se surtió el trámite de consulta previa para emitir este acto administrativo en razón a que la decisión allí contenida no debe ser consultada por cuanto solo se trata de una mera expectativa, de acuerdo a lo señalado por el Ministerio del Interior en concepto de 20 de febrero de 2012. Por tales razones solicitó se negara la medida cautelar pedida.

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

6.1.- Mediante auto de 11 de mayo de 2015 el Despacho de la Consejera Olga Mérida Valle De De La Hoz (E) procedió a decretar la suspensión provisional de las Resoluciones No. 180241 de 24 de febrero de 2012, No. 0045 de 20 de junio de 2012 y No. 429 de 27 de junio de 2013, la primera del Ministerio de Minas y Energía y las restantes de la Agencia Nacional de Minería.

6.1.- Luego de recoger criterios de la jurisprudencia constitucional sobre la consulta previa, concluyó que era clara la necesidad de consultar la toma de decisiones o medidas administrativas que busquen implementar planes de desarrollo y explotación

minera cuando de esas decisiones pueden verse afectados derechos constitucionales, individuales y colectivos de las comunidades.

6.2.- En el caso concreto consideró que aun cuando no se llevó a cabo el procedimiento de consulta previa respecto de las comunidades con sustento en el pronunciamiento del Ministerio del Interior, consideró el auto suplicado que dentro de la planeación y direccionamiento de esas decisiones se debió contar con la participación de esas comunidades.

6.3.- Recordó que el Estado no podía escindir su responsabilidad de garantizar la consulta previa y la participación de las comunidades étnicas transfiriendo el cumplimiento de ese trámite 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”*. Sostiene que contrario a lo sostenido por el Ministerio del Interior las decisiones enjuiciadas no crean meras expectativas sino que pueden contener actividades con alta potencialidad de generar cambios y transformaciones notables en gran parte del territorio nacional *“de lo que se deduce que es necesario un estudio más acucioso y participativo para la expedición de esas medidas”*.

6.4.- Luego de detallar que las decisiones demandadas crearon 515 bloques mineros y un área estratégica minera en el Departamento de Norte de Santander equivalentes a un área de 20.471.146,7 hectáreas, afirmó que era apenas evidente que *“dentro de los departamentos en donde delimitaron áreas estratégicas mineras, se encuentran territorios que han sido habitados ancestralmente por colectivos de comunidades indígenas y negras”*, población que debe ser protegida de manera preferente, por lo cual se hace imperiosa su participación en la planeación de medidas como las acá demandadas.

6.5.- Concluye la providencia que la medida de suspensión provisional de las resoluciones demandadas se hace necesaria en atención a la naturaleza y el alcance del impacto que las medidas pueden tener, teniendo en cuenta que se busca proteger el derecho fundamental a la consulta previa y evitar el desmedro de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas.

6.6.- En consecuencia, revocó el auto de 2 de marzo de 2015 y accedió a la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de las decisiones demandadas.

7.- Motivación de los recursos de súplica.

7.1.- El Ministerio de Minas y Energía en escrito de 21 de mayo de 2015 propuso recurso de súplica contra la decisión precedente solicitando la revocatoria de la misma.

7.2.- En su recurso la Entidad considera que el deber de adelantar el procedimiento de consulta previa se determina tomando en consideración si la medida legislativa o administrativa afecta o no directamente a las comunidades minoritarias o si por el contrario involucran a toda la comunidad en condiciones de generalidad, caso este último donde no debe cumplirse ese requisito. Así, encuentra que en el caso en concreto las decisiones administrativas demandadas no inciden de manera directa y únicamente respecto de las comunidades indígenas y afrodescendientes *“sino que es una política pública que comprende a toda una generalidad”*.

7.3.- Afirma que no toda decisión legislativa o administrativa que guarde relación con los pueblos indígenas o tribales está sujeta a la consulta previa máxime, en este caso, en donde el Ministerio del Interior señaló en oficio de 20 de febrero de 2012 que no había lugar a ello en atención a que se trataba de una mera expectativa.

7.4.- Por otro tanto, cuestiona la afirmación expuesta en el auto suplicado en relación con la imposibilidad de que el Estado escinda su responsabilidad en cuanto a la consulta previa, pues afirma el recurrente que el encargado de efectuar el procedimiento de consulta previa es el titular minero cuyo proyecto se encuentre en el territorio afectado de la comunidad étnica, *“con la intervención del Ministerio del Interior, quien es la entidad que adelanta y coordina el trámite, propiciando y contribuyendo al acercamiento de las partes”*.

7.5.- Así, siendo que los actos demandados delimitan zonas que cuentan con potencialidad de reservas y recursos mineros y *“teniendo en cuenta que la consulta previa para la explotación de los recursos naturales no renovables en los territorios de las comunidades indígenas y negras mediante contrato de concesión minera, deben surtirse dentro del trámite de licenciamiento ambiental, por ello no es procedente realizar el trámite de la consulta previa en esta etapa de simple delimitación de las áreas estratégicas (...) resultado en consecuencia inane frente a los objetivos para el cual fue prevista la consulta previa.”*

7.6.- Por otro tanto, recuerda el recurrente que los actos fueron expedidos conforme a la facultad del artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, la cual fue objeto de consulta previa

para grupos étnicos en el marco de la Mesa Nacional de Concertación con Pueblos Indígenas.

7.7.- Señala, también, que con la declaratoria de zonas mineras estratégicas el Estado persigue lo contrario a lo afirmado por el demandante, pues con esta decisión se pretende que esas zonas *“no queden sujetas de tan libre acceso a través de la concesión por el régimen ordinario, en tanto el interés del Gobierno Nacional es lograr el crecimiento y desarrollo sostenible del sector minero colombiano bajo un concepto de responsabilidad técnica, ambiental y social”*.

7.8.- Finalmente, reitera que en este asunto es improcedente la consulta previa en razón a que aun no se han asignado áreas ni se han otorgado contratos de explotación minera, aparte en el cual enfatiza que es en la etapa de explotación cuando debe realizarse el procedimiento de consulta previa a las comunidades existentes en la zona de los proyectos mineros, adicionando que el pueblo indígena que solicite protección de su territorio por vía de la consulta previa *“debe demostrar que el territorio en el que se ubica es tradicional o ancestral”*, de lo contrario su protección será la general del país.

7.9.- De todo lo anterior concluye la improcedencia de la decisión adoptada por la Magistrada Sustanciadora por cuanto lo demandado son actos generales y abstractos aplicables a toda la comunidad en general y que no afectan específicamente a las comunidades indígenas.

7.10.- Dentro de la oportunidad procesal las Agencias Nacionales de Minería y de Defensa Jurídica del Estado formularon en escrito conjunto recurso de súplica con la finalidad de obtener la revocatoria del auto de marras.

7.11.- Luego de describir algunos aspectos relativos a la normatividad vigente los impugnantes señalan los siguientes aspectos relevantes de la Resolución No. 18 241 de 2012 del Ministerio de Minas y Energía y la Resolución No. 045 de 2012 y No. 429 de 2013 de la Agencia Nacional de Minería: cumplen con lo establecido en el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, no confieren derecho a realizar actividades mineras ni genera situaciones jurídicas consolidadas, no eximen a los interesados en el contrato de concesión especial de cumplir con el licenciamiento ambiental ni de agotar la consulta previa, no exime de cumplir los mandatos del Código de Minas. Por consiguiente, al ser decisiones administrativas que no confieren derechos a explorar y explotar minerales no vulneran el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas, para lo cual se apoya en el oficio No. OFI12-622-DCP-2500 del Ministerio del

Interior donde se afirmó que la declaración y delimitación de áreas de reservas mineras estratégicas no debe ser consultado.

7.12.- Por otro tanto, censuran los suplicantes el proveído impugnado por desconocer el que ya se había realizado la consulta previa de la Ley 1450 de 2011. Concretaron este alegato en el desconocimiento de un fallo de tutela dictado por la Sección Cuarta de esta Corporación en el expediente radicado 25000-23-27-000-2004-92271-02 (16660), oportunidad en la que se consideró que no había lugar a predicar violación al derecho fundamental a la consulta previa en perjuicio de las comunidades afrodescendientes del Chocó toda vez que las resoluciones acá demandadas afectan de manera uniforme el territorio colombiano. Con apoyo en tal pronunciamiento afirman que no constituía un requisito esencial que las medidas administrativas demandadas fueran consultadas toda vez que la Ley 1450 de 2011 si lo fue.

7.13.- Luego de traer a cuento algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional los recurrentes centran su argumento en analizar la ausencia de afectación directa en las comunidades étnicas respecto de las decisiones demandadas, punto en el que concluyen que este elemento no se configura toda vez que al reservarse las áreas para ser adjudicadas por medio de un procedimiento de selección objetiva el Estado *“no está autorizando ningún tipo de intervención sobre los bloques creados a través de las Resoluciones atacadas, por el contrario, las está sustrayendo de la posibilidad de recibir propuestas de carácter ordinario, sin que ello implique un desconocimiento o afectación a los derechos de las comunidades étnicas asentadas en esas áreas”*.

7.14.- Finalmente, culminan su intervención alegando una contradicción entre los autos de 2 de marzo de 2015, que inicialmente desestimó la medida cautelar, y 11 de mayo de 2015 que accedió a ésta y que la providencia suplicada desconoció los presupuestos del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, por lo cual hay lugar a revocar el auto atacado y en su lugar desestimar la medida cautelar solicitada.

8.- Problema jurídico

Planteados como quedaron los términos del asunto a decidir, el problema jurídico que debe ser resuelto en esta oportunidad se concreta en determinar, en sede cautelar, si las resoluciones demandadas desconocieron el derecho-deber de consulta de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Para abordar tal cuestión la Sala precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar esta decisión, tales como: (1) control de convencionalidad, (2) derechos de los grupos

indígenas y comunidades negras, (3) el derecho de consulta de las comunidades indígenas y afrodescendientes, (4) caso concreto, (5) caso en concreto.

9.- Control de convencionalidad³⁷.

9.1.- El control de convencionalidad³⁸ es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”³⁹

9.2.- Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile,”⁴⁰ lo cierto es que desde antes del 2002,⁴¹ e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

³⁷ Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (exp. 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (exp. 19195), sentencia de 1º de febrero de 2012 (exp. 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (exp. 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (exp. 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (exp. 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (exp. 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (exp. 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (exp. 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (exp. 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (exp. 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (exp. 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (exp. 28505), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 35413), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 26737), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 45433), sentencia de 26 de febrero de 2015 (exp. 30924), sentencia de 6 de mayo de 2015 (exp. 31326). Auto de 24 de septiembre de 2012 (exp. 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (exp. 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (exp. 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (exp. 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (exp. 42402), Auto de 1º de diciembre de 2014 (Exp. 44586), entre otras providencias.

³⁸ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”. En: BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

³⁹ “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

⁴¹ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

9.3.- Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,⁴² aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

9.4.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma⁴³ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”⁴⁴

9.5.- Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.⁴⁵

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

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

⁴³ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

⁴⁵ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁴⁶

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

9.8.- Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales,⁴⁷ sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su intérprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

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

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

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

⁴⁷ Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”⁴⁸

9.11.- En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) *Partie communiste unifié de Turquie*, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, sentencia de 28 de octubre de 1999⁴⁹; c) caso *Open Door y Dublin Well Woman*⁵⁰

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

9.13.- Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, entre otros asuntos⁵¹.

⁴⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “*administration des finances italiennes c. Simmenthal*”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.

⁴⁹ Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

⁵⁰ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

⁵¹ Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (exp. 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (exp. 19195), sentencia de 1º de febrero de 2012 (exp. 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (exp. 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (exp. 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (exp. 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (exp. 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (exp. 25981), sentencia de 12 de febrero

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

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

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

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

10.3.- Así, en primer lugar, es preciso señalar que conforme al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT (adoptada el 7 de junio de 1989) se comprenden⁵² como comunidades indígenas aquellas que desciendan *“de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”* [artículo 1.1 (b)]. Por otra parte, el mismo Convenio considera por pueblos tribales a aquellos *“cuyas*

de 2014 (exp. 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (exp. 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (exp. 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (exp. 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (exp. 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (exp. 28505), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 35413), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 26737), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 45433), sentencia de 26 de febrero de 2015 (exp. 30924), sentencia de 6 de mayo de 2015 (exp. 31326). Auto de 24 de septiembre de 2012 (exp. 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (exp. 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (exp. 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (exp. 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (exp. 42402), Auto de 1° de diciembre de 2014, entre otras providencias.

⁵² Es preciso advertir que ni el Convenio de la OIT ni la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas proveen una definición o concepto de lo que se entiende por pueblos indígenas o tribales. Se trata de criterios descriptivos respecto de los pueblos sobre los que recae la protección jurídica de dichos instrumentos. Sobre la definición de pueblos indígenas la doctrina señala: “En nuestros días, el término “indígenas” se refiere generalmente a los descendientes vivos de aquellas personas que habitaban las tierras antes de las invasiones, y que ahora se encuentran dominados por otros. Los pueblos, naciones o comunidades indígenas son grupos culturalmente diferenciados que se encuentran sumergidos en sociedades colonizadoras que nacieron de las fuerzas del imperio y de la conquista”. ANAYA, James. Los derechos de los pueblos indígenas. En: BERRAONDO, Mikel, (Coord.) Pueblos indígenas y Derechos Humanos. Bilbao. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2006, p. 29.

condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial” [artículo 1.1 (a)]; debiendo precisarse en este punto que cabe encuadrar a las comunidades negras dentro del concepto de “*pueblos tribales*”⁵³, por cuanto satisfacen los elementos objetivos y subjetivos previstos en el Convenio para su aplicación⁵⁴⁻⁵⁵.

10.4.- Dicho Convenio se ocupa de reconocer y garantizar, para los pueblos indígenas y tribales, el deber de los Estados de adoptar acciones tendientes a proteger los derechos de estos grupos (artículo 2), reconocer la plena titularidad y ejercicio, sin discriminación ni obstáculos, de los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 3°), reconocer el deber de los Estados de consultar a los pueblos “interesados” cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; establecer medios para que estos pueblos puedan participar en la adopción de decisiones en instituciones encargadas de la adopción de políticas y programas que les conciernan y establecer mecanismos para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos (artículo 6), reconocer el derecho que tienen a participar “en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (artículo 7°), el respeto de los gobiernos por la “importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13.1) y, entre otros, el derecho de que gozan estos pueblos de protección de los recursos naturales existentes en las tierras que habiten, lo que comprende “el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (artículo 15.1).

⁵³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001, T-576 de 2014, entre otras.

⁵⁴ “Es así como, en síntesis, la norma internacional [Convenio 169] en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

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

⁵⁵ En el ámbito interamericano en el Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la condición de pueblo tribal al Pueblo Saramaka conformado cuyos ancestros eran esclavos africanos llevados a ese territorio en la época de la colonización. La Corte encontró que ese pueblo contaba con características socio-culturales diferentes a la comunidad nacional destacando su relación con los territorios ancestrales.

“84. (...) la Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones.”

10.5.- Por otra parte, se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de dicho organismo⁵⁶, que refiere – para el interés de este proveído – al reconocimiento del pleno ejercicio de derechos por parte de los indígenas, como pueblo y como individuos (artículo 1°); el derecho de participación “en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos (...) así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones” (artículo 18); derecho a “mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado (...)” (artículo 25) y el derecho a “las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o adquirido (...)” (artículo 26).

10.6.- Recientemente, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos promulgó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵⁷, documento de 39 artículos que contribuye decididamente a la consolidación de un auténtico *corpus iuris* de protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas a nivel regional. Así, en esta Declaración se reconoce la autoidentificación como pueblos indígenas como el criterio fundamental para determinar a los sujetos a quienes se aplica la Declaración, se reconoce y respeta el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas y se les respeta su derecho a la libre determinación (artículos 1-3).

10.7.- En punto a los derechos y libertades de los que son titulares la Declaración reconoce como tales aquellos que han sido recogidos en la Carta de las Naciones Unidas, la de la OEA y el derecho internacional de los derechos humanos; reconoce el derecho de estos pueblos a ser titulares de derechos colectivos; la igualdad de género de las mujeres indígenas, los derechos de pertenecer a pueblos indígenas, el derecho a la personalidad jurídica de los pueblos, el rechazo a la asimilación, la protección contra el genocidio y garantías contra el racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas de intolerancia (artículos 5-12); el derecho a la identidad cultural y otros conexos (artículos 12-19); los derechos organizativos y políticos (artículos 20-24⁵⁸), derechos

⁵⁶ Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución 61/295 adoptada el 13 de septiembre de 2007. En adelante DNU DPI

⁵⁷ Identificada como AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) y aprobada el 14 de junio de 2016. En adelante DADPI.

⁵⁸ El Estado Colombiano manifestó se apartaba del consenso del artículo 23.2 de la Declaración, precepto del siguiente tenor: “2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. Sin embargo, este Despacho, como se revisará en páginas de este proveído, entiende que el derecho-deber de consulta encuentra suficiente sustento en otras fuentes del Derecho Internacional como lo son el Convenio 169 de OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; además de estar ligado, directamente, con otros instrumentos sobre Derechos Humanos, particularmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación de su Corte Interamericana de Derechos Humanos.

sociales, económicos y de propiedad (artículos 25-30). La última sección (artículos 31-41) refiere a los deberes estatales de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, reafirma que esa Declaración de Derechos cobija a hombres y mujeres indígenas por igual, declara el derecho de los pueblos a contar con recursos judiciales expeditos para hacer valer sus derechos; establece que en caso de existir conflictos o controversias con los pueblos indígenas el Estado adoptará, con su participación plena, “procedimientos justos, equitativos y eficaces” para su resolución; declara que en ejercicio de los derechos reconocidos se respetarán los derechos humanos y libertades fundamentales de todos; reafirma la cláusula según la cual el contenido de la Declaración no puede interpretarse como limitación, restricción o negación de los derechos humanos o como autorización para emprender acciones contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos; reconoce el derecho de los pueblos a recibir asistencia financiera y técnica de los Estados y, finalmente, afirma que los órganos de la OEA promoverán el pleno respeto, protección y aplicación de la Declaración y velarán por su eficacia.

10.6.- Ahora, debe referir la Sala que tanto los pueblos indígenas como los tribales gozan, desde la perspectiva de los instrumentos internacionales así como en el derecho interno, de la misma protección y garantía de sus derechos y libertades. La jurisprudencia constitucional ha afirmado: *“Los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus integrantes”*⁵⁹, lo que se corresponde con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“86. (...) la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo.”⁶⁰

10.7.- Así, resulta que las cuestiones en torno a los derechos de estas comunidades diferenciadas están demarcadas por la garantía efectiva y sustancial de la cláusula de igualdad en cuya virtud se proscribe el trato desigual o discriminatorio por cualquier autoridad estatal respecto de tales pueblos ora colectivamente o por cada uno de sus miembros integrantes. Esto lo refleja, entre otros elementos, el artículo 13 constitucional cuando hace especial referencia a las categorías sospechosas de discriminación tales como raza, lengua o religión, los artículos 1.1 y 24 de la CADH sobre obligación de

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2014.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam. Fallo de 28 de noviembre de 2007.

respetar los derechos e igual protección de la ley⁶¹ y el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la formas de Discriminación Racial⁶².

10.8.- Por esta razón, la cláusula de trato igual, que tiene una característica relacional, implica un ejercicio de razonabilidad y de proporcionalidad en orden a escrutar si existe una distinta situación fáctica, la medida se dirige a proteger o realizar un fin constitucional o convencionalmente legítimo, la afectación impuesta por la decisión resulta ser la menos lesiva de las posibles y exista proporcionalidad entre la protección dispensada y el trato desigual, en un claro ejercicio de justificación argumentativa por cuenta de la autoridad que introduce la medida de trato diferenciado. Se ha dicho, sobre este punto, que *“una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”*⁶³ o que *“la distinción entre discriminación y diferenciación viene, a su vez, determinada porque la primera es injustificada y no razonable. Discriminación es, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable, o sea arbitraria, y solo esa conducta esta constitucionalmente vetada. A contrario sensu, es dable realizar diferenciaciones cuando tengan una base objetiva y razonable”*⁶⁴.

10.9.- De otra parte, el inciso segundo del artículo 13 constitucional reconoce el deber estatal de garantizar la igualdad material exigiendo medidas afirmativas respecto de aquellos grupos o personas que por sus condiciones peculiares pueden ser calificados como discriminados, marginados o con condiciones de debilidad manifiesta. En esta faceta el derecho de igualdad respecto de las comunidades diferenciadas dice relación ya con el deber de satisfacer una prestación activa, bien sea en el ámbito normativo o fáctico, en orden a proveer esas medidas necesarias para cambiar o revertir

⁶¹ “206. El artículo 1.1. de la Convención Americana proscribe la discriminación, en general, e incluye categorías prohibidas de discriminación (supra párr. 196). Tomando en cuenta los criterios desarrollados anteriormente, esta Corte deja establecido que el origen étnico de las personas es una categoría protegida por la Convención. Por ello, está proscriba por la Convención Americana cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la etnia de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su origen étnico. Ello es igualmente aplicable a que, de acuerdo al artículo 24 de dicho tratado, se proscribe una desigualdad basada en el origen étnico proveniente de la ley interna o de su aplicación.”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) c. Chile. Fallo de 29 de mayo de 2014, párr. 206.

⁶² Artículo 1.1 En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) c. Chile. Fallo de 29 de mayo de 2014, párr. 200.

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-530 de 1993.

situaciones de marginalidad y discriminación histórica padecida por estos sujetos⁶⁵, colectiva e individualmente⁶⁶ y aproximarse a una igualdad en sentido material.

10.10.- En esta línea de pensamiento, también es merecedor de protección el derecho de las comunidades diferenciadas a practicar y conservar su identidad cultural, como derecho fundamental cuyo trasfondo descansa en la aceptación, en las sociedades contemporáneas, de una multiplicidad de concepciones sobre el mundo, la vida y los valores, lo que da lugar a la construcción de creaciones, instituciones, sistemas de pensamiento y comportamientos colectivos edificadores de una identidad cultural de un grupo o colectivo. Tal cosa implica el reconocimiento de un principio democrático pluralista y multicultural como eje axial de acción de las organizaciones estatales⁶⁷⁻⁶⁸.

10.11.- Es menester precisar que este derecho demanda, además de la igual consideración y respeto hacia estas manifestaciones identitarias, su valoración o apreciación positiva, esto implica, no solo constatar, en tanto dato ontológicamente dado, la existencia de colectivos humanos que por razones históricas, de origen étnico y geográfico han elaborado constructos de identidad común diferenciada, sino percibir esa circunstancia, desde un plano normativo, como valioso y merecedor, *per se*, de promoción y amparo estatal. De ahí que se haya acuñado como criterio rector *“la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”*⁶⁹.

10.12.- Así el artículo 7° constitucional pregona que *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”*, el artículo 9° de la DNU DPI *“Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o*

⁶⁵ “63. En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 63.

⁶⁶ “Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y Otros c. Chile, Fallo de 29 de mayo de 2012, párr. 201.

⁶⁷ “213. Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la convención (...) 217. La corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. (...)” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012.

⁶⁸ “Desde esta perspectiva, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia más inclusiva y participativa como lo propugna la propia Constitución, dirigida a asegurar la coexistencia y a permitir la reivindicación de los grupos minoritarios que son cultural y socialmente diferentes, correspondiéndole al Estado la importante función de adelantar las gestiones que sean necesarias para garantizar la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia.” Corte Constitucional. Sentencia C-208 de 2007.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996.

nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo” y el artículo 13.1 de la DADPI enseña: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural tangible e intangible, incluyendo el histórico ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras”*, de donde se sigue una adscripción de deberes de respeto o de no injerencia en las expresiones culturales, religiosas, tradicionales de estos grupos⁷⁰, en las manifestaciones de derecho propio o natural de esas comunidades⁷¹, de no discriminación a quienes son partícipes de esas prácticas identitarias, el deber activo de reconocer y proteger esas expresiones⁷² y el respeto hacia las decisiones de las comunidades de conservar, recuperar o incorporar nuevas expresiones de esta naturaleza⁷³, sin perder de vista que son titulares de este derecho las colectividades como sus miembros individualmente considerados⁷⁴.

⁷⁰ “En otras palabras, aún siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, **le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido.**” (Resaltado propio) Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1997.

⁷¹ “Es decir que, frente a comunidades con alto grado de conservación de sus costumbres, el juez debe ser más cauteloso y enfrenta una necesidad mayor de valerse de conceptos de expertos para aproximarse al derecho propio, mientras que ese acercamiento puede efectuarse de manera menos rigurosa frente a comunidades que hayan adaptado categorías y formas del derecho mayoritario. Sin embargo, precisó la Corte, el grado de conservación cultural no puede llevar al operador judicial a desconocer las decisiones autónomas de cada comunidad, incluidas aquellas dirigidas a iniciar un proceso de recuperación de tradiciones, o a separarse de algunas de sus tradiciones (...).” Corte Constitucional. Sentencia C-463 de 2014.

⁷² “36. (...) Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural⁷². Por lo tanto, los Estados partes deben tomar medidas para reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales y, en los casos en que se hubieren ocupado o utilizado de otro modo esas tierras o territorios sin su consentimiento libre e informado, adoptar medidas para que les sean devueltos.

37. Los pueblos indígenas tienen derecho a actuar colectivamente para que se respete su derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, la literatura, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas⁷².” Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 21 Artículo 15, párr. 1 a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Distribución General: 17 de mayo de 2010. E/C.12/GC/21/Rev.1.

⁷³ “La decisión de una comunidad indígena, con un grado escaso de conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado que la decisión de otra comunidad, con alta conservación de sus tradiciones, de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria.” Corte Constitucional, Sentencia T-903 de 2009.

⁷⁴ “Entonces, **el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad.** Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece” (Resaltado propio). Corte Constitucional. Sentencia T-778 de 2005.

1013.- Sin embargo, la potencialidad de este derecho no se agota en las anotadas manifestaciones, apenas mencionadas, pues vale la pena destacar que el mismo ha sido erigido como pauta interpretativa a ser observada por los operadores jurídicos cuando se aproximen a valorar cualquier asunto referido a las comunidades diferenciadas. Así, *“51. (...) hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos [obligación de respetar los derechos e igualdad ante la Ley], al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”*⁷⁵.

10.14.- Al hilo de estas consideraciones, de la cláusula de igualdad y el derecho de identidad cultural, se sigue indefectiblemente que de ellos emerge la idea de autogobierno de esas comunidades, esto es, la posibilidad de que en el marco de su libre organización interna sean sus propios miembros los protagonistas, de acuerdo a sus usos y costumbres tradicionales, de la creación de la institucionalidad, normatividad y de las políticas de desarrollo económico, cultural, educacional entre otros, incluyendo esto la propia estructuración de su sistema de gobierno representativo; autonomía que se proyecta en las esferas externa e interna, ocurriendo en la primera de estas una interacción entre las comunidades diferenciadas y las instituciones políticas o administrativas de la Nación o los entes territoriales, donde también tiene lugar el derecho a contar con representación en el Congreso de la República en los términos de los artículos 171 y 176 constitucional (derecho a participar en asuntos de interés general y en aquellos donde pueden ver afectados sus intereses), mientras que el segundo refiere a la forma de gobierno, de ejercicio de la función jurisdiccional y del derecho de propiedad de los resguardos y territorios⁷⁶. Las referencias normativas, en el plano internacional, se ubican –preponderantemente– en los artículos 3, 4 y 5 de la DNUDPI, el artículo 21 de la DADPI, los artículos 6 y 8.2 del Convenio 169 de la OIT, y en el ámbito constitucional en los artículos 7°, 329 y 330.

10.15.- No obstante lo expuesto, se trata de una autonomía que no desdice del carácter políticamente centralizado del Estado colombiano, pues no deviene en absoluta, pero, en todo caso, supone un reconocimiento a un amplio margen de acción de esas comunidades dado que no cualquier precepto de la Constitución o la ley pueden restringirla. Los límites a esta autonomía vienen dados por aquellas conductas *“que se refieran a lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de las garantías*

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 51.

⁷⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-973 de 2009.

*fundamentales, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible*⁷⁷, de donde se ha destacado un núcleo duro de derechos humanos, el principio de legalidad y los derechos fundamentales.

10.16.- El territorio, como derecho colectivo de las comunidades que encuentra sustento normativo en los artículos 13, 14, 16 y 17 del Convenio 169 de OIT, 25, 26 y 28 de la DNUDPI, 25 de la DADPI y 67 y 229 de la Constitución Política, comprendido no solo como sustrato físico de asentamiento de las comunidades sino como elemento esencial en la cosmogonía y cultura de las comunidades indígenas y afrodescendientes ha venido a erigirse como otro de los derechos fundamentales protegidos, pues excede a la connotación patrimonial conformando un elemento indispensable para la pervivencia humana de esos pueblos y de toda su cultura y tradiciones anejas toda vez que *“la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, social y económico; no constituye un objeto de dominio sino un elemento de ecosistema con el que interactúan*⁷⁸, igualmente *“149. (...) Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive, para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*⁷⁹⁻

80

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-397 de 2016.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011. En este mismo sentido debe destacarse que desde el comienzo la Corte Constitucional vinculó ese derecho de propiedad comunal a la noción de derecho fundamental. Así, en la Sentencia T-188 de 1993 ese Tribunal consideró:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.
(...)”

Lo anterior permite ratificar el **carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos** sobre sus territorios”.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni c. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 149. En este mismo sentido la Corte sostuvo, posteriormente, que “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Yakye Axa c. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 135. Es de aclarar que la Corte ha reconocido la protección de la propiedad comunal (artículo 21 CADH) también en cuanto hace a los pueblos tribales: “112. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tiene con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. (...)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros c. Panamá, Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 112.

⁸⁰ “49. (...) Las comunidades indígenas mantienen vínculos históricos y espirituales con sus tierras de origen, territorios geográficos en los que florece la sociedad y la cultura y, por lo tanto, constituyen el espacio social en el que una cultura puede transmitirse de generación en generación. Con demasiada frecuencia las personas no indígenas no comprenden bien la necesidad de este vínculo espiritual que une a las comunidades indígenas y sus tierras de origen y a menudo se ignora en la legislación existente sobre la tierra.”. Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas. E/CN.4/2002/9+7. Distribución General: 4 de febrero de 2002.

10.17.- En virtud de esta nota sustantiva es que se ha afirmado el deber estatal de reconocer en el ordenamiento interno el derecho a la titulación de propiedad comunal⁸¹, de proveer instrumentos jurídicos idóneos tendientes a garantizar el acceso (mediante trámites administrativos o judiciales) a la misma⁸², la recuperación⁸³ o reivindicación de aquellas ancestrales que se encuentren en manos de particulares⁸⁴ y la delimitación de los territorios en tanto mecanismo de seguridad para los miembros de las comunidades⁸⁵. Particular relevancia en este punto tiene el estándar que dispone que el Estado deba tener especial consideración por el derecho consuetudinario indígena y la posesión como título sobre la propiedad de la tierra⁸⁶.

⁸¹ “148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección e derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la convención – que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 148.

“75. Cuando los grandes proyectos de desarrollo invadan territorios indígenas tradicionales o dominios ancestrales, los derechos indígenas de propiedad sobre sus tierras se deberán considerar derechos humanos en todo tiempo, con independencia de que estén o no jurídicamente reconocidos”. Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. E/CN.4/2003/90. Distribución General: 21 de enero de 2003, párr. 75.

⁸² “137. (...) en este caso Nicaragua no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de comunidades indígenas y no se ciñó a un plazo razonable para la tramitación de los recursos de amparo impuestos por los miembros de la Comunidad Awas Tingni.

138. La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 137-138.

⁸³ “149. Al respecto, la constante jurisprudencia de la corte ha establecido que los pueblos indígenas y tribales que involuntariamente han perdido sus tierras tradicionales, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho a solicitar la reivindicación o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 149.

⁸⁴ “154. **La Corte reitera que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras ha sido inefectivo y no ha mostrado una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek recuperen sus tierras tradicionales. Además, esta falta de un recurso efectivo para la recuperación de tierras indígenas representa un incumplimiento del deber estatal, establecido en el artículo 2 de la Convención, de adecuar su derecho interno para garantizar en la práctica el derecho a la propiedad comunitaria.**

(...)

157. Al respecto, la Corte considera que a fin de garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras, para así evitar que ello implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena. Ello es cónsono con las disposiciones del Convenio No. 169 de la OIT, del cual Paraguay es Estado parte.” (Resaltado propio). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 149-154-157.

⁸⁵ 136. Adicionalmente, la Corte ha establecido que la falta de una delimitación y demarcación efectiva por el Estado de los límites del territorio sobre los cuales existe un derecho de propiedad colectiva de un pueblo indígena puede crear, y en este caso efectivamente lo hizo, un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de los pueblos referidos en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes”. [Cita omitida]. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá, párr. 135.

⁸⁶ “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el

10.18.- En similar sentido la jurisprudencia constitucional ha reconocido estos deberes positivos estatales en cuanto al territorio⁸⁷, caracterizando la noción de territorio como dinámico que comprende las áreas tituladas y *“también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra”*⁸⁸, derecho que da lugar a que los pueblos indígenas puedan exigir del Estado la constitución de resguardos⁸⁹, reprochando la Corte eventos en los cuales las autoridades administrativas no han resultado trámites de titulación colectiva en tiempos razonables⁹⁰. De otra parte, también ha puesto de presente que en el marco del conflicto armado interno los pueblos indígenas han visto afectado su derecho al territorio al presentarse situaciones de desplazamiento forzado y, con ello, la ruptura de sus pautas culturales⁹¹.

10.19.- Falta advertir que junto al derecho al territorio se ubica el relativo a la explotación de los recursos naturales, punto en el que cabe anotar, como cuestión relevante, el reconocimiento a las comunidades diferenciadas de participar directamente

consiguiente registro”. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 151.

“128. De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto.”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 128.

⁸⁷ “2.3.1.7. Así las cosas, teniendo en cuenta el significado de la propiedad colectiva, para lograr una protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas, es necesario que el Estado, en primera medida, reconozca a las comunidades indígenas y tribales un territorio colectivo en el que desarrollen su cultura y su proyecto de vida, y en segunda medida, garantice, en el marco de los procesos de delimitación territorial, exploración y explotación de recursos naturales en tierras comunales, la participación de los interesados en la adopción de medidas tendientes a desarrollar y garantizar las formas de vida de los miembros de las comunidades indígenas, a partir del reconocimiento de su concepto dinámico de territorio.” Corte Constitucional. Sentencia T-009 de 2013.

⁸⁸ *Ibíd.* En el mismo sentido: “En conclusión, debido al sentido particular que tiene para los pueblos indígenas la tierra, la protección de su territorio no se limita a aquellos que se encuentran titularizados, sino que se trata de un concepto jurídico que se extiende a toda la zona indispensable para garantizar el pleno y libre ejercicio de sus actividades culturales, religiosas y económicas, de acuerdo como las ha venido desarrollando de forma ancestral”. Corte Constitucional. Sentencia T-849 de 2014.

⁸⁹ Cfr. Sentencia T-188 de 1993. Cfr. Sentencia T-009 de 2013, párr. 2.3.2.5.

⁹⁰ Cfr. Sentencia T-009 de 2013.

“2.3.2.5. En este punto la Sala debe resaltar que, como se vio en las providencias anteriormente citadas, la titulación del resguardo, y por ende, el reconocimiento de la propiedad colectiva de las comunidades indígenas o tribales, implica una relación dinámica entre ellas y la administración, quien es la encargada de iniciar y tramitar el procedimiento respectivo. **Así, una de las garantías para hacer efectivo el reconocimiento al territorio, es también el respeto al debido proceso administrativo.**

(...)

2.4.3.9.1. La Sala considera que el proceso de constitución del resguardo ante el INCODER ha tomado un tiempo absolutamente irrazonable e injustificable, pues desde hace 14 años se tiene conocimiento del caso y ni siquiera se ha emitido un estudio socioeconómico, aún teniendo los elementos desde el 2007. Además, dado que por el paso del tiempo no se realizó el mencionado estudio, la entidad demandada se vio en la necesidad de realizar de nuevo otra visita a la comunidad 5 años después.” Corte Constitucional. Sentencia T-009 de 2013.

⁹¹ Cfr. Corte Constitucional. Auto A-004 de 2009.

en el aprovechamiento de tales recursos ubicados en sus territorios lo que lleva envuelto su autonomía para decidir o planear sus intereses y preferencias de desarrollo económico. Del mismo modo otra faceta consiste, ligado al derecho de consulta, en el derecho que les asiste a las comunidades a recibir, en participación con el Estado, los beneficios o réditos que se desprendan de la explotación de los recursos naturales en su territorio⁹² y el deber del Estado de proteger los territorios de explotaciones ilegales⁹³.

10.20.- En torno a esta cuestión el Comité de Derechos Humanos ha sostenido: *“la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional”*⁹⁴. Los artículos 7 y 15 del Convenio 169 de OIT, 26 y 32 de la DNUDPI, 29 de la DADPI y 330 de la constitución Política constituyen la base normativa de este derecho.

10.21.- Sobre el particular vale traer a cuento algunas de las consideraciones expuestas en auto de 9 de septiembre de 2015 por esta Sala de Subsección donde se conceptualizó este derecho (junto al derecho de consulta) como parte de un derecho democrático-deliberativo de las comunidades diferenciadas:

⁹² “129. En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”)¹²⁴ que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 129.

⁹³ “356. Por todo lo anterior, el Tribunal estima que las explotaciones de la propiedad colectiva de las Comunidades de la cuenca del río Cacarica fueron llevadas a cabo de forma ilegítima y consta que las autoridades desprotegieron el derecho a la propiedad colectiva a pesar de conocer, a través de varias visitas in situ, la situación de explotación ilegal que se estaba desarrollando. En este sentido, los recursos administrativos o judiciales internos tampoco fueron efectivos para remediar esas situaciones.

(...)

358. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación al derecho a la propiedad colectiva de los miembros del Consejo de las Comunidades de la Cuenca del Cacarica contenido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, párr. 356-358.

⁹⁴ Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 547/1993. Apirana Mahuika y otros Vs. Nueva Zelanda. 27 de octubre de 2000, párr. 9.5.

“10.14.- Pero, por otra parte, ii) este derecho democrático-deliberativo encuentra otro desarrollo, el cual consiste en reconocer a favor de los grupos indígenas y las comunidades negras el derecho que tienen, en el marco de la protección de los recursos naturales de su territorio, a participar en la utilización, administración y conservación de tales recursos, como lo dispone perentoriamente el artículo 15.1⁹⁵ del Convenio 169 de la OIT. Este derecho, encuentra su debido respaldo en el ámbito convencional y constitucional (como se expuesto en el punto 10.12), y a nivel legislativo ha sido articulado – en materia minera – en los artículos 35⁹⁶, 124⁹⁷, 133⁹⁸, 134⁹⁹ y 275¹⁰⁰ de la Ley 685 de 2001 por medio de un derecho de prelación en virtud del cual los grupos indígenas y/o las comunidades negras, puede solicitar a la Autoridad Minera – con preferencia respecto de cualquier otro interesado – que se les otorgue en su favor contrato de concesión minera para explotar aquellos yacimientos y depósitos mineros ubicados en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o en zonas mineras mixtas.

10.15.- De esta manera se pretende, sin duda, una armonización entre la libre iniciativa privada, el derecho que se tiene a que el Estado pueda conceder a favor de un particular el derecho de explorar y explotar recursos naturales no renovables y el derecho a la diversidad, el multiculturalismo y el pluralismo jurídico, reflejado en los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y comunidades negras a la protección de su territorio y los recursos naturales que allí se encuentren.”¹⁰¹

11.- El derecho de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

11.1.- Ahora bien, concretando estos postulados en el pleito *sub judice* la Sala advierte que las impugnaciones propuestas por los recurrentes se centran en la no necesidad de

⁹⁵ Convenio 169. OIT. Artículo 15.1 Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

⁹⁶ Ley 685 de 2001. Artículo 35. *Zonas de minería restringida*. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación:
(...)

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

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

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

⁹⁷ Ley 685 de 2001. Artículo 124. *Derecho de prelación de grupos indígenas*. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.

⁹⁸ Ley 685 de 2001. Artículo 133. *Derecho de prelación de las Comunidades Negras*. Las comunidades negras tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera de comunidad negra. Esta concesión podrá comprender uno o varios minerales y le serán aplicables las disposiciones del presente Capítulo.

⁹⁹ Ley 685 de 2001. Artículo 134. *Zonas Mineras Mixtas*. La autoridad minera dentro de los territorios ocupados indistintamente por pueblos indígenas y comunidades negras, establecerá zonas mineras mixtas en beneficio conjunto o compartido de estas minorías a solicitud de uno o los dos grupos étnicos. En estas zonas serán aplicables las disposiciones del presente Capítulo.

¹⁰⁰ Ley 685 de 2001. Artículo 275. *Comunicación de la propuesta*. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince (15) días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 9 de septiembre de 2015, Exp. 49948.

surtir el procedimiento de consulta previa respecto de comunidades indígenas y pueblos afrodescendientes por las siguientes razones: i) las medidas adoptadas en los actos enjuiciados corresponden a una política pública que comprende y afecta en general, ii) el Ministerio del Interior afirmó que no se requería surtir tal proceder toda vez que los actos simplemente constituían una expectativa, iii) los actos sólo limitan zonas con potencialidad minera, de ahí que sea en la etapa del licenciamiento ambiental que deba surtir el procedimiento y no a la hora de la expedición de los actos administrativos, iv) los actos se ajustaron al artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, v) los actos no confieren ningún derecho y no eximen a los futuros concesionarios de cumplir con el licenciamiento ambiental y la consulta previa.

11.2.- Pues bien, la primera cuestión que debe ser refrendada en este punto, y que no parece ser tenido en cuenta por las accionadas e intervinientes, hace referencia a que el derecho de consulta previa, que presenta la naturaleza de derecho fundamental para sus titulares¹⁰², está llamado a ser observado respecto de *cualquier medida* [sea esta legislativa o administrativa] que tenga entidad o potencialidad de afectar directamente a estos grupos poblacionales.

11.3.- Y es que no puede perderse de vista que el específico asunto relativo a los derechos de las comunidades indígenas y de sus miembros es una cuestión sometida, estrictamente, al ejercicio de un control de convencionalidad al que están vinculados todas las autoridades estatales, de ahí que la lectura e interpretación de los materiales del ordenamiento jurídico interno (o sus vacíos) debe corresponderse con los estándares convencionales elaborados por el derecho internacional de los derechos humanos y particularmente los fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ha sido explicitado, recién, en el *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y Sus Miembros Vs. Honduras*:

“346. En este sentido, la Corte recuerda que la interpretación de la normativa aplicable en materia indígena, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos

¹⁰² “A juicio de la Corte, 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 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 para 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.” (Resaltado propio). Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997.

vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Lo anterior, resulta especialmente aplicable a la interpretación de la legislación en materia de minería a la luz de los estándares expuestos en la presente Sentencia (supra párr. 222).¹⁰³ (Resaltado propio).

11.4.- Como se ve, la prosperidad del argumento que plantean los censores (no necesidad de someter este asunto a consulta previa) sería razón suficiente para desestimar la medida cautelar peticionada, sin embargo, el mismo carece de fundamentación jurídica para lo cual se hace necesario, *ab initio*, memorar que el artículo 6° del Convenio 169 de OIT establece un doble deber estatal respecto a los derechos de participación de las comunidades: uno genérico que dice relación con el derecho a participar “*en la misma medida que otros sectores de la población*” en las instancias del poder público “*responsables de políticas y programas que les conciernan*”, lo que se estructura como un auténtico mandato de igualdad formulado en términos negativos: trato igual a las comunidades en relación con otros sectores de la población en aquellos asuntos que, en general, dicen relación con la conformación y control del poder público y, por ende, proscripción de establecer cualquier medida que restrinja o limite el goce de este derecho.

11.5.- De otra parte, surge otro derecho de participación especial que tiene lugar ante las “*medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente*”, supuesto en el cual el Convenio 169 OIT provee un mecanismo distinto y preferente que toma en consideración la situación de especial protección que merecen las comunidades diferenciadas, los postulados de diversidad y pluralismo étnico y cultural y, a partir de allí, reconoce como insuficiente los métodos o instrumentos tradicionales de participación y toma de decisiones¹⁰⁴. Se trata de la formulación del derecho-deber de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

11.6.- En similares términos el artículo 19 de la DNUDPI pregona “*Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas*

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y Sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 346.

¹⁰⁴ “42.(...) Cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política.”. Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009.

legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado". A su turno la DADPI en el artículo 23.2 señala: *"Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado"* y el artículo 29.4 de la misma Declaración establece: *"Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo."*

11.7.- De otra parte, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos provee: *"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma"*.

11.8.- Y la jurisprudencia interamericana ha calificado el derecho-deber de consulta previa como una cuestión que ha pasado a integrar la categoría de principio general del derecho internacional: *"164. (...) la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional. // 165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas"*¹⁰⁵.

11.9.- Sobre el derecho de participación que les asiste a las comunidades diferenciadas esta Subsección, recientemente, ha sostenido:

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

10.11.- Y es que tales derechos conjugados con la cláusula democrática del Estado colombiano lleva a decir, como no podía ser de otra manera, que la participación de las comunidades diferenciadas en estos asuntos constituye aspecto básico de legitimidad sustantiva de las decisiones, por cuanto se procura –con tal intervención- enriquecer la discusión, intercambio de ideas y puntos de vista jurídicos y socio-culturales sobre

¹⁰⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador; Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 164-165. Reiterado en el Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y Sus Miembros Vs. Honduras, Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 158 y en el Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras, Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 222.

cuestiones de interés tanto para las comunidades y el Estado¹⁰⁶. Dicho con otras palabras, se pretende reconocer la vigencia de un principio de democracia diversa, plural y participativa.

10.12.- Corresponde, entonces, a un derecho fundamental que tienen estas comunidades y pueblos, colectivamente, a participar de manera activa, real y efectiva en la toma de aquellas decisiones (ora de orden nacional, ora de orden regional o local) que pueda impactar sobre sus derechos, su territorio, subsistencia y el medio ambiente. Así, existe un deber jurídico positivo en cabeza de los Estados que encuentra su sustento en el Convenio 169 de la OIT (especialmente los artículos 2°, 6°, 7°, 13 y 15) y viene a armonizarse, desde la perspectiva de la Convención Americana de Derechos Humanos con la obligación de respetar los derechos (art. 1), el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar los derechos y libertades reconocidos a nivel convencional (art. 2), el derecho a la vida, entendido como vida digna conforme a la cosmovisión cultural y espiritual de estos pueblos y comunidades (art. 4°) y el derecho a la propiedad privada (art. 21) y en el derecho interno colombiano encuentra respaldo en el deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural (art. 7 constitucional), adoptar medidas para garantizar la igualdad material y respecto de los grupos marginados o discriminados (art. 13, inc 2° constitucional) y de acuerdo al deber de explotar los recursos naturales en territorio indígena sin desmedro de su integridad (parágrafo art. 330 constitucional).¹⁰⁷

11.10.- Así las cosas, una aproximación analítica en torno a la operatividad de ese derecho requiere, cuanto menos, verificar dos elementos ínsitos en la norma: las situaciones respecto de las cuales procede y la cualificación que las mismas deben tener. De otra parte, se revisará lo atinente a las características preponderantes de esta figura conforme a los estándares de la materia.

11.11.- El primero de ellos, que es necesario más no suficiente, refiere que el derecho de consulta previa se activa respecto de medidas de orden legislativo o administrativo, debiendo ser comprendido el término “*medidas legislativas*” en un sentido amplio donde tiene cabida toda expresión de carácter normativo, no administrativo, que satisfaga los postulados de generalidad y abstracción, de ahí que no solo tenga lugar dentro de esa denominación la ‘Ley’ creada por el Congreso de la República sino también aquellas que en sentido sustancial puedan ser consideradas, con arreglo al ordenamiento jurídico interno, como de ese rango aun cuando fueren expedidas por otra autoridad e, inclusive, aquellos actos normativos de entidad superior como son los propios de enmienda constitucional¹⁰⁸⁻¹⁰⁹ o las leyes aprobatorias de tratados internacionales¹¹⁰.

¹⁰⁶ “Para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, el derecho a la participación en la deliberación democrática cobra un significado distinto y reforzado. Esto deriva de la eficacia del principio constitucional de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Uno de los rasgos característicos del nuevo constitucionalismo es aceptar que dentro de los Estados coexisten diversos entendimientos acerca de lo público y de la interacción entre las autoridades y la sociedad. Estos diversos entendimientos también ocasionan pluralidad de modos de conformación de identidad individual y comunitaria, aspecto nodal para los pueblos indígenas y afrodescendientes, que en este fallo son también denominados, por la misma razón, como comunidades diferenciadas. La Constitución colombiana, en ese orden de ideas, rechaza posturas universalistas y de asimilación de la diferencia, basadas en la homogeneidad en la comprensión de los derechos y acepta, aunque de forma moderada, el pluralismo jurídico.” Corte Constitucional, Sentencia C-366/2011.

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 9 de septiembre de 2015, Exp. 49948.

¹⁰⁸ “Así las cosas, forzoso es concluir que la noción de “medidas legislativas” a que alude el artículo 6° del Convenio 169 es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general,

11.12.- Similar criterio, *pro homine*, debe seguirse en cuanto hace a la noción “medidas administrativas”, donde hay que entender que bajo esta idea tienen arropo cualquiera de las formas en que se manifiesta y concreta el accionar de la administración pública según los respectivos ámbitos sectoriales (procedimientos, actos, contratos, operaciones administrativas), de ahí que no solo comprende manifestaciones de carácter normativo propiamente dicho (acto reglamentario o particular) sino también abarca el cúmulo de actividades materiales o fácticas que recaen bajo el ámbito competencial de la autoridad pública. La jurisprudencia constitucional, en este ámbito, ha reconocido el deber de consulta previa frente a licencias ambientales, contratos de concesión y concesión minera; cuando se trata de la elaboración de presupuestos y ejecución de proyectos de inversión financiera con cargo al presupuesto nacional; decisiones en materia de servicio de educación¹¹¹; entre otras cuestiones.

11.13.- Dicho lo anterior, conviene abordar el elemento *necesario* para la procedente de la consulta previa y que no es otro que el de “afectación directa” que aquellas medidas administrativas o legislativas puedan generar respecto de las comunidades diferenciadas. Para una aproximación inicial a esta cuestión vale decir, por simple ejercicio de exclusión, que no satisfacen este elemento aquellas medidas que generan para las comunidades indígenas y afrodescendientes una afectación apenas indirecta o mediata que están llamados a soportar u observar en pie de igualdad respecto de los demás ciudadanos del territorio nacional.

11.14.- Se sigue de lo expuesto que, de cualquier manera, debe tratarse de una afectación *diferenciada* que impacte singularmente a esas comunidades y ello puede

impersonal y abstracto de carácter no administrativo, entre las cuales se incluye el concepto de Acto Legislativo a que se refiere la Constitución Política. // Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho interno, cabe preguntarse también si la expresión “medidas legislativas” alude exclusivamente a las leyes en sentido formal. La Corte estima que en el derecho constitucional colombiano el sentido usual de la expresión “medidas legislativas” hace referencia en primer lugar a las leyes en sentido formal, pero también puede considerarse inclusiva de otras disposiciones normativas de carácter general, impersonal y abstracto, no expedidas por el Congreso de la República en el ejercicio de su función propiamente legislativa, como por ejemplo los decretos leyes o los actos legislativos”. Corte Constitucional, Sentencia C-702 de 2010.

¹⁰⁹ OIT. Consejo de Administración. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT). Reclamación (artículo 24) México – C169-2004. “83. Las reformas constitucionales referidas constituyen medidas legislativas en el sentido del artículo 6 y por lo tanto, entran indiscutiblemente en el ámbito de este artículo del Convenio (...)”

¹¹⁰ “14.- La Sala reitera las reglas jurisprudenciales sobre el ejercicio del derecho a la consulta previa frente a tratados internacionales, que establecen que (i) las leyes aprobatorias de tratados deben ser objeto de consulta previa cuando el texto afecte de forma directa a las comunidades étnicas; (ii) las medidas legislativas o administrativas que se adopten en el desarrollo del tratado que involucren directamente a una población étnica, deben someterse al proceso de consulta antes de que se presente la norma para su aprobación en el Congreso de la República; y (iii) *prima facie* no es necesario someter el instrumento internacional a dicho procedimiento, si éste se refiere a creación de zonas de libre comercio, sin embargo se debe hacer consulta cuando las medidas que se tomen en desarrollo del tratado afecten de forma directa a una comunidad étnica”. Corte Constitucional. Sentencias C-157 de 2016, C-184 de 2016 y C-615 de 2009.

¹¹¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-882 de 2011.

ser así cuando, luego de valorar el alcance jurídico de las medidas¹¹², se concluya que las mismas tienen entidad o potencialidad como para afectar, diferenciadamente, un derecho, situación o interés jurídicamente tutelado a las comunidades indígenas y afrodescendientes¹¹³.

11.15.- Así, se ha dicho 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”*¹¹⁴ de donde toma nota de la Sala que el tipo concreto de afectación (negativa o positiva) es irrelevante, toda vez que en uno y otro evento le asiste a las comunidades el derecho de participación cualificado y especial; o que ésta procede *“siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otro individuos de la sociedad (...) cuando se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la afectación tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes”*¹¹⁵, de ahí que no es cuestión necesaria el que la medida se redacte o tenga por objeto expreso y circunscrito a esas comunidades sino que aun siendo aquella de orden general *“puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos”*¹¹⁶⁻¹¹⁷; razón por la cual este juicio de valor debe abordarse desde la lente de la cosmovisión, cultura y tradiciones indígenas y afrodescendientes¹¹⁸.

11.16.- Esto último ha sido acogido, de cierto modo, en la Sentencia C-366 de 2011¹¹⁹ cuando ha señalado tres escenarios de procedencia: i) cuando la medida regula una cuestión que por expresa disposición constitucional debe contar con la participación de

¹¹² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-914 de 2013. En este fallo la Corte reflexionó sobre los métodos de interpretación para identificar la afectación directa. Refirió al método textual, sistemático, histórico y teleológico. Remató este análisis advirtiendo que esos métodos operan de manera correlativa.

¹¹³ “51. De las sentencias citadas se desprenden 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 infiere 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; a su turno, las sentencias de constitucionalidad reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se oriente 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. Finalmente, (iv) el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia *diferencial* de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población.” Corte Constitucional. Sentencia T-661 de 2015.

¹¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008.

¹¹⁵ Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ En similar sentido la sentencia C-063 de 2010 de la Corte Constitucional sostuvo que hay una afectación directa *“cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene el resto de la población”*.

¹¹⁸ *“la mayor parte de los pueblos indígenas y tribales tienen un concepto del territorio que resulta ajeno a la cultura occidental.”* Corte Constitucional, Sentencia T-693 de 2011; *“es claro que los intereses de las comunidades indígenas y tribales pueden variar enormemente respecto a las del grueso de la sociedad. (...)”* Corte Constitucional. Sentencia T-107 de 2016.

¹¹⁹ Reiterado en sentencia T-766 de 2015 de la Corte Constitucional.

comunidades étnicas; ii) cuando el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de esas comunidades y iii) cuando pese a ser una medida de carácter general, regular sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales *“por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine”*.

11.17.- Dígase, también, que la noción de *“afectación directa”* es autónoma respecto de cualquier otra circunstancia, por lo cual la misma no deviene dependiente del impacto ambiental que pueda generar una medida, acción o proyecto¹²⁰.

11.18.- La afectación directa puede presentarse en cualquier ámbito, de ahí que la consulta no se contrae al específico asunto de explotación de recursos naturales existentes en territorios pertenecientes a comunidades étnicas (supuesto recogido en el párrafo del artículo 330 constitucional y el artículo 15.2 del Convenio 169 de OIT). De hecho, el mismo convenio reconoce otros cinco eventos de procedibilidad de la consulta previa: i) exigencia de consentimiento (que no solo consulta) cuando se trate de traslado y reubicación de los pueblos (artículo 16, Convenio 169); ii) medidas sobre la capacidad de enajenación de tierras (artículo 17, Convenio 169); iii) medidas relacionadas con la organización y funcionamiento de programas de formación profesional (artículo 22, Convenio 169); iv) medidas sobre programas y servicios de educación (artículo 27, Convenio 169), v) medidas relacionadas con enseñanza y conservación de la lengua (artículo 28, Convenio 169); al tiempo que la DNUDPI establece que vi) se deberá obtener el consentimiento en casos de traslado de pueblos indígenas (artículo 10, DNUDPI), vii) consultar antes de utilizar las tierras o territorios para actividades militares (artículo 30 DNUDPI) y viii) obtener el consentimiento antes de la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos (artículo 32, DNUDPI); mientras que la jurisprudencia interamericana ha agregado a este elenco viii) el deber de consulta cuando se trate de determinar las reparaciones a los pueblos bien por violación del derecho de consulta o por otras medidas realizadas en sus territorios¹²¹.

¹²⁰ “Por otra parte, al margen de la obligatoriedad de la consulta previa, para la Sala la intervención misma del Carchón Humapo –así sea subterránea y no haya causado daños al ambiente- también está lesionando el derecho de la comunidad a la protección de su integridad cultural y ha puesto en riesgo su supervivencia misma, de modo que constituye una segunda violación de los derechos de la comunidad”. Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011. Ello sin perjuicio de reconocer que los pueblos indígenas pueden desempeñar un rol relevante en la conservación del medio ambiente; Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 175.

¹²¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 151; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 210; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 201-202; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá, párr. 219; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y

11.19.- Especial atención ha recibido por parte de la jurisprudencia interamericana y constitucional la cuestión relativa a los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes en punto a la realización de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pueden generar impacto en sus territorios, donde se ha reconocido que *“El Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”*¹²², dictum reiterado en los fallos dictados en los Casos de *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador* y *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs Honduras*¹²³, al tiempo que la Corte Constitucional ha señalado: *“esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio afrodescendiente 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 explotación y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales (...)”*¹²⁴, ello por cuanto *“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 ellos, en casos excepcionales o límite (...) si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que le consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser”*¹²⁵.

11.20.- A su tiempo, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha señalado: *“28. (...) No hay duda de que, habida cuenta del carácter invasivo de la extracción de los recursos naturales a escala industrial, el disfruto de esos derechos se ve invariablemente afectado de una u otra forma cuando las actividades extractivas tienen lugar dentro de los territorios indígenas; de ahí se deriva la regla general de que*

Sus Miembros Vs. Honduras, Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 274. En el caso colombiano véase, entre otras, la sentencia T-693 de 2011 de la Corte Constitucional.

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Saramaka Vs Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 134.

¹²³ En estos fallos la Corte sostuvo: “157. Es por lo anterior que, en el caso Saramaka vs. Surinam, el Tribunal estableció que, para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones176.” párrafos 157 y 156, respectivamente.

¹²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009. Reiterado, entre otras, en la Sentencia T-256 de 2015.

¹²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-129 de 2015. Reiterado en sentencias T-376 de 2012; T-661 de 2015 y T-766 de 2015.

el consentimiento de los indígenas es obligatorio para las actividades extractivas dentro de sus territorios.¹²⁶ (Resaltado propio).

11.21.- Esta misma línea de pensamiento se ve reflejada en lo sostenido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que ha sostenido:

“16. En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación General No. XXIII del comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. **El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa** y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación”¹²⁷ (Resaltado propio).

11.22.- Y en lo que respecto del Estado colombiano, se cuenta con las Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de Colombia E/C.12/COL/CO/5 donde se dijo: “9. Al Comité le preocupa que en el Estado parte se lleven a cabo grandes proyectos de infraestructura, desarrollo y minería sin haberse obtenido el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas. Al Comité le preocupa asimismo que, según la Corte Constitucional, los representantes legítimos de las comunidades afrodescendientes no hayan participado en el proceso de consultas (...)”¹²⁸.

11.23.- En suma, a partir de una lectura garantista en clave de derechos humanos y revisando unas y otras fuentes de derecho internacional y nacional la Sala constata que los derechos al territorio, a la identidad cultural, la autonomía o autogobierno y a explotar los recursos naturales encuentra un claro y directo engranaje sustancial en el instrumento (concebido no solo como formal procedimental sino también como garantía sustancial de segundo orden) de la consulta previa, consulta que en los eventos que dicen relación con planes de desarrollo a gran escala y/o actividades extractivas implementadas en territorio de las comunidades diferenciadas (indígenas y afrodescendientes), ha llevado a considerar la exigencia del consentimiento (que no simple consulta) previo, libre e informado y ello es así en razón al grave impacto, en ocasiones irreversible, que supone este tipo de actividades sobre la conservación del territorio, la supervivencia física, el hábitat natural y con ello las tradiciones ancestrales de los pueblos.

¹²⁶ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. A(HRC/24/41*, distribución general 1° de julio de 2013, párr. 28.

¹²⁷ Organización de las Naciones Unidas. Comité para la eliminación de la discriminación racial. Observaciones finales: Ecuador. CERD/C/62/CO/2. Distribución General: 2 de junio de 2003; p. 3.

¹²⁸ Organización de las Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Colombia. E/C.12/COL/CO/5. Distribución General 7 de junio de 2010.

11.24.- Finalmente, pasa la Sala a enunciar brevemente algunas de las características que han sido reconocidas por los estándares en punto a la consulta de las comunidades diferenciadas.

11.25.- Así, la primera cuestión que debe ser advertida es la responsabilidad directa, suya propia, que le asiste al Estado de cumplir con la consulta a las comunidades, esto implica, por consecuencia, que bajo ninguna consideración la Autoridad pública puede entenderse como desligada de tal responsabilidad o transferir este deber a un tercero particular; la existencia de un interés de un privado en la tramitación de la consulta no diluye este deber estatal. Sobre este punto la Corte Interamericana ha indicado: *“187. Es necesario enfatizar que la obligación de consulta es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta”*¹²⁹ y el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades de los indígenas en modo similar: *“54. (...) el propio Estado tiene la responsabilidad de realizar o garantizar que se realicen debidamente consultas, incluso cuando, en la práctica, es una empresa privada la que promueve o realiza las actividades que pueden afectar los derechos y las tierras de los pueblos indígenas”*¹³⁰.

11.26.- La consulta debe ser previa y con ello se califica una de las características más relevantes de este instrumento. Esto significa que la autoridad estatal debe vincular a las comunidades potencialmente afectadas desde los albores en que se planea la adopción de una medida legislativa, administrativa o proyecto de desarrollo, a los fines de entablar interlocución con estos durante toda la fase formativa de la medida y hasta el escenario de su aplicación. Por ende, se opone a esta nota característica el que el Estado inicie consultas con las comunidades luego de haber principiado su aplicación o adopción o cuando todas las fases preparatorias o de trámite de la decisión o proyecto han sido agotadas. Esto es así por cuanto la finalidad teleológica de la consulta dice relación con la posibilidad real y cierta [no apenas retórica o nominal] de que los pueblos puedan intervenir, discutir y potencialmente influir en el resultado.

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 187.

¹³⁰ Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009, párr. 54.

11.27.- El artículo 19 de la DNUDPI prescribe que *“Los Estados celebrarán consultas (...) antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten”* y en idéntico sentido lo hacen los artículos 23.2 *[(...) antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas (...)]* y 29.4 *[(...) antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios (...)]* de la DADPI, un Comité de OIT ha señalado que pese a que el artículo 6 del Convenio no establece exactamente el momento en que debe iniciarse la consulta *“64. (...) deben establecerse mecanismos que aseguren la consulta de las medidas legislativas y administrativas a que se refiere el Convenio con la suficiente antelación para que dicha consulta resulte efectiva y significativa.”*¹³¹, la Corte Interamericana ha insistido en esta característica señalando que *“167. (...) estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones (...)”*¹³² y la Corte Constitucional ha sostenido que *“la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación (incluso desde la formulación del proyecto y antes de inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a las comunidades directamente”*¹³³ o, lo que es lo mismo la consulta demanda que *“las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso (...)”*¹³⁴.

11.28.- La consulta debe ser informada, lo que quiere decir que la deliberación que tiene lugar en el marco del procedimiento sólo puede ser tal una vez que el Estado (y en dado caso los privados con interés) brinde la información sobre los proyectos de medidas legislativas o administrativas o los proyectos de desarrollo o mineros a ser ejecutados en los territorios de influencia de las comunidades diferenciadas. Destaca la Sala que la satisfacción de este deber demanda las cargas de veracidad, autenticidad y completitud, siendo la información veraz cuando se corresponde con la realidad, auténtica cuando coincide con la fuente de la que se ha tomado y completa cuando contiene todos los datos inherentes al asunto informado¹³⁵, sólo así las comunidades consultadas podrán formarse una idea sobre aquello que se pretende transmitir y el

¹³¹ OIT. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro. Reclamación – Argentina – C-169-2008.

¹³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 167. Reiterado en el Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y Sus Miembros Vs. Honduras, Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 160 y en el Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras, Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 216.

¹³³ Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011.

¹³⁴ OIT. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT). Reclamación – Colombia – C-169-2001, párr. 90.

¹³⁵ Cfr. *Mutatis mutandi*, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias de 19 de noviembre de 2012, Exp. 22043 y de 21 de julio de 2016, Exp. 55477.

impacto que generará el asunto objeto de la consulta. A este punto debe agregarse una nota particular y es que la información debe ser expuesta de tal modo que sea comprendida cabalmente en la totalidad de sus términos técnicos o especializados, no se olvide que los receptores del mensaje comunicado (las comunidades) deben aprehender plenamente (siempre desde su visión cultural propia) lo que se dice, pues presupuesto ineludible de cualquier escenario discursivo es la comprensión de los términos de los hablantes.

11.29.- La jurisprudencia constitucional ha dicho que la consulta, entre otros aspectos, debe estar dirigida a buscar que la comunidad tenga conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explotar o explotar los recursos naturales en sus territorios y los procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución así como que la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los 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”*¹³⁶, se trata, entonces, de asegurarse que las comunidades consultadas *“tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”*¹³⁷.

11.30.- No obstante debe prevenirse que brindar la información es sólo uno de los elementos que integran el deber de consulta lo que, por supuesto, no lo agota¹³⁸.

11.31.- La consulta debe surtirse por conducto de procedimientos adecuados, según las voces de los artículos 6 del Convenio 169 de OIT y por medio de sus instituciones representativas, como lo pregonan ese mismo precepto y los artículos 19 de la DNUDPI y 23.2 y 29.4 de la DADPI. Se trata de dos exigencias diferentes pero que convergen en un mismo ideal de asegurar que el procedimiento de consulta se desarrolle legítimamente.

¹³⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997.

¹³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 133.

¹³⁸ “90. El Comité considera que el concepto de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. Una reunión de mera información no se puede considerar en conformidad con lo dispuesto en el Convenio (...)” OIT. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT). Reclamación – Colombia – C-169-2001, párr. 90.

11.32.- En efecto, se ha entendido que los procedimientos se consideran adecuados atendiendo a un criterio *ad-hoc* según la particularidad de la medida objeto y las peculiaridades del sistema de gobierno, representación y decisión de las comunidades consultadas. Por ende, no existe un único modelo apropiado siendo, en todo caso, cierto que debe tomarse en cuenta el parecer de la comunidad a efectos de que todas las partes que intervienen califiquen el procedimiento a seguir como apropiado¹³⁹, esto significa que la consulta debe hacerse conforme a las propias tradiciones y teniendo en cuenta los métodos tradicionales para la toma de decisiones¹⁴⁰. Conteste con esta idea la jurisprudencia constitucional ha señalado que a los fines de cumplir la consulta debe surtirse, anteriormente, “una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”¹⁴¹ o “preconsulta”; todo ello por cuanto la finalidad es obtener la generación de un espacio, regulado, que permita la participación activa de la comunidad en el diálogo consultivo.

11.33.- De otra parte, resulta indiscutible la exigencia de que la consulta se tramite con los órganos representativos o “voceros oficiales” de las comunidades consultadas. Este requerimiento, entonces, impide a la autoridad estatal llevar a cabo una negociación con cualquier miembro del grupo; ello sólo puede tener lugar respecto de cierto o ciertos interlocutores que cuenten con habilitación para tomar decisiones, los cuales deben ser determinados de manera autónoma y según los usos y tradiciones de los pueblos consultados¹⁴².

¹³⁹ “42. (...) No toda consulta estará de conformidad con el Convenio (...) Será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Es decir que la expresión «procedimientos apropiados» debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. En cuanto al propio proceso de consulta, éste debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse para intercambiar, de manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes. El Comité subraya este punto porque la validez de los procesos de consulta previstos por el Convenio, como mecanismo para prevenir y resolver conflictos, depende de la construcción de mecanismos de diálogo fecundos. La consulta prevista por el Convenio no es por lo tanto un requisito formal sino un verdadero instrumento de participación.” OIT. Informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal. Reclamación – Brasil – C-169-2009; párr. 42.

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 133

¹⁴¹ “Ahora bien, el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo. Ciertamente, el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”. Corte Constitucional. Sentencia T-737 de 2005. Reiterado, entre otras, en sentencia T-382 de 2006; T-187 de 2011; T-376 de 2012; T-461 de 2014; T-800 de 2014; T-485 de 2015; T-226 de 2016.

¹⁴² “la decisión acerca de cuáles son las instituciones que representan a determinada comunidad para efectos del agotamiento de cierto proceso consultivo no pueden ser impuestas, en ningún caso, por las autoridades estatales. La tarea del Estado en esta materia consiste en facilitar los procesos de decisión que permitan que sean las propias comunidades las que definan, en ejercicio de su autonomía, cuáles son las instituciones que las representan” Corte Constitucional. Sentencia T-550 de 2015. En el mismo sentido: Sentencias C-891 de 2002; T-355 de 2014; T-576 de 2014, entre otras.

11.34.- La buena fe, entonces, que debe campar en el escenario de la consulta exige la satisfacción de cada uno de los requerimientos anteriormente comentados, esto es, deben las partes – especialmente la autoridad estatal – ajustar su comportamiento y sus intervenciones de modo tal que se genere un ambiente de mutua confianza, respeto y encaminado a la obtención de un potencial acuerdo, pues “49. *Esos principios han sido concebidos para crear un diálogo en que los Estados y los pueblos indígenas puedan trabajar de buena fe con miras al logro del consenso y procuren seriamente llegar a un acuerdo satisfactorio*”¹⁴³. Dicho de otra manera, la buena fe encierra, como objetivo último, la posibilidad de un acuerdo entre partes¹⁴⁴.

11.35.- En este punto la Sala no puede pasar por alto una premisa implícita sobre la cual se apoya la totalidad del andamiaje de los derechos de las comunidades diferenciadas y la consulta: el reconocer como asunto de relevancia pública el que no obstante la diversidad étnica, social, cultural, económica y espiritual, es factible un diálogo y un acuerdo multicultural racionalmente y razonablemente fundamentado. Ello corrobora, por sobre todas las cosas, que el estadio actual de evolución de las sociedades contemporáneas ha reconocido y valorado positivamente la existencia de grupos étnica y culturalmente diversos y asimilado como axioma ético superior la integración (no exclusión) *del otro* sobre la base de un amplio marco discursivo donde los derechos humanos y las libertades fundamentales, convencional y constitucionalmente amparados, se han erigido como punto de partida y barrera infranqueable para unos y otros en un contexto multicultural y pluralista.

11.36.- Por último, como el derecho de consulta, según lo expuesto, además de ser instrumento de garantía de los derechos constituye un desarrollo especial y cualificado del principio democrático debe la Sala recordar que el modelo democrático recogido en la configuración política del Estado Social y Democrático de Derecho es de un profundo calado sustantivo de ahí que en todos los escenarios y procesos democráticos (y la consulta es uno de ellos) deban asegurarse las garantías epistémicas necesarias para con los partícipes¹⁴⁵.

¹⁴³ Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009, párr. 49.

¹⁴⁴ “En otras palabras, el procedimiento de consulta no puede constituirse en un simple trámite formal, sino que debe estar realizada de modo tal que, de llegarse a un acuerdo o concertación sobre el contenido de la medida legislativa, tales conclusiones incidan en la formulación definitiva de la política pública correspondiente. En caso contrario, si el procedimiento de consulta se lleva a cabo de manera que sus efectos no pueden lograr trascendencia alguna en la confección final de la medida legislativa, la actuación sería incompatible con la buena fe que guía ese proceso.” Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 2009.

¹⁴⁵ Se trata, como lo ha señalado Nino, de la satisfacción de una serie de garantías ineludibles sin las cuales carecería de cualquier valor epistémico (superior) el procedimiento democrático, viéndose este deformado en una simple formalidad

12.- Caso concreto.

12.1.- Vistos los antecedentes que informan el litigio y el anterior marco jurídico, pasa la Sala dual a desatar los recursos de súplica propuestos por la Nación – Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería contra el proveído de 11 de mayo de 2015 dictado por la Consejera Ponente Olga Mélida Valle De De La Hoz (E) que accedió a la medida de suspensión provisional de efectos jurídicos de las Resoluciones demandadas.

12.2.- Dicho lo anterior, se advierte que las Resoluciones demandadas versan sobre las siguientes cuestiones: i) La Resolución No. 100241 de 24 de febrero de 2012 dictada por el Ministerio de Minas y Energía delimitó y declaró 2.900.947.78 hectáreas del territorio nacional “como áreas estratégicas mineras”, comprendiendo predios ubicados en quince (15) Departamentos; ii) La Resolución No. 0045 de 20 de junio de 2012 de la Agencia Nacional de Minería delimitó y declaró de manera general “con el carácter de áreas estratégicas para los minerales previstos en la Resolución No. 18 0102” una extensión de 22.262.646,8185 hectáreas, lo que comprende un área específica, excluyendo títulos y solicitudes vigentes al igual que zonas mineras indígenas vigentes, un total de 17.570.198,9288 hectáreas que cobijan seis (6) departamentos y, finalmente, iii) la Resolución No. 429 de 27 de junio de 2013 de la Agencia Nacional de Minería declaró la pérdida de ejecutoriedad de la Resolución No. 303 de 28 de septiembre de 2012 y delimitó y declaró como área estratégica minera “la Zona Minera Especial de Norte de Santander” que comprende un área de 200 hectáreas y 1305,2 metros cuadrados.

12.3.- En conclusión las tres resoluciones acá enjuiciadas comprenden un número aproximado de veinticinco millones ciento sesenta y tres mil setecientos noventa y cuatro punto seis hectáreas (25.163.794,6) del territorio nacional, todas ellas afectadas bajo la noción de áreas estratégicas mineras establecida en el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011¹⁴⁶⁻¹⁴⁷, Ley de Plan de Desarrollo 2010-2014, enunciado que dispone que

vacía de cualquier contenido sustantivo, siendo estas condiciones las siguientes: i) que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión, ii) que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción, iii) que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; iv) que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; v) que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materia y, por último, vi) que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias. Cfr. NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 180. Y resalta Nino a continuación: “Cuando las condiciones para promover el valor epistémico de la democracia no son satisfechas, ésta no logra su valor. No todo proceso llamado “democrático” disfruta de los requisitos necesarios para proveerle del valor epistémico”.

¹⁴⁶ Ley 1450 de 2011. Artículo 108. Reservas Mineras Estratégicas. 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. [Nota: El artículo en cita fue declarado condicionalmente exequible por la Sentencia C-035 de 2016 de la Corte Constitucional en los siguientes términos del primer punto resolutivo de ese fallo: “**Primero.-** Por los cargos analizados en la presente Sentencia, declarar **EXEQUIBLE** el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, en el entendido de que i) en relación con las áreas de reserva minera definidas con anterioridad a la notificación de la presente sentencia, la autoridad competente deberá concertar con las autoridades locales de los municipios donde están ubicadas, con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera, y ii) en cualquier caso, la Autoridad Nacional Minera y el Ministerio de Minas y Energía deberán garantizar que la definición y oferta de dichas áreas sean compatibles con los planes de ordenamiento territorial respectivos”.]

¹⁴⁷ Este precepto es parcialmente reiterado por el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, cuyo texto es como sigue:

ARTÍCULO 20. ÁREAS DE RESERVA PARA EL DESARROLLO MINERO. Las áreas de reserva para el desarrollo minero serán las siguientes:

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Áreas de Reserva Estratégica Mineras: La Autoridad Minera Nacional determinará los minerales de interés estratégico para el país, respecto de los cuales, con base en la información geocientífica disponible, podrá delimitar **indefinidamente** áreas especiales que se encuentren libres.

Estas áreas serán objeto de evaluación sobre su potencial minero, para lo cual se deberán adelantar estudios geológicos mineros por parte del Servicio Geológico Colombiano y/o por terceros contratados por la Autoridad Minera Nacional. Con base en dicha evaluación, esta Autoridad seleccionará las áreas que presenten un alto potencial minero.

Estas áreas se otorgarán mediante proceso de selección objetiva. En los términos de referencia de este proceso, la Autoridad Nacional Minera establecerá los requisitos mínimos de participación, los factores de calificación, las obligaciones especiales del concesionario y podrá establecer las contraprestaciones económicas mínimas adicionales a las regalías. Sobre estas áreas no se recibirán nuevas propuestas ni se suscribirán contratos de concesión minera. Para estos efectos la Autoridad Minera contará con la colaboración del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

La Autoridad Nacional Minera dará por terminada la delimitación, cuando las áreas evaluadas no sean seleccionadas, caso en el cual quedarán libres para ser otorgadas mediante el régimen ordinario del Código de Minas. Cuando no se presente licitante u oferente la Autoridad Nacional Minera podrá mantener la delimitación para un futuro proceso de selección sin perjuicio de darla por terminada en cualquier tiempo.

El Gobierno nacional reglamentará la materia a que aluden los incisos anteriores. En los Contratos Especiales de Exploración y Explotación que se deriven de estas delimitaciones, se podrán establecer reglas y obligaciones especiales adicionales o distintas a las establecidas en el Código de Minas.

Áreas de Reserva para la formalización: La Autoridad Minera Nacional podrá delimitar áreas de Reserva Estratégica Minera para la formalización de pequeños mineros, sobre áreas libres o aquellas que sean entregadas a través de la figura de devolución de áreas para la formalización minera.

Áreas de Reserva para el desarrollo minero-energético: El Ministerio de Minas y Energía delimitará las zonas estratégicas para el desarrollo minero-energético en un término no mayor de doce (12) meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. Estas zonas se declaran por un término de dos (2) años prorrogables por el mismo término y su objetivo es permitir el manejo ordenado de los recursos naturales no renovables propendiendo por la maximización del uso de los recursos ajustándose a las mejores prácticas internacionalmente aceptadas.

Sobre estas áreas no se recibirán nuevas propuestas ni se suscribirán contratos de concesión minera de carbón. Lo anterior con el fin de que estas áreas sean otorgadas por la autoridad correspondiente a través de un proceso de selección objetiva, en el cual dicha autoridad establecerá los términos de referencia.

En casos de superposiciones de áreas entre yacimientos no convencionales y títulos mineros, en virtud de un acuerdo operacional, la Autoridad Minera Nacional autorizará la suspensión de los títulos mineros sin afectar el tiempo contractual. Ante la suspensión del título minero por la causal antes señalada, el titular minero podrá solicitar la modificación del instrumento de control ambiental, incluyendo un capítulo de cierre temporal. La autoridad ambiental tramitará dicha modificación.

No podrán ser áreas de reservas para el desarrollo minero las áreas delimitadas como páramos y humedales.

PARÁGRAFO 1o. Las áreas estratégicas mineras creadas con base en el artículo [108](#) de la Ley 1450 de 2011 mantendrán su vigencia pero se sujetarán al régimen previsto en el presente artículo.

PARÁGRAFO 2o. No podrán declararse áreas de reserva para el desarrollo minero en zonas de exclusión de conformidad con lo dispuesto por la normatividad vigente.

[Nota: El aparte “indefinidamente” tachado fue declarado inexecutable mediante sentencia C-298 de 2016. La totalidad del artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-035 de 2016 en los términos del segundo punto resolutivo de ese fallo cuyo texto es como sigue: “**Segundo.-** Por los cargos analizados en la presente Sentencia, declarar **EXEQUIBLE** el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, en el entendido de que: i) la autoridad competente para definir las áreas de reserva minera deberá concertar previamente con las autoridades locales de los municipios donde van a estar ubicadas, para garantizar que no se afecte su facultad constitucional para reglamentar los usos del suelo, conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, ii) si la autoridad competente definió las áreas de reserva minera con anterioridad a la notificación de la presente sentencia, deberá concertar con las autoridades locales de los municipios donde se encuentran ubicadas, con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera y iii) la Autoridad Nacional Minera y el Ministerio de Minas y Energía, según el

la autoridad minera determinará “los minerales de interés estratégico para el país” y procederá a delimitar áreas especiales, con la finalidad de ser otorgadas “en contrato de concesión especial a través de un procedimiento de selección objetiva”, con otras palabras, las pretensión del legislador ha sido la de excluir esas áreas del régimen ordinario de concesión previsto en la Ley 685 de 2001 para someterlo a uno diferente.

12.4.- En este orden de ideas, se infieren las siguientes consecuencias respecto de las normas demandadas: i) se trata de “medidas administrativas”, por cuanto corresponde a decisiones adoptadas por autoridades que, orgánicamente, pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público (Nación – Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería), que tomaron las determinaciones de marras por la competencia atribuida por el legislador (en el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011), mediante actos administrativos de carácter general; ii) son medidas de carácter general por cuanto están prescritas de modo genéricos respecto de varias zonas del territorio nacional que, en criterio de la autoridad minera, constituyen áreas estratégicas mineras; iii) los actos demandados, en armonía con la Ley, implican un desarrollo concreto de la voluntad legislativa toda vez que, precediendo estudios donde se determinaron los minerales de interés estratégicos¹⁴⁸ y las zonas del país donde se encuentran, se fijaron en el territorio nacional ciertas zonas que fueron declaradas como “áreas estratégicas mineras” y iv) las áreas así delimitadas y declaradas, entonces, hacen parte de una política pública dirigida al desarrollo concentrado e intensivo de actividad minera lo que se prueba con el hecho de estar enfocadas hacia ciertos minerales prefijados (los de “interés estratégico”) y sometidos a un régimen de contratación especial (selección objetiva).

12.5.- Súmese el que respecto de las tres decisiones administrativas *sub judice* no se adelantó procedimiento de consulta previa pues, como lo enrostran los recurrentes, el Ministerio del Interior, a instancias de la autoridad minera, consideró que no era necesario desarrollar este procedimiento “toda vez que se trata de una mera expectativa de que dicha zona pueda ser viable en su explotación”¹⁴⁹.

12.6.- En este orden de ideas, la Sala tiene claro que el sólo hecho de que las decisiones analizadas tengan carácter general (pues refieren de manera indistinta a

caso, deberán garantizar que la definición y oferta de dichas áreas sean compatibles con los respectivos planes de ordenamiento territorial.”]

¹⁴⁸ La Resolución 18 0201 de 2012 del Ministerio de Minas determinó como minerales de interés estratégico para el país los siguiente: Oro, Platino, Cobre, Minerales de Potasio, Minerales de Magnesio, Carbón metalúrgico y término, Uranio, Hierro y Minerales de Niobio y Tantalio (conocido como Coltan) y/o arenas negras o industriales; y los minerales asociados, derivados o concentrados respecto de los antes mencionados.

¹⁴⁹ Nación – Ministerio de Interior. Dirección de Consulta Previa. OFI12-0622-DCP-2500. Citado por los recurrentes en sus impugnaciones.

diversas zonas del territorio nacional) no constituye razón suficiente para desestimar el deber de consulta previa a las comunidades diferenciadas.

12.7.- De acuerdo con los estándares sobre la materia arriba expuestos debe procederse a un análisis en orden a verificar si tal medida, que se presenta como general y abstracta, representa un impacto diferenciado o singular para las comunidades indígenas y afrodescendientes. Justamente, en este caso, esta judicatura verifica que tal circunstancia sí se satisface en el *sub judice* por cuanto las medidas administrativas significan una afectación directa y clara [en ejecución de una política pública gubernamental de destinación económica de ciertos territorios que cuentan, según las accionadas, con vocación para explotación de minerales de interés estratégico] a un elemento esencial en esas comunidades como lo es el territorio.

12.8.- En efecto, ya es un lugar común en la jurisprudencia sobre la materia reconocer la estrecha cercanía existente entre el territorio con la cultura y vivencia material y espiritual de las comunidades diferenciadas, al punto que se ha dicho que una afectación del mismo implica un grave riesgo para la subsistencia de esos grupos; situación jurídica que encuentra protección por la vía del derecho de propiedad comunal (artículo 21 CADH y 58 constitucional) y por el derecho de las comunidades a su subsistencia, dignidad y autogobierno en los territorios ancestralmente ocupados, postulados derivados del Convenio 169 de OIT y las DNUDPI y DADPI.

12.9.- Así, se sabe que *“112. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia (...)”*¹⁵⁰; reconociéndose que la relación entre las comunidades y el territorio trasciende a la noción de apropiación en un sentido material o económico pues *“149. (...) para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*¹⁵¹; lo que ha dado lugar a pregonar que *“131. (...) la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia*

¹⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá, Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 112.

¹⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 149.

*económica*¹⁵², razón por la cual a la hora de hacer una aproximación al contenido y alcance del derecho de propiedad la Corte Interamericana ha tomado en cuenta la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los indígenas¹⁵³; lo anterior sin perder de vista las distintas maneras en que cada comunidad puede hacer uso de su territorio libre de cualquier coacción ajena¹⁵⁴; cuestiones que también han sido abordadas por la jurisprudencia constitucional¹⁵⁵.

12.10.- Basta señalar, como complemento de lo dicho, que en este asunto se acredita el elemento de “*afectación directa*” no solo por encuadrar ello dentro del párrafo del artículo 330 constitucional sino, aún más importante, por repercutir las medidas administrativas estudiadas en los derechos, intereses o situaciones jurídicas reconocidas en favor de las comunidades diferenciadas pues estas medidas, en sí mismas, ya tienen la virtualidad suficiente de afectar el espacio vital y espiritual de aquellas con referencia al territorio. Entonces, no hay lugar a pregonar que se trata de “*meras expectativas*” las decisiones contenidas en las Resoluciones demandadas pues estas, en puridad, entrañan una afectación jurídica directa y real para los derechos e intereses de las comunidades diferenciadas.

12.11.- Y no son de recibo los argumentos expuestos por los recurrentes según los cuales las medidas no debían surtir el trámite de consulta previa toda vez que ni estas

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005, párr. 131.

¹⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 124.

¹⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 148. “148. Para determinar la existencia de la relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido: i) que ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) que la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura¹⁶². El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales¹⁶³.”

¹⁵⁵ “**2.3.1.5.** Con base en las precisiones anteriores, es posible concluir que los territorios donde se asientan las poblaciones indígenas y tribales, no se tratan de simples espacios de trabajo, o de dominación o de producción, sino de un verdadero espacio del ejercicio de sus tradiciones, ritos, costumbres y del ejercicio de su autodeterminación diferenciada con las demás poblaciones^[14]. Asimismo, asegura la producción de los recursos naturales acorde con sus prácticas tradicionales de producción y autoabastecimiento. Este contexto exige extraer del concepto común de la propiedad privada, nuevas manifestaciones de la propiedad como propiedad colectiva, es decir, como un concepto mucho más amplio y enfocado a las propias necesidades de las poblaciones indígenas y tribales.

2.3.1.6. Es por lo anterior que, en el caso de los pueblos indígenas y tribales, los principales instrumentos internacionales reconocen en ellos una propiedad de la tierra no sólo individual sino colectiva^[15], que tiene implicaciones mucho más amplias que el reconocimiento simple de una propiedad privada, pues el derecho a la propiedad privada en su concepción más occidental y liberal, entendido como el ejercicio y disfrute del dominio sobre bienes intangibles y tangibles, no ha sido una institución suficiente para entender las exigencias y la cosmovisión de las poblaciones indígenas y tribales^[16].

2.3.1.7. El derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre su territorio necesita de una protección especial, debido a la relación especial que aquellos tienen con el espacio físico que habitan; allí ejercen sus usos, costumbres, y sus actividades ancestrales y de supervivencia, generando un fuerte vínculo con su entorno.” Corte Constitucional. Sentencia T-379 de 2014.

ni el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 relevan al concesionario, antes de iniciar la fase de explotación, de tramitar las consultas ante las comunidades donde se ejecute el proyecto minero concesionado. La respuesta negativa a esta cuestión se obtiene por vía de una de las notas que constituyen la quintaesencia de la consulta y que no es otro que el carácter previo de la misma.

12.12.- En efecto, lamenta la Sala la estrecha visión que proponen los recurrentes en sus memoriales de súplica, pues conciben un único supuesto de consulta previa que sólo se activa luego de obtenerse la concesión minera por parte del interesado. Salta a la vista que esa visión no se compadece con el carácter profundamente sustantivo que marca el derrotero del derecho de consulta a las comunidades, pues este derecho no se percibe como una instancia aislada llamada a activarse cuando ya toda la realidad jurídica que afecta a las comunidades ha sido prefigurada por completo en su ausencia, pues, al contrario, debe tratarse de un proceso dinámico y de permanente diálogo, interacción y participación a lo largo de todas las instancias públicas que toman decisiones sobre la materia.

12.13.- Así no puede concebirse como un proceso inconexo o incomunicado entre el escenario legislativo (donde se formuló la creación de las áreas estratégicas mineras), el administrativo de estudios técnicos (donde se definieron los minerales de interés estratégico y las áreas susceptibles de ser afectadas o reservadas) y la fase concreta en la que la administración abre e impulsa el procedimiento de selección objetiva para suscribir los contratos de concesión especial; pues cada una de estas fases tiene como común denominador la afectación del territorio a las comunidades alrededor de una política estatal claramente definida, de ahí que la instancia de participación (vía consulta) deba ser activada y garantizada plenamente en cada una de esas oportunidades. Presentar cada uno de estos momentos como escenarios aislados atentaría, gravemente con el deber de información, clara, suficiente y auténtica que debe el Estado a los titulares del derecho de consulta.

12.14.- Corolario de lo expuesto, ni se agota el deber de consulta previa con el hecho, alegado por los recurrentes, de haber sometido a ese trámite el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011 ni con que se afirme que la consulta deba realizarse luego de la suscripción del contrato de concesión minera especial en la fase de licenciamiento ambiental, pues entre uno y otro momento se omite la participación de las comunidades diferenciadas en una etapa decisiva como lo es la determinación de las zonas que el Gobierno Nacional declarará como estratégicas mineras. Y esta judicatura encuentra, desde una análisis preliminar propio de la instancia cautelar, que esa restricción al

derecho de participación cualificado no se ajusta a una prueba de razonabilidad y proporcionalidad toda vez que con esa exclusión no se satisface y/o realiza ningún cometido constitucionalmente legítimo y, por el contrario, genera un grave déficit en la participación democrática plural y diversas de las comunidades en las instancias públicas decisoras¹⁵⁶.

12.15.- Conviene en este punto recordar un aparte del Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio 169 de la OIT presentada por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal donde se dijo:

“54. A fin de resolver estas cuestiones debe aplicarse, además de los artículos mencionados, el artículo 7 del Convenio según el cual:

1. Los 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.

(...)

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.”¹⁵⁷ (Resaltado propio).

12.16.- En conclusión, las anteriores consideraciones llevan a sostener que en el *sub judice* se debió surtir el procedimiento de consulta previo a la adopción de las medidas administrativas mediante las que se determinaron las áreas mineras de reserva especial. Estas decisiones, pese a ser de carácter general, repercuten directamente y de manera particular e intensa en las comunidades diferenciadas en lo que atañe a su territorio y los valores que ello representa pues las Resoluciones comprenden, en aplicación de la Ley 1450 de 2011, una política pública de destinación económica de ciertos segmentos del territorio nacional al servicio de las actividades mineras, razón por la cual no pueda afirmarse que corresponden a meras expectativas.

¹⁵⁶ “Concatenado con lo anterior, subyace la necesidad de responder la pregunta relativa a sí el consentimiento sólo se debe buscar en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala. Para la Sala la respuesta es negativa. Conforme a esta providencia toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas.” Corte Constitucional. Sentencia T-129 de 2011.

¹⁵⁷ OIT. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal. Representation (artículo 24) – Brasil C-169-2009. 17 de marzo de 2009.

12.17.- Se violó, entonces, el derecho a la participación, multicultural, plural y democrática de las comunidades diferenciadas por cuanto éstas no fueron consideradas en la discusión y planeación de las decisiones adoptadas por el Gobierno Nacional en torno a la áreas estratégicas mineras, siendo obligación del Estado garantizarlo en esas instancias. No es de recibo, entonces, el argumento según el cual la consulta se observaría luego de obtenerse el contrato de concesión especial, pues ese alegato pierde de vista que con tal proceder se excluye de manera arbitraria a las comunidades de participar, en todos los niveles de las instancias decisoras, en aquellas cuestiones que afectarán sus derechos o intereses de manera colectiva o individual, discriminación ésta que no se ajusta a los estándares convencionales sobre la materia, máxime cuando se trata de la planeación o formulación de políticas públicas que versan sobre actividades extractivas que impactarían profundamente el territorio, la subsistencia y sus tradiciones culturales, como precisamente lo hacen las Resoluciones objeto de suspensión provisional de efectos jurídicos.

12.18.- Finalmente, resulta irrelevante la conformidad, o no, de los actos demandados con el artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, pues un alegato de tal naturaleza erra al perder de vista que el marco jurídico que debió observar la Nación – Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería no se agotaba ni se circunscribía, en absoluto, a esa preceptiva legal. También deben las autoridades administrativas ajustar sus actuaciones (procedimientos administrativos y las decisiones fruto de estos) conforme a los parámetros convencionales y constitucionales que integran el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes, pues estos, que también componen el ordenamiento jurídico aplicable, fungen como insumos de obligada referencia para la construcción de la justificación externa que debe preceder a toda decisión (y actuación) que se dice jurídica en esta materia.

12.19.- Súmese que el concepto del principio de legalidad, inmanente al derecho administrativo, ha de ser entendido no como una mera correspondencia con las formales legales, sin más, sino que necesariamente se encuentra nutrido de los principios y valores del ordenamiento constitucional y convencional, por vía del bloque de convencionalidad y constitucionalidad¹⁵⁸. Es por ello que le es exigible a la

¹⁵⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 60 “es indudable que el principio de legalidad ha evolucionado nuevamente, esta vez de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual se traduce de manera inexorable en la ampliación de las fronteras del bloque de legalidad. Dicho cambio sustancial es el resultado directo e inmediato de las obligaciones internacionales que ha asumido Colombia en las últimas décadas, con el fin de proteger la dignidad humana, como razón de ser de toda organización estatal democrática en la que se promueve el desarrollo dentro de un ambiente de absoluto respeto por los derechos humanos”.

administración concretar dichos principios y valores supralegales y supraconstitucionales en la toma de sus decisiones, teniendo como eje paradigmático la garantía plena y efectiva de los derechos humanos fundamentales.

12.20.- Resulta así demostrada la contradicción analítica inicial entre las decisiones administrativas objeto de la medida cautelar y el universo jurídico convencional y constitucional, concretamente en cuanto hace al deber estatal de observar a plenitud el derecho a la consulta previa, deber estatal que, además de sus fuentes sustantivas expuestas, encuentra fundamento legal en el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011 que prevé como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos la omisión del deber de consulta cuando así lo establezca el ordenamiento jurídico¹⁵⁹, razón adicional que apoya lo expuesto en el auto suplicado y en este proveído.

12.21.- Finalmente, la Sala toma nota que en sentencia T-766 de 2015¹⁶⁰ la Corte Constitucional dejó sin efectos las Resoluciones No. 180241 y 0045 de 2012 dictadas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, respectivamente, al considerar que se violó el derecho de consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Sin embargo, tal pronunciamiento no afecta ni altera la competencia de la Sala dual para resolver el recurso de súplica en comento, razón por la cual se emite en el *sub judice* decisión de fondo sobre dicha impugnación, en los términos expuestos.

12.22.- Como así lo vio y decidió el auto de 11 de mayo de 2015, que accedió a la medida de suspensión provisional de efectos jurídicos de las Resoluciones No. 180241 de 24 de febrero de 2012 del Ministerio de Minas y Energía, No. 0045 de 20 de junio de 2012 y No. 429 de 27 de junio de 2013 de la Agencia Nacional de Minería, se impone confirmar esa decisión.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto recurrido de 11 de mayo de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

¹⁵⁹ Ley 1437 de 2011. Artículo 46. Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

¹⁶⁰ Publicada en la página web de la Corte Constitucional el 9 de junio de 2016.

Bogotá D.C., nueve (09) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149)

Actor: CENTRO DE ESTUDIOS PARA LA JUSTICIA SOCIAL - TIERRA DIGNA

Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD (ACLARACIÓN DE VOTO)

En la providencia de la referencia se decidió confirmar el auto de 11 de mayo de 2015 que suspendió provisionalmente la Resolución No. 180241 de 24 de febrero de 2012 dictada por el Ministerio de Minas y Energía, la Resolución No. 0045 de 20 de junio de 2012 y la Resolución No. 429 de 27 de junio de 2013 de la Agencia Nacional de Minería toda vez que vulneraron el derecho de consulta de las comunidades indígenas.

Aunque considero que estaban reunidos los supuestos materiales para decretar la suspensión como en efecto se hizo, estimo que se debió declarar la carencia actual de objeto, entendida como la “*inutilidad de una orden o disposición judicial en concreto*”¹⁶¹, pues uno de los requisitos para que pueda accederse a la medida cautelar de suspensión provisional de un acto administrativo es que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos, y en este caso la Corte Constitucional en sentencia T-766 del 16 de diciembre de 2015 dejó sin efectos las resoluciones 180241, 0045 de 2012 y la 429 de 2013, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, respectivamente.

Así las cosas, dado que mediante decisión definitiva y con efecto *inter comunis*¹⁶², se dejaron sin efectos las resoluciones indicadas, carecía de objeto de medida.

Con todo respeto,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Fecha ut supra

¹⁶¹ T- 699/96

¹⁶² “aquellos efectos de un fallo de tutela que de manera excepcional se extienden a situaciones concretas de personas que, aun cuando no promovieron el amparo constitucional, se encuentran igualmente afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó, producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales” T-025 de 2015.