

Sentencia T-1045A/10

IDENTIDAD E INTEGRIDAD ÉTNICA, CULTURAL, SOCIAL Y ECONÓMICA DE COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE-
Protección del Estado

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ÉTNICAMENTE MINORITARIAS-Protección constitucional

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Reiteración de doctrina constitucional

Este derecho de consulta es susceptible de la tutela constitucional, por cuya vía las comunidades étnicas aludidas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas, y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

COMUNIDAD AFROCOLOMBIANA-Exploración y explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios

Antes de empezar la exploración y explotación de un proyecto minero que se encuentre en territorio de las comunidades étnicas minoritarias, se debe desarrollar la consulta previa respectiva con las comunidades que puede ser o llegar a ser afectadas por dicho proyecto; ii) deberá estar aprobado el estudio y expedida la licencia ambiental respectiva, para poder iniciar los trabajos y obras mineras; iii) la autoridad minera deberá tener en cuenta y decidir sobre el derecho de prelación que les atañe a esas comunidades étnicas, de acuerdo con la ley. En el asunto objeto de estudio, se encuentra demostrado que existe un añejo nexo entre el territorio y la supervivencia cultural y económica de la comunidad afrocolombiana allí asentada. Además, la violación del derecho a la consulta sobre proyectos de explotación de recursos naturales, también conlleva la conculcación de otros derechos del pueblo afectado, tales como la autonomía e integridad cultural y social y, eventualmente, la propiedad. Ese territorio ha sido puesto en riesgo porque el proyecto, que tiene una duración prevista en 10 años, prorrogables otros 10, puede incrementar los daños ambientales usualmente consecuenciales a la minería, con mayor afectación a las fuentes hídricas de la zona, contaminación del aire, producción de residuos sólidos y deforestación, incrementándose el desequilibrio ecológico que tan gravemente afronta la humanidad. Frente al consentimiento libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones, en el caso bajo estudio no existió, porque no se informó de dicho proceso y el señor Héctor Jesús Sarria “desistió”, de manera que la comunidad afrodescendiente no ha tenido oportunidad de pronunciarse frente al proyecto de explotación aurífera en el territorio que habita. Así, se han venido desconociendo subreglas constitucionales, que son de obligatoria observancia en estos casos e involucran en la consulta previa los principios de buena fe y de consentimiento libre, previo e informado, que deben gobernar el proceso.

Referencia: expediente T-2761852.

Acción de tutela instaurada por Yair Ortiz Larrahondo y Francia Elena Márquez Mina, obrando a nombre propio y en representación del Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, contra la Alcaldía de Suárez; los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Minas y Energía; INGEOMINAS; el Juzgado 1° Administrativo del Circuito de Popayán; el señor Héctor Jesús Sarria; y la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CRC).

Procedencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Magistrado Ponente:
NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil diez (2010).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, dentro de la acción de tutela instaurada por Yair Ortiz Larrahondo y Francia Elena Márquez Mina, obrando a nombre propio y en representación del Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, contra la Alcaldía de Suárez; los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Minas y Energía; INGEOMINAS; el Juzgado 1° Administrativo del Circuito de Popayán; el señor Héctor Jesús Sarria; y la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CRC).

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo la referida Sala, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991; el 25 de agosto 2010, la Sala N° 8 de Selección lo eligió para revisión.

I. ANTECEDENTES.

Los señores Yair Ortiz Larrahondo y Francia Elena Márquez Mina, obrando a nombre propio y en representación del Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, incoaron acción de tutela en mayo 20 de 2010, ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, aduciendo vulneración de los derechos *“a la vida digna, consulta previa, al trabajo, debido proceso y a la autonomía e integridad cultural”*, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato efectuado por la parte demandante.

1. Los referidos actores manifestaron que *“el predio rural ubicado en el corregimiento de La Toma que tiene carácter ancestral y una extensión de 7000 hectáreas aproximadamente ha sido habitado y explotado de manera artesanal por las comunidades negras de la zona desde el proceso de esclavización que data aproximadamente de 1636”*, e indicaron que dicha actividad, *“en la actualidad”*, permite que 1300 familias obtengan *“su sustento económico”* (f. 1 cd. inicial).

2. Señalaron que mediante licencia *“BFC-021 expedida por INGEOMINAS”*, se otorgó al señor Héctor Jesús Sarria la explotación de un yacimiento de oro *“consistente en 99 hectáreas y 6507 metros cuadrados localizada en la desembocadura de la quebrada La Turbina río Cauca, por un término de 10 años prorrogables”* (fs. 1 y 2 ib.).

Agregaron que el título BFC-021, está *“en el registro minero nacional del 27 de junio de 2007, actualmente se encuentra en etapa de explotación sin acreditar la licencia ambiental”* (f. 3 ib.).

Frente a lo anterior, indicaron los accionantes que en el proceso de entrega del título minero al señor Sarria, otorgado por INGEOMINAS, no se adelantó proceso de consulta previa por parte del Ministerio del Interior y de Justicia, *“aún cuando se trata de un proyecto que está en capacidad de afectar la autonomía y la identidad e integridad cultural, las prácticas tradicionales de producción y el medio ambiente”* (f. 2 ib.).

3. Por otra parte, expresaron que *“el Presidente de la República mediante directiva presidencial del 26 de marzo de 2010, ordena en su numeral 4 hacer consulta previa a comunidades negras e indígenas como garantía y protección de sus derechos ancestrales; ratificando en este acto administrativo que la consulta previa es un derecho fundamental”* (f. 3 ib.).

4. En consecuencia, los actores solicitaron (f. 12 ib., las transcripciones son textuales):

i) *“amparar el derecho a la vida digna, consulta previa, debido proceso, al trabajo y a la autonomía e integridad cultural, del cual son titulares las comunidades afrodescendientes que desarrollan actividades de minería artesanal en el predio que pretende el señor Héctor Sarria sea desalojado”*;

- ii) *“disponer que se deje sin valor y efecto la parte resolutive de la Resolución N° 8463-3-30 del 30 de abril de 2010, en la cual se dispuso decretar el desalojo a favor del querellante, el cesamiento o eliminación de la actual perturbación al predio y el cual se oficia al comandante de Policía de la estación de Suárez para efectos del acompañamiento en la diligencia de desalojo”*;
- iii) al Ministerio del Interior y de Justicia, que a la mayor brevedad *“oficie al señor Héctor Sarria para que cumpla con el Decreto 1320 de 1998 y la directiva presidencial del 26 de marzo de 2010”*;
- iv) al *“Ministerio de Minas y Energía -INGEOMINAS-”*, que revoque *“el título minero BFC-021 concedido al señor Héctor Sarria por no haberse agotado el trámite de consulta previa contenido en la ley y los tratados internacionales”*;
- v) finalmente, como medida provisional pidieron ordenar *“la suspensión de la Resolución N° 8463-3-30 del 30 de abril de 2010 que ordena el señalamiento de la diligencia para declarar, el desalojo de la comunidad”*.

B. Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente.

1. Registro Minero expedido por INGEOMINAS en marzo 5 de 2002, otorgándose licencia de explotación minera al señor Héctor Jesús Sarria, desde junio 27 de 2007 hasta junio 26 de 2017 (f. 15 cd. inicial).
2. Resolución N° 2864-3-30 de abril 30 de 2010, proferida por el Alcalde de Suárez, donde se dispone la suspensión inmediata de las actividades de explotación que se venían adelantando en la mina objeto de disputa por parte de quienes no tengan licencia para ello, y se ordena el desalojo de éstas.
3. Carta de mayo 11 de 2010, dirigida al Comandante del Departamento de Policía del Cauca por el Alcalde de Suárez, en solicitud de facilitar apoyo para *“darle cumplimiento a lo ordenado en la premencionada resolución, para lo cual le ruego informarme en el menor tiempo posible para que día se podría llevar a cabo dicha diligencia”* (f. 22 ib.).
4. Resolución N° 2003-3-7, expedida en octubre 7 de 2008 por la Alcaldía de Suárez, mediante la cual *“se ordena y oficializa el registro de acta de elección de la junta del Consejo Comunitario del Corregimiento de La Toma -municipio de Suárez Cauca”*, donde se acredita que la señora Francia Elena Márquez pertenece a dicha junta (fs. 10 a 12 cd. Corte).
5. Resolución de junio 17 de 2010, emitida por la CRC, *“por medio de la cual se hace un requerimiento en el marco del procedimiento para la suspensión definitiva y/o Revocatoria de una licencia ambiental y se dictan otras disposiciones”*, donde se ordenó (fs. 13 a 18 ib.):
 - i) requerir al señor Héctor Jesús Sarria *“para que corrija el incumplimiento en el cual ha incurrido y en consecuencia se convoque y se lleve a cabo la obligatoria, constitucional y legal, CONSULTA PREVIA a que obliga el Decreto 1320 de 1998”*;

- ii) suspender la licencia ambiental otorgada al señor Sarria, indicándose además que en caso de incumplimiento de la consulta previa se *“proceda a revocar la licencia ambiental”*;
- iii) disponer que *“durante el período de suspensión de la licencia ambiental... y hasta la ejecución del acto administrativo, que dado el caso ordene activar los efectos jurídicos de la licencia, no se podrá adelantar o desarrollar las actividades mineras que la licencia contempla”*.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN LA ACCIÓN DE TUTELA.

1. Mediante auto de mayo 24 de 2010, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán admitió la demanda de tutela, determinando además: i) vincular *“al señor Héctor Sarria en calidad de tercero por cuanto puede resultar afectado... y para que ejerza adecuadamente el derecho a la defensa”*; ii) oficiar al Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, para que allegue *“copia del acuerdo de consulta previa o en su defecto certificación de no agotamiento de requisitos de proceso de consulta previa”*; iii) a ese mismo Ministerio, enviar la *“certificación acerca de la presencia de comunidades negras en la zona objeto de la resolución de desalojo N° 28864 del 30 de marzo de 2010, copia de la licencia de explotación BFC-021 otorgada al señor Héctor Jesús Sarria”*; iv) de otra parte, negó *“la medida provisional solicitada por la accionante... porque... no agregó ninguna razón de peso”* que acredite el perjuicio irremediable *“que hiciere procedente el decreto de la misma”* (f. 32 cd. inicial).

2. La Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, en junio 1° de 2010, ordenó vincular también a la acción de tutela al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y al Juzgado 1° Administrativo del Circuito de Popayán (f. 230 ib.).

A. Manifestaciones recibidas de los interesados.

1. Ministerio del Interior y de Justicia.

En escrito de mayo 26 de 2010, la Coordinadora encargada del Grupo de Consulta Previa de ese Ministerio puntualizó que Héctor Jesús Sarria solicitó en mayo 19 de 2006, a la Directora de Etnias *“para la época”*, que certificara *“la presencia de comunidades étnicas dentro del área de influencia de la licencia BFC-021”*, así, en agosto 29 siguiente, mediante oficio *“OFI06-20358-DET-1000”* la profesional universitaria de la Dirección de Etnias de dicha cartera le informó al señor Sarria que *“no se registran comunidades indígenas en el municipio de Suárez, Cauca. De acuerdo a la información suministrada por el jefe de unidad de gobierno de la Alcaldía... se registran comunidades negras en la vereda el Tambo”* (f. 42 cd. inicial).

Agregó que en febrero 3 de 2009, a través de radicado *“EXT09-4488”* la asesora jurídica de Héctor Sarria, pidió que se expidiera *“certificación de comunidades indígenas exclusivamente, para adelantar el trámite de*

obtención de Licencia Ambiental en el área de influencia de la licencia minera BFC-021, otorgada por INGEOMINAS"; en respuesta a lo anterior, mediante oficio "OFI09-8353-GCP-0201" de marzo 19 siguiente, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio informó que "no hay presencia de comunidades en indígenas" (f. 43 ib.).

Indicó que en oficio radicado en marzo 30 de 2009, registrado ante el Ministerio del Interior y de Justicia, el señor Sarria que tiene a su cargo el título minero, pidió al "Director de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM... y al Director de Asuntos para Comunidades negras... solicita certificación de presencia de comunidades negras e indígenas en el área del Contrato de Concesión BFC-021". Adicionalmente, mediante otro oficio entregado a esa misma cartera en abril 14 siguiente, el mismo interesado, requirió que se ampliara "la solicitud hecha el 30 de marzo", en la cual requirió "que en caso afirmativo", de lo anteriormente anotado "se adjunte a dicha respuesta la documentación necesaria que pruebe y demuestre el modo, tiempo y lugar en que fue constituida dicha comunidad" (f. 43 ib.).

Anotó la Coordinadora encargada que debido a "las múltiples solicitudes del señor Sarria, se comisionó al... profesional universitario del Ministerio del Interior y de Justicia", en junio 10 y 11 de 2009, a realizar una visita de verificación en el área de influencia, quien después de realizar un relato sobre la zona, concluyó (fs. 43 y 44 ib.):

"... con relación a los grupos étnicos que se encuentran aguas debajo de la presa y dado que se debe establecer un Plan de Manejo Ambiental –PMA- y la complejidad de identificar grupos étnicos por las características técnicas y ambientales del proyecto, corresponde a la autoridad ambiental (en este caso el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial) determinar el área de influencia del proyecto de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 1320 de 1998. Y finalmente recomienda: adelantar una reunión de carácter informativo y de aclaración del proyecto BFC-021... con la comunidad de La Toma que se encuentra participando en la elaboración del Plan de Manejo Ambiental... en la que el Ministerio del Interior y de Justicia dé a conocer el marco legal y el alcance de la consulta previa (etapas de certificación, información y socialización, evolución de impactos y medidas y preacuerdos). Sugerir al interesado realizar la consulta previa con la comunidad existente del Corregimiento de La Toma-municipio de Suárez- Cauca, debido a que el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial va a realizar con todas la comunidades del área de la represa salvajina la consulta previa sobre el Plan de manejo ambiental."

Adujo que en julio 9 de 2009 la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa de ese Ministerio, certificó que "no se registra la presencia de comunidades indígenas dentro del área de influencia del proyecto" pero "se registra la

presencia de comunidades negras ‘Consejo Comunitario Afrodescendiente del Corregimiento de La Toma’” (f. 44 ib.).

Así mismo, refirió que mediante comunicación de julio 21 siguiente, radicada ante ese Ministerio, el señor Héctor Jesús Sarria informó que es titular de la licencia BFC-021 *“para la explotación técnica de un yacimiento de oro”*, por lo que solicitó la apertura del proceso de consulta previa con la comunidad de La Toma.

Igualmente, reseñó que en agosto 21 del mismo año fue pedida socialización con la comunidad, aseverándose que *“según la visita de verificación efectuada se concluyó que no había presencia de comunidades étnicas en el área del proyecto minero... y que por lo tanto no está obligado a agotar el trámite de Consulta Previa”*; refirió además que el señor Sarria manifestó, en ese mismo escrito, que a pesar de no ser obligatoria la consulta, *“la Corporación Autónoma Regional del Cauca... le exige agotar la Consulta Previa como requisito para el otorgamiento de la Licencia Ambiental, por lo que solicita expedir constancia en la que señale que en el área del proyecto minero BFC-021 no hay presencia de comunidades indígenas ni negras y que no está obligado a agotar el trámite de la Consulta Previa”* (f. 44 ib.).

Igualmente, expresó que en esa misma fecha el interesado, mediante comunicación N° EXT09-35712, *“informa que desiste de la solicitud de apertura del trámite de Consulta Previa... teniendo en cuenta que la visita de verificación efectuada concluyó que no había presencia de Comunidades Étnicas en el área del proyecto”*, y solicitó la intervención de los Ministerios del Interior y de Justicia, y de Minas y Energía para que conjuntamente *“organicen y dirijan un programa de socialización con las Comunidades del Corregimiento de La Toma”* (fs. 44 y 45 ib.).

En respuesta a las solicitudes de Héctor Jesús Sarria, en oficio OFI09-33002-GCP-0201 de septiembre 29 de 2009, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia reportó *“coordinar y programar con el concesionario del contrato BFC-021... para poder iniciar el proceso de apertura y socialización del proyecto de explotación con la comunidad existente en el corregimiento de La Toma-municipio de Suárez-Cauca”*, advirtiendo que debe *“planificar dicha actividad de acuerdo al cronograma del grupo de Consulta Previa”* (f. 45 ib.).

Señaló que el señor Sarria, en abril 6 de 2010, anexó fotocopia del fallo expedido por el Juzgado Primero Administrativo de Popayán, relacionado *“con la acción de cumplimiento dentro del área de la licencia”* (f. 25 ib.).

Por todo lo anterior, expresó que ese Ministerio no ha iniciado el proceso de consulta previa dado que *“el señor Sarria a pesar de inicialmente haber solicitado la apertura de dicho proceso, posteriormente desiste de la solicitud”* (f. 45 ib.).

Además, la referida Coordinadora allegó copia de los siguientes documentos:

1. Solicitud de certificación de comunidades realizado por Héctor Jesús Sarria en mayo 19 de 2006, dirigido a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia (f. 152 ib.).

2. Oficio OFI06-20358-DET-1000 emitido por el Ministerio del Interior y de Justicia en agosto 19 de 2006, en el cual se le señaló al titular de la licencia minera en cuestión que *“revisada las bases de datos institucionales del DANE, Asociación de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales y los reconocimientos emanados de esta Dirección sobre comunidades indígenas no se registra comunidades indígenas en el municipio de Suárez”,* pero que *“de acuerdo a la información suministrada por el Jefe de Unidad del Gobierno de la Alcaldía municipal de Suárez... se registran comunidades negras en la vereda El Tamboral”,* por lo cual *“en caso de que se superponga una comunidad negra con el área del proyecto, es necesario dar aviso por escrito a esta Dirección para dar cumplimiento a la realización del proceso de consulta previa”* (f. 154 ib.).

3. Carta de febrero 2 de 2009, enviada por una *“asesora jurídica”* del señor Sarria a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio, anotando que *“para adelantar el trámite de obtención de la Licencia Ambiental del proyecto minero se requiere la certificación expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia donde se manifieste la presencia o no de comunidades indígenas dentro del área de influencia del proyecto”* (f. 155 ib.).

4. Respuesta al mencionado escrito, en la cual la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa, en marzo 19 siguiente, contesta que no se registran comunidades indígenas en la zona de explotación minera, pero que si al adelantar las actividades respectivas se establece la existencia de alguna, se deberá realizar el proceso de consulta previa (f. 156 ib.).

5. Derechos de petición presentados por el señor Sarria en marzo 27 y abril 6 de 2009, pidiendo que *“conste si hay o no”* etnias indígenas o negras *“en el área específica y correspondiente al título BFC-021”* (fs. 157 a 160 ib.).

6. Respuesta a los derechos de petición antes indicados, donde el Ministerio de Interior y de Justicia, en julio 9 de 2009, indicó que se *“registra la presencia de comunidades negras ‘Consejo Comunitario Afrodescendiente del Corregimiento de La Toma’”* (fs. 174 y 175 ib.).

7. *“Informe de Comisión y Verificación”* del Ministerio del Interior y de Justicia, de junio 12 de 2009, donde sugiere al interesado realizar consulta previa con la comunidad existente en el corregimiento La Toma, Suárez, Cauca, *“debido a que el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial va a realizar con todas las comunidades del área de la represa Salvajina la consulta previa sobre el Plan de manejo ambiental”* (fs. 167 a 173 ib.).

8. Carta emitida en julio 22 de 2009, por Héctor Jesús Sarria, donde solicitó la apertura del proceso de consulta previa con la comunidad del sector la Carolina, vereda La Toma, municipio de Suárez, Cauca (f. 176 ib.).

9. Respuesta a la carta antes señalada, en la cual dicha cartera en agosto 11 de 2009 refirió que se debe comunicar con la oficina del Ministerio para coordinar el proceso de *“apertura de consulta previa”* (f. 180 ib.).

10. Carta suscrita por el señor Sarria en agosto 18 siguiente, donde señaló que el Ministerio *“realizó una visita de verificación, con el fin de determinar la existencia o no de dichas comunidades, concluyendo la no presencia de ellas dentro del área de influencia del proyecto minero... por consiguiente no estoy obligado a agotar el trámite de consulta previa”*; sin embargo, expresó el deseo de efectuar una reunión de socialización con la comunidad del corregimiento La Toma, solicitando que *“sea organizado y dirigido por los Ministerios del Interior y de Justicia y de Minas y Energía, participación que considero indispensable para lograr dicho objetivo”* (f. 177 ib.).

11. Solicitud presentada por el titular de la licencia minera en agosto 21 de 2009, a la Coordinadora del grupo de Consulta Previa, donde pidió *“expedir constancia en la que señale que dentro del área de influencia del proyecto... no hay presencia de comunidades negras ni indígenas y que no estoy obligado a agotar el trámite de la consulta previa”* (f. 178 ib.).

12. Carta de desistimiento al trámite de consulta previa, emitida en agosto 21 del mismo año, por Héctor Jesús Sarria (f. 179 ib.).

2. Héctor Jesús Sarria.

La apoderada del señor Sarria, refirió que INGEOMINAS le concedió la licencia de explotación minera en marzo 17 de 2006, para extraer oro en la zona tantas veces nombrada.

Anotó que *“los señores Jairo Ortiz, Germán Ortiz, Arlex González, Eliomar Lucumí, Daniel Lucumí, Bonifacio Lucumí, Mesías Guaza, Eusebio Lucumí y Leonel Lucumí, adelantaron labores de explotación de minería dentro del área de licencia... la cual fue verificada por el grupo de trabajo regional INGEOMINAS-Cali, de carácter técnico (visitas a los frentes de explotación y bocaminas activas para realizar el levantamiento de labores no autorizadas) y por tal motivo fue concedido el amparo administrativo a favor del señor Héctor Jesús Sarria... acto administrativo que fue notificado personalmente a los prenombrados perturbadores, ordenándoles la inmediata suspensión de las actividades de explotación que adelantan dentro de la licencia Nro. BCF-021”* (f. 94 cd. inicial).

Indicó que el área de explotación no se *“encuentra habitada por comunidades negras ni indígenas que exploten artesanalmente la minería para el sustento*

económico”, por lo cual adujo que no se está vulnerando derecho fundamental alguno de los reclamantes, en cuanto “*no son titulares*” en la zona de explotación (f. 95 ib.).

Agregó que “*Henry Torres Torres está promoviendo desórdenes entre los habitantes del municipio de Suárez para que no dejen explotar la minería*” y que “*el señor alcalde tiene el control de la minería ilegal cuando él mismo permitió que un particular... explotara oro en el predio denominado San Miguel que el municipio le compró a la EPSA... éste no tiene título minero vigente ni licencia de autorización ambiental alguna ni se encuentra en el registro minero nacional y por tal motivo cursa una investigación penal en la Fiscalía Seccional de Santander de Quilichao*” (f. 95 ib.).

Puntualizó que el Alcalde de Suárez, Cauca, ha incurrido “*también en los delitos de falsa denuncia... al haber denunciado que ha sido amenazado de muerte él y su familia por el desalojo ordenado; prevaricato por omisión porque él tiene pleno conocimiento que los señores mencionados en la resolución que concede el amparo administrativo están ejerciendo sin título minero y sin licencia ambiental, y no obstante ha omitido poner en conocimiento dicho hecho a la autoridad penal*” (f. 96 ib.).

Finalizó advirtiendo que dicha acción “*no esta llamada a prosperar*”, dado que “*la aquí accionante debe demandar los actos administrativos por la vía ordinaria y no por tutela, puesto que en ningún momento existe violación de derechos fundamentales*” (f. 96 ib.).

Además, allegó las siguientes copias:

1. Resolución N° 0366 expedida en septiembre 21 de 2009, por la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CRC), mediante la cual se otorgó licencia ambiental al señor Héctor Jesús Sarria (fs. 98 a 113 ib.).
2. Resolución N° GTRC-0066-09 emitida en abril 28 de 2009, por el Instituto de Geología y Minería, donde se resuelve un amparo administrativo frente a la licencia de explotación BFC-021, a favor del señor Sarria por la perturbación encontrada en el área y se ordenó “*la inmediata suspensión de las actividades de explotación que adelantan los señores: Jairo Ortiz, Germán Ortiz, Arlex González, Eliomar Lucumí, Daniel Lucumí, Bonifacio Lucumí, Mesías Guaza, Eusebio Lucumí y Leonel Lucumí y cualquier otra persona dentro del área de la licencia de explotación*” (fs. 136 a 140 ib.).

3. Ministerio de Minas y Energía.

En escrito de mayo 31 de 2010, la apoderada de ese Ministerio pidió que se declare la “*falta de legitimación en la causa por pasiva a su favor*”, y en consecuencia se declare improcedente la tutela (f. 206 cd. inicial).

Aclaró que el Ministerio de Minas y Energía es un organismo rector y no ejecutor, por lo tanto ha delegado a INGEOMINAS *“las funciones de tramitación y otorgamiento de títulos mineros, así como la fiscalización y ejecución de los mismos”* (fs. 183 y 184 ib.).

Manifestó que en la zona existe explotación minera de manera artesanal por las comunidades de la región; *“mediante Resolución N° DSM 00234 de marzo 17 de 2006, otorgó al señor Héctor de Jesús Sarria... la licencia N° BFC-021 para la explotación económica de un yacimiento de oro... cuya área corresponde a una extensión de 99 hectáreas y 6507 metros cuadrados, localizado en la planta IGAC del P.A. 3220-A. Punto arcifinio: Desembocadura de la quebrada La Turbina al río Cauca”*, encontrándose en etapa de explotación y con licencia ambiental otorgada mediante Resolución N° 0366 de septiembre 21 de 2009, emitida por la Corporación Autónoma Regional de Cauca (f. 184 ib.).

Frente a la consulta previa, indicó que el Ministerio del Interior y de Justicia es el competente para coordinar la realización de los procesos de consulta, junto con la autoridad ambiental respectiva, además de conceder esta última, la licencia ambiental *“al contrato de concesión minera o a la licencia de explotación, según sea el caso”* (f. 195 ib.).

Agregó que *“el derecho de consulta de las comunidades indígenas no es absoluto, pues si bien la Constitución ordena que propicie la participación de las respectivas comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo como resultado para radicar un proyecto de ley, o para adelantar un proyecto minero energético”* (f. 185 ib.).

Adicionalmente, señaló que dentro de las competencias delegadas a INGEOMINAS *“no se encuentran asuntos relacionados con la consulta previa a las comunidades indígenas y negras tradicionales”*, por lo que se colige que *“no hay hechos o cargos ni en contra del Ministerio de Minas y Energía ni en contra de INGEOMINAS, como tampoco existe obligaciones legales de esta entidad para cumplir o hacer que cumplan con todas y cada una de las pretensiones aquí solicitadas”* (f. 195 ib.).

Por otra parte, sostuvo que *“si bien, puede existir una ‘coordinación permanente’ entre el Ministerio de Minas y Energía con sus entidades adscritas y vinculadas, este hecho no quiere indicar que estas últimas en el ámbito de sus competencias legales, no pueden tomar sus propias determinaciones y asumir sus propias competencias”* (f. 189 ib.).

También anotó que las actuaciones de la autoridad minera delegataria gozan *“de presunción de legalidad conforme a las normas que regulan la situación fáctica presentada”* (f. 205 ib.).

4. Intervención de la Defensoría del Pueblo como coadyuvante.

En escrito de mayo 31 de 2010, el Defensor Regional del Cauca, actuando como coadyuvante de los accionantes, solicitó *“el amparo constitucional a los derechos de los Mineros de Suárez, incluidos los directivos afectados con el desalojo”*, al considerar (fs. 218, 219 y 224 cd. inicial):

“El título Minero BFC-021 fue expedido al señor Héctor Jesús Sarria sin haberse agotado el procedimiento de consulta previa y cuya realización no tiene excepciones, amparándose en un concepto de la Oficina Jurídica del Ministerio de Minas y Energía, con el cual... se auto exonera, sin fundamento legal y constitucional alguno para tal efecto.

... ..

Como si lo anterior fuera poco, en el trámite de otorgamiento del Título Minero al señor Héctor Jesús Sarria se incorporó y usó, como se anticipó en este escrito, un documento público en el cual se hizo constar que en el área del proyecto no existía población indígena ni población negra y que la población negra más cercana se encuentra a 19 kilómetros, es decir en otro municipio del Cauca.

La verdad es que a escasos 50 metros, se encuentra otra población afro, la del Corregimiento de Mindala y por supuesto la del Corregimiento de La Toma, el más grande y el más poblado del municipio de Suárez, con el 100% de la población afro.

De lo anterior se infiere que en el precitado documento se incurrió en una falsedad, que invisibilizó la existencia notoria y ancestral (desde 1635) de población afrodescendiente y facilitó el pretermitir, en la etapa de concesión, normas de inexcusable cumplimiento para el Estado colombiano.”

Así, indicó que el señor Sarria *“no puede, como se hizo en la certificación ocultar una realidad y, en... lugar de rectificar el error, se aprovecha de él y plantea una perturbación del Título Minero y solicita un amparo administrativo por una presunta perturbación... cuando es un hecho notorio que allí se ejerce la minería en forma ancestral, es decir que la explotación minera es anterior al Título Minero de Héctor Jesús Sarria y anterior a la expedición de la Ley 685 de 2001”* (f. 220 ib.).

Expresó que Instituto Colombiano de Geología y Minería *“para no entrar en contradicciones con su propia certificación produce el amparo administrativo y ordena el desalojo... pero ni el señor Sarria ni el Estado repararon que el Código Minero contempla la autorización, con el plazo improrrogable de 2 años, que aún no se vence, para que mineros, como los de Suárez Cauca presenten propuesta de contrato de concesión para legalizar explotaciones*

sin título minero y, efectivamente, durante la audiencia pública del 26 de mayo de 2010, se informó la radicación de la solicitud de legalización LEQ-11271, que incluye el área afectada por el título del señor Héctor Jesús Sarria” (f. 220 ib.).

También anotó (f. 221 ib.): *“Retomando las consecuencias de la radicación para legalización de explotaciones Mineras, radicada por la Cooperativa de Mineros de Suárez, la primera sería la imposibilidad de cumplir con las medidas decretadas por el señor Juez Primero Administrativo de Popayán, por ser las mismas que el Código Minero ordena suspender hasta que la autoridad minera adopte las decisiones a que haya lugar.”*

Así, pidió ordenar al alcalde de Suárez abstenerse de cumplir su propio acto y que *“Héctor Jesús Sarria y la Cooperativa de Mineros de Suárez que agrupa a los mineros vinculados a la orden de desalojo y éstos mismos, se sujeten a lo que resuelva la autoridad minera, conminando a esta última a no desatender, como lo ha hecho hasta ahora, los compromisos internacionales y nacionales del Estado colombiano, en este escrito resaltados, en especial en lo que atañe a la consulta previa” (f. 224 ib.).*

A dicho escrito anexó la *“Constancia de Radicación por Internet”*, solicitud LEQ-11271 de mayo 26 de 2010, realizada por la Cooperativa de Mineros de Suárez, donde se anota que vienen adelantando trabajos mineros en forma continua desde antes de la vigencia de la Ley 685 de 2001 (f. 225 ib.).

5. Instituto Colombiano de Geología y Minería.

La Coordinadora del Grupo de Trabajo Regional de INGEOMINAS, mediante escrito presentado en mayo 31 de 2010, solicitó que se niegue la acción impetrada, indicando que *“el proceso de consulta previa es competencia del Ministerio del Interior y de Justicia”*; agregó que *“el accionante tiene una vía idónea para la defensa de los derechos que presuntamente le fueron vulnerados y muy especialmente para controvertir la legalidad del acto administrativo que otorgó la licencia de explotación... esto es, las acciones contempladas en los artículos 84... y 85... del Código Contencioso Administrativo, con el fin de resolver la legalidad o no del acto administrativo que concedió”* dicha licencia (fs. 247 y 257 cd. inicial).

Además, allegó las siguientes copias:

1. Resolución N° 3-062-2000 expedida en noviembre 15 de 2000, por Minercol Ltda., *“por medio del cual otorga una licencia de explotación”* al señor Héctor Jesús Sarria (fs. 261 a 264 ib.).

2. Resolución GTRC-0066-09 realizada por el Grupo de Trabajo Regional de INGEOMINAS en abril 28 de 2009, *“por medio del cual se resuelve un amparo administrativo dentro de la licencia de explotación BFC-021”*, y donde se ordenó *“la inmediata suspensión de las actividades de explotación*

que adelantan los señores: Jairo Ortiz, Germán Ortiz, Arlex González, Eliomar Lucumí, Daniel Lucumí, Bonifacio Lucumí, Mesías Guaza, Eusebio Lucumí y Leonel Lucumí y cualquier otra persona dentro del área de la licencia de explotación” (fs. 293 a 297 ib.).

6. Juzgado 1° Administrativo del Circuito de Popayán.

En junio 3 de 2010, el respectivo Juez manifestó que *“la accionante de tutela en ningún momento cuestiona la decisión tomada por el despacho a mi cargo... y no podía ser de otra forma toda vez que lo que este Despacho decidió representa una decisión en derecho”* (f. 333 cd. inicial).

Indicó que *“el Alcalde de Suárez omitió dar cumplimiento a lo ordenado por INGEOMINAS y CRC”*, respecto a la solicitud de octubre 9 de 2009, de suspender la explotación minera ilegal de oro. Además, el Comandante del Departamento de Policía del Cauca, en octubre 14 siguiente, también le pidió *“al Alcalde que le indique la fecha y hora exacta para realizar la diligencia de desalojo a los perturbadores del área de explotación contenida en la licencia BFC-021”*. Empero, *“hasta la presentación de la demanda de cumplimiento, el Alcalde no había cumplido con lo ordenado en los actos administrativos”* (f. 335 ib.).

Agregó que INGEOMINAS procedió *“previo un estudio del asunto ya que la comunidad más cercana está ubicada a 18 kilómetros de distancia. Lo que permitió inferir que el área objeto de explotación no se encontraba dentro del ámbito territorial y que los mineros ilegales se trasladan al área objeto de título... para explotar el mineral realizando una evidente invasión”* (f. 344 ib.).

Aclaró que para que las comunidades afrodescendientes realicen explotación minera en sus territorios, *“las mismas deben respetar lo dispuesto en el Código de Minas que rige también para ellas”* (f. 345 ib.).

En consecuencia, puntualizó el Juez que la acción de cumplimiento prosperó a favor de Héctor Jesús Sarria, en contra de la Alcaldía de Suárez, Cauca, ordenando el cumplimiento de los actos administrativos expedidos por INGEOMINAS y por la Corporación Autónoma Regional del Cauca, al considerar (fs. 346 y 347 ib.):

“No hubo en el expediente prueba alguna que permitiese demostrar que el área delimitada dentro del título BFC-012 objeto de conflicto se encontrase zonas mineras de comunidades negras o mixtas, y menos aún, que las mismas hubieran hecho uso del derecho de prelación que les asiste.

En este orden de ideas, para el caso examinado el juez de cumplimiento consideró que la autoridad administrativa local no podría escudarse en sus argumentos para continuar permitiendo la

explotación minera ilegal ya que, de ser así, no tendría ningún valor lo determinado por la autoridad minera y ambiental en su momento.”

Frente a la consulta previa, señaló que *“el Juez de cumplimiento no se introdujo en el tema del derecho de consulta... por cuanto a este despacho llega el asunto cuando ya hace bastante tiempo el título BFC-021 ha sido concedido al señor Sarria por parte de INGEOMINAS. De otra parte, no corresponde a este despacho cuestionar la legalidad de un título por cuanto el mismo responde a un acto administrativo que se encuentra en firme, y si existía una situación anómala, ello no fue puesto en evidencia”* (f. 352 ib.).

Con dicho escrito incluyó el fallo de la acción de cumplimiento, expediente 20090052900, emitida en marzo 15 de 2010 por dicho despacho judicial.

7. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

En junio 4 de 2010, el apoderado de esa cartera pidió negar lo solicitado, *“absteniéndose de proferir amparo en contra... por no ser parte de la relación administrativa”*, ni quien *“ambientalmente cumple funciones locales de policía (lo es la Corporación Autónoma o el Municipio), no entra el Ministerio a negar, rechazar o confirmar ningún hecho expuesto por la accionante en esta demanda”* (fs. 378 y 380 cd. inicial).

B. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal, mediante providencia de junio 4 de 2010, no concedió la tutela, argumentando inexistencia de *“argumentos probatorios suficientes para pregonar que se haya incurrido en una afectación evidente del derecho fundamental al debido proceso”* (fs. 400 y 401 ib.).

Igualmente indicó que el *“mecanismo del amparo constitucional”*, no es el *“espacio propicio para debatir la legalidad de los actos administrativos cuestionados”*, dado *“su carácter subsidiario y residual”* (f. 401 ib.).

Por otra parte, señaló *“en relación con la solicitud para que no se cumplan las medidas adoptadas por el Juzgado Administrativo, dada la radicación que ha presentado la Cooperativa de Mineros de Suárez Cauca, para la legalización de explotaciones mineras, debe indicarse que del propio contenido del artículo 12 del Código de Minas, se extracta que las mismas deben intentarse sobre áreas que se encuentren libres para contratar, y en este evento, ello choca, precisamente, con la Resolución BFC-021 de INGEOMINAS que concedió licencia para explotación al señor Héctor Jesús Sarria la cual ha sido objeto de posteriores reafirmaciones a través del amparo administrativo concedido a su favor”* (f. 401 ib.).

Frente a la sentencia del Juzgado 1° Administrativo de Popayán, que “*se está solicitando que se inaplique, fue dictada previo el cumplimiento de un trámite que no se ha cuestionado y que tiene el recurso de impugnación... sin que se hiciera uso del mismo*” (f. 402 ib.).

Finalizó expresando que “*en este caso, no se ha acreditado un perjuicio irremediable que justificara el estudio de la medida como mecanismo transitorio*” (f. 402 ib.).

C. Impugnación.

1. Mediante escrito de junio 17 de 2010, la señora Francia Elena Márquez Mina impugnó el fallo relacionado, manifestando (f. 451 ib.):

“El Ministerio del Interior quien está certificando que al interior del título solicitado por el señor Sarria no hay presencia de estos grupos étnicos, toda vez que la solicitud de concesión del señor Sarria no corresponde a La Toma sino que está situado exactamente en la vereda El Tamboral, quebrada La Turbina de este mismo Municipio.

Es el mismo Ministerio de Minas quien está certificando que la explotación minera o licencia para explotación de yacimiento aurífero se encuentra ubicado en el Municipio de Suárez, Vereda El Tamboral, por lo tanto resulta improcedente y violatorio de los derechos fundamentales aquí invocados porque el amparo administrativo de INGEOMINAS y la acción de cumplimiento proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Popayán pierde toda objetividad jurídica ya que van dirigido a la vereda La Toma cuando el título y los derechos que tiene el señor Sarria fueron concedidos... en la Vereda El Tamboral.

El Ministerio del Interior certifica equívocamente que en el área de influencia del proyecto no hay comunidades negras, pero la defensoría del pueblo pudo apreciar directamente que a menos de 50 metros se encuentra comunidades afrocolombianas.”

Concluyó anotando que “*si en el peor de los casos aceptáramos que no existen comunidades negras, ni comunidades indígenas, en el área de influencia del proyecto como lo afirman ustedes en el fallo de primera instancia y el Ministerio del Interior, certificó en el mes de junio, que no hay presencia ni trabajo de comunidades negras en la zona y resulta inaceptable que en este mismo año el Ministerio de Minas a través de INGEOMINAS le conceda un amparo administrativo al señor Jesús Sarria porque supuestamente las comunidades negras tienen presencia y trabajan en la zona*” (f. 452 ib.).

2. En junio 15 de 2010, el Defensor Regional del Pueblo del Cauca, actuando como coadyuvante de los actores, solicitó revocar la sentencia de primera instancia, al estimar (fs. 439 y 440 cd. inicial):

“La Sala de Decisión no consideró el tema de la Consulta Previa como decisivo para otorgar el amparo deprecado, porque ignoró los medios de prueba que daban cuenta de la existencia de comunidades negras en el corregimiento de La Toma y lo que no es menos grave, ignoró la invocación de un hecho notorio como lo es la existencia de comunidades afro descendientes en el municipio de Suárez Cauca y en particular en el corregimiento de La Toma y le dio pleno valor a una certificación que fue cuestionada ante sus autores, en audiencia pública la cual asistió la Defensoría... y sus autores no podían defenderla, estando la comunidad que ellos invisibilizan sentados frente a ellos, por eso llegaron a la expresión... que no había problema porque la Consulta Previa era para la etapa de exploración.”

Expuso que *“si se lee, en forma cuidadosa, lo expuesto por la apoderada del señor Sarria..., está afirmando que existe un área de influencia del proyecto minero claramente determinada y que después de ésta, a 18 kilómetros se encuentra la población afro descendiente”,* y agregó (f.444 ib.):

“Ni lo uno, ni lo otro. No está determinada un área de influencia del proyecto Minero, ni la población afro se encuentra a 18 kilómetros del área de influencia, está en el proyecto en el sector de la Carolina y en el área de influencia del Proyecto, de manera ancestral desde los años 1600.

Está probado fuera de toda duda razonable que el sector de la Carolina forma parte del corregimiento de La Toma y que, en el Corregimiento de La Toma existe una Consejo Comunitario de Población Afrodescendiente, cuya jurisdicción no se agota antes de llegar al sector de la Carolina y que la población que ese Consejo presenta debe ser consultada previamente si se va adelantar un Proyecto Minero o cualquier otro que pueda incidir en el Plan de Vida de la comunidad tribal o negra.”

Señaló que se pide conceder el amparo *“con el fin de permitirle a la Autoridad Minera que, sin evadir la consulta previa determine los derechos de los mineros tradicionales y los concilie con los del señor Sarria, si el señor... ha cumplido sus compromisos con el Estado derivados del otorgamiento del título minero”* (f. 446 ib.).

Según concluyó el Defensor, el *a quo* pasó por alto el medio de prueba allegado al escrito de coadyuvancia, en el cual *“la Cooperativa de Mineros de Suárez que agrupa a todos los mineros de la región y a los sujetos pasivos de la orden de desalojo, presentada bajo el amparo de la Ley 1382 de 2010, y*

omitió la lectura del artículo 12 que prescribe lo expuesto y que digámoslo con claridad, lo ordenó el legislador con el fin abrir un cauce jurídico para enmendar los errores cometidos por el Gobierno Nacional en la expedición de un título minero en zona indígenas y afro, como el expedido al señor Sarria bajo el número BFC-021, en el sector La Carolina del corregimiento La Toma, es decir en la jurisdicción del Consejo Comunitario de Población Afrodescendiente del corregimiento” (f. 447 ib.).

D. Sentencia de segunda instancia.

Mediante sentencia de julio 22 de 2010, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal de Decisión de Tutelas N° 2, confirmó el fallo impugnado denotando que respecto de la decisión administrativa tomada frente a la Resolución N° 2864-3-30 de abril 20 de 2010, expedida por el Alcalde de Suárez, los demandantes tienen la posibilidad de ejercer *“la acción de nulidad en cualquier tiempo, o de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término legal otorgado para el efecto”*, en ambos casos pudiendo solicitar la suspensión provisional de dichos actos, por lo cual adujo que *“al contar con medios ordinarios de defensa idóneos para controvertir las decisiones administrativas... la acción de tutela es improcedente de conformidad con el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991”* (f. 17 cd. 2).

En tal sentido, anotó que *“otro aspecto que impide conceder el amparo temporal de las garantías invocadas, lo constituye el actual trámite de la solicitud de concesión minera LEQ-11271 que el 26 de mayo de 2010 radicó la Cooperativa de Mineros del municipio de Suárez para la explotación de minerales... por consiguiente, en desarrollo de ese trámite serán definidos los derechos económicos y de carácter litigiosos que les puede asistir en el área de explotación de BFC-021”* (f. 23 ib.).

Frente a la consulta previa, indicó la Sala Penal que en agosto 21 de 2009, el señor Sarria desistió de dicho proceso; no obstante, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, en oficio de septiembre 29 siguiente, le comunicó a Héctor Jesús Sarria *“la necesidad de coordinar y programar... proceso de apertura y socialización del proyecto con la comunidad asentada en el corregimiento de La Toma; circunstancia que impide atribuirle actuaciones omisivas a ese Ministerio, máxime cuando desde un comienzo advirtió la presencia de comunidades negras pero en una distancia de 18 kilómetros del área de explotación autorizada”* (f. 23 ib.).

Por último, refirió que el fallador de primera instancia acertó al estimar que *“cualquier reparo respecto de lo decidido por el Juzgado 1° Administrativo Laboral del Circuito de Popayán en la acción de cumplimiento de Héctor Jesús Sarria contra el Alcalde del municipio de Suárez, debió formularse en ejercicio del recurso de impugnación al tenor de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 393 de 1997. Actuación en la que estaba facultado el Defensor del Pueblo”* (f. 24 ib.).

E. Pruebas ordenadas por el Magistrado sustanciador.

1. Mediante auto de noviembre 30 de 2010 (fs. 38 y 39 cd. Corte Constitucional), se dispuso vincular a la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CRC) y se le pidió que informe, complemente y/o contradiga lo que estime del caso, y aporte las pruebas que considere necesarias dentro de esta acción de tutela.

Frente a esto, la CRC, en diciembre 3 de 2010, indicó que mediante Resolución N° 366 de septiembre 21 de 2009, se otorgó licencia ambiental al señor Héctor Jesús Sarria; no obstante, aclaró que a través de Resolución N° 198 de junio 17 de 2010, *“suspendió los efectos jurídicos”* de la Resolución que otorgó dicha licencia ambiental y *“requirió al señor Sarria para que subsanara el deber legal y constitucional de realizar la consulta previa”*, ante lo cual el señor Sarria, en julio 8 de 2010, interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, que la CRC rechazó, porque el acto administrativo que suspendió la licencia no admite recurso alguno, de conformidad con el artículo 49 del C. C. A. (fs. 49 y 50 ib.).

Agregó que Héctor Jesús Sarria presentó entonces acción de tutela *“por violación al debido proceso y a la defensa, la cual fue fallada por el Juzgado 6 Administrativo del Circuito de Popayán”* a favor del accionante; empero, la CRC impugnó tal fallo, expresando que dicha corporación *“no le extinguió, ni modificó... los derechos al señor Héctor Sarria, pues dicho requerimiento se orientó a ordenar al beneficiario de la licencia, que subsanara la omisión de la consulta previa y una vez sub sanado... la CRC levantaría la suspensión. A la fecha de este oficio, el señor... no ha cumplido con el requisito constitucional y legal”* (f. 50 ib.). Sin embargo, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca confirmó ese fallo impugnado.

Finalizó refiriendo que *“no entiende la Corporación como en primera y en segunda instancia, se toma la determinación de proteger una actuación inconstitucional del tutelante, cual es la de omitir realizar la consulta previa, y más aún si se tiene en cuenta que se trata de un municipio caucano con alto porcentaje de comunidades afrodescendientes, lo cual indica que... es menester y conveniente, tutelar y proteger los derechos incoados por la comunidad, por cuanto se pone en riesgo la autonomía e integridad cultural de sus componentes y su derecho al trabajo en forma digna y al amparo de las normas ambientales”* (f. 51 ib.).

2. Adicionalmente, se ofició al Instituto Colombiano de Geología y Minería para que informara y explicara la solicitud LEQ-11271 de mayo 26 de 2010, realizada por la Cooperativa de Mineros de Suárez, en la cual probablemente se acredita que viene adelantando trabajos mineros en el corregimiento La Toma de esa población en forma continua, desde antes de la vigencia de la Ley 685 de 2001.

El Director General de INGEOMINAS en diciembre 2 de 2010, señaló que *“revisando el sistema de información... el expediente físico LEQ-11271, se pudo constatar que el mismo corresponde a una solicitud de legalización de minería tradicional a nombre de la Cooperativa de Mineros de Suárez, para la explotación minera de un yacimiento de minerales de oro y sus concentrados ubicados en jurisdicción del municipio de Suárez, departamento del Cauca”* (f. 46 ib.).

Aclaró que el derecho a explorar y explotar minas de propiedad del Estado, se *“podrá constituir, declarar y probar”* mediante un contrato de concesión minera, siendo explotador ilegal el que no tiene dicha concesión debidamente otorgada y carece de la licencia ambiental respectiva (f. 46 ib.).

Indicó, en cuanto al programa de legalización de explotación de yacimientos, que la Ley 1320 de 2010 estableció que el explotador tradicional tiene *“la posibilidad de acogerse a dicho programa mediante la presentación de una solicitud de legalización de minería, ostentando así prerrogativas que no le son atribuibles ni al explotador ilegal que omitió solicitar la legalización, ni a quien presente una propuesta de contrato de concesión, entre ellas, la posibilidad de continuar explotando sin el respectivo título minero, hasta tanto no se resuelva su solicitud de legalización minera”* (f. 47 ib.).

Concluyó que la petición de *“legalización LEQ-11271, se encuentra en trámite vigente en el Grupo de Legalización de Minería... dependencia que reportó que se encuentra con el propósito de realizar auto mediante el cual se requiera a los titulares de dicha solicitud, para que alleguen la documentación de que trata el artículo 4° y 5° del Decreto 2715 del 28 de julio de 2010, dado que la solicitud fue presentada con anterioridad a la expedición de la mencionada norma, para así poder realizar la correspondiente evaluación técnica y jurídica a la solicitud, en la cual se determinará su viabilidad”* (f. 48 ib.).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Afirmaron los actores que se otorgó al señor Héctor Jesús Sarria la concesión para la explotación dentro de territorios que les corresponden, sin que mediara consulta previa alguna, en cuanto no se informó ni consultó a la comunidad directamente afectada.

Tercera. La protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de comunidades como los afrodescendientes.

La carta política acoge la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7°), principio fundamental proyectado desde el carácter democrático, participativo y pluralista de la República. Las comunidades afrodescendientes, como conjuntos de familias que comparten sentimientos de identificación con su pasado y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional (D. 2001 de 1988, art. 2°), gozan de un rango constitucional especial.

Además debe acatarse lo dispuesto en el artículo 13 superior, sobre la igualdad que el Estado tiene la obligación de hacer real y efectiva, existiendo claras referencias sobre los derechos de los grupos étnicos minoritarios (cfr. artículos 10°, 68, 72 y 176), incluidas las comunidades afrodescendientes¹.

Los derechos de los afrodescendientes están desarrollados con mayor amplitud en el artículo 55 transitorio de la carta, donde se dispuso que dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la Constitución, el Congreso de la República debía expedir una ley cuyo propósito fundamental fuera reconocer *“a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley”*.²

Así, la Ley 70 de 1993, dictada en desarrollo de dicho artículo 55 transitorio de la Constitución, desarrolló instrumentos para asegurar el amparo de *“la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico”*³. También se propuso fomentar *“el desarrollo*

¹ La Ley Estatutaria 649 de 2001 desarrolló el tema de las circunscripciones especiales para la elección de miembros de la Cámara de Representantes, incluyendo lo relativo a dos curules reservadas para miembros de las comunidades afrocolombianas.

² En dicho artículo se indicó que la ley debía prever *“mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social”*. En su parágrafo primero se señaló que lo consignado en el artículo transitorio podía ser aplicado a otras zonas del país que presentaran *“similares condiciones, por el mismo procedimiento y previo estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista”*.

³ En Auto 005 de enero 26 de 2009, M. P. José Manuel Cepeda Espinosa, esta Corte recordó que dentro del conjunto de garantías previstas en la Ley 70 de 1993, está *“la propiedad colectiva de las comunidades negras (arts. 3 a 18)... mecanismos para asegurar los usos sobre la tierra y la protección de los recursos naturales sobre las áreas a las que se refiere la Ley (arts 19 a 25), así como la protección y participación de las comunidades negras frente a la explotación y expropiación de recursos naturales no renovables (art. 26 a 31). // De igual forma, la Ley contempla diferentes mecanismos para el desarrollo de la identidad cultural de dichas comunidades, entre otros, ‘el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales’ (art. 32); la obligación del Estado de sancionar y evitar ‘todo acto de intimidación, segregación, discriminación o racismo contra las comunidades negras (...)’ (art. 33); la exigencia de que se adopten ‘medidas que permitan a las comunidades negras conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a la educación y la salud, a los servicios sociales y a los derechos que surjan de la Constitución y las Leyes’ (art. 37); el derecho de disponer de ‘medios de formación técnica, tecnológica y profesional que los ubiquen en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos’, los cuales ‘deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de las comunidades negras’ (art. 38); el deber del Estado de apoyar ‘mediante la destinación de los recursos necesarios, los procesos organizativos de las comunidades negras con el fin de recuperar, preservar y desarrollar su identidad cultural’ (art. 41).”*

económico y social”, a fin de que las comunidades afrodescendientes alcanzaran “*condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana*”.⁴

Igualmente, el artículo 3° de la referida Ley enumera los principios que la sustentan, los cuales son: (i) el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural, y el derecho a la igualdad de todas las culturas que forman la nacionalidad colombiana; (ii) el respeto a la integridad y a la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras; (iii) la participación de las comunidades negras y sus organizaciones, sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley; y (iv) la protección del medio ambiente, atendiendo las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza⁵.

Por otra parte, el derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios que tales comunidades habitan, reviste importancia esencial para la cultura y los valores espirituales, que es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso colombiano⁶, donde se resalta la especial relación de esos conglomerados étnicos con su entorno, no sólo por encontrar allí su principal medio de subsistencia, sino porque constituye un elemento integrante de su cultura, costumbres y tradiciones, habiendo resaltado el constituyente la importancia cardinal del derecho de dichas comunidades sobre el territorio.

Teniendo en cuenta que en la explotación de recursos naturales en las áreas tradicionalmente habitadas por esas comunidades, deben hacerse compatibles los deberes de protección ambiental con la defensa de la integridad social, cultural y económica de los pobladores, en su pervivencia como grupo humano y como cultura, esta Corte ha realizado la protección debida a tales pueblos y, de manera muy especial, ha considerado que su derecho a ser previamente consultados tiene carácter fundamental.⁷

Además, la Corte ha reconocido que los derechos fundamentales de las comunidades étnicas minoritarias, que son un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de individuos que comparten los mismos derechos o intereses difusos o agrupados, no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos.⁸

⁴ El artículo 2° de la precitada precisó, entre otros aspectos: “5. *Comunidad negra. Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación compo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos. // 6. Ocupación colectiva. Es el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para su uso colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción. // 7. Prácticas tradicionales de producción. Son las actividades y técnicas agrícolas, mineras, de extracción forestal, pecuarias, de caza, pesca y recolección de productos naturales en general, que han utilizado consuetudinariamente las comunidades negras para garantizar la conservación de la vida y el desarrollo auto sostenible.*”

⁵ Cfr. T-909 de diciembre 7 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

⁶ Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989.

⁷ Cfr. SU-039 de febrero 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell, y T-769 de 2009, ya citada.

⁸ Cfr. T-769 de 2009, anteriormente referida.

Como ha expuesto este órgano judicial, en el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, que da lugar a acudir a la acción de tutela, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos, mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.⁹

Cuarta. La consulta previa. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo con la jurisprudencia¹⁰, en el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (arts. 7° y 70 Const.) y en el contexto de la definición de Colombia como república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (art. 1° ib.), la Constitución otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan.

Esta especial protección implica un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que sean identificados, participativamente, los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales que habitan el país. Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave en la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas en la medida de lo posible.

Así, los procesos de consulta, que constituyen una específica forma de participación democrática, se encuentran regulados en el artículo 330 superior, con un sustento adicional en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, aprobado por Colombia mediante Ley 21 de 1991, el cual fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todo el mundo, siendo preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de tales pueblos son permanentes y perdurables, dado el interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado¹¹.

En fallo C-030 de enero 23 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, se precisó:

“En el marco del reconocimiento de ‘... las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus

⁹ T-380 de septiembre 13 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ Cfr. C-169 de febrero 14 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz; SU-383 de mayo 13 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-620 de julio 29 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-208 de marzo 21 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil; y T-769 de 2009, ya referida.

¹¹ SU-383 de 2003, antes referida.

identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven ...¹², el Convenio 169 de la OIT señala, en su capítulo de 'Política General', que '[l]os gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.' Agrega el Convenio que dicha acción '... deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida'."

La Corte señaló que el Convenio 169 tiene especial connotación y desarrollo en el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la participación en la adopción y la aplicación de las decisiones que los afectan, aspecto que está previsto en distintas disposiciones del Convenio y que, de manera general, se desarrolla en sus artículos 6° y 7°, que enfatizan la necesidad de que, para la aplicación de sus preceptos, se asegure la participación de las comunidades, se establezcan mecanismos adecuados de consulta, se adelanten procesos de cooperación y se respete el derecho de estos pueblos a *"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"*¹³.

De este modo, es posible apreciar que en el marco del precitado Convenio, surgen dos grandes grupos de compromisos para los Estados signatarios. El primero, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales, de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere *"a su relación con las tierras o territorios, a las condiciones de trabajo, a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales, a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras"*¹⁴. El segundo alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas, que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.

¹² "Preámbulo del Convenio 169 de la OIT"

¹³ Convenio 169, artículo 7.

¹⁴ C-030 de 2008, ya citada.

Igualmente, el Convenio se refiere de manera expresa a los compromisos de los Estados signatarios, orientados a que, en su aplicación, se garanticen los espacios de participación y consulta compatibles con su objetivo central, aspecto que, de manera general, es desarrollado en el artículo 6° del Convenio en los siguientes términos:

“Artículo 6

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

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

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

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

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

Cabe distinguir en la anterior disposición, dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: en primer término, la obligación contenida en el literal b) de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. En segundo lugar, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

Cuando se adopten medidas en aplicación del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos merecedores de especial tratamiento: (i) el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les competen, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación; (ii) el que corresponde a las medidas administrativas o

legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto el deber de consulta.

Por otra parte, en cuanto al derecho general de participación, cabe señalar que el Convenio se orienta a garantizar a los pueblos interesados “*unas oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están a disposición de otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan*”¹⁵.

Lo anterior encuentra asidero adicional en el artículo 1° de la Constitución, en torno a la democracia participativa; el mandato general contenido en el artículo 2°, conforme al cual debe promoverse la participación de todos en los asuntos que los afecten; y el artículo 13 que dispone una garantía general de igualdad que proscribire toda forma de discriminación y consagra el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados.

En la precitada sentencia C-030 de 2008, se señaló que todos los colombianos:

“... incluidos los pueblos indígenas y tribales, en igualdad de condiciones, tienen derecho, al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Carta, a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y tienen a su disposición los instrumentos de participación que se han previsto en el artículo 103 del mismo ordenamiento, no sólo los que corresponden a los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía –el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato- sino también los que surgen de la posibilidad, prevista en el inciso segundo del artículo 103, de articularse libremente, con el apoyo del Estado, para la promoción de sus intereses, en asociaciones que tengan por objeto constituir mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.”

Frente a lo anterior, es claro que la consulta previa es uno de los medios de participación aptos para alcanzar la inclusión de dichas comunidades.

En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, esta Corte ha expresado que es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades étnicas minoritarias de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación cultural; cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección

¹⁵ C-461 de mayo 14 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

por medio de la acción de tutela, en razón a la importancia y significación para la defensa de la identidad e integridad social y a su condición de mecanismo de participación¹⁶.

Así, en sentencia C-418 de mayo 28 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, se puso de presente:

“El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos¹⁷. Ahora

¹⁶ C-208 de marzo 21 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ “Sentencia T-652 de 1998 que pone de presente la unificación jurisprudencial que en cuanto al tema del bloque de constitucionalidad que integra el convenio 169 de la OIT con el artículo 40 –2 de la Constitución, de conformidad con los artículos 93 y 94 de la Constitución, formuló la Sentencia SU 039 de 1997. En esta sentencia se puntualiza: // ‘Diferentes normas del mencionado convenio apuntan a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios’, así: // ‘**Artículo 5º.** Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: // a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; // b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; // c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo’ // ‘**Artículo 6º.** 1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: // a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; // b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. // c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin // 2.- Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas’ // ‘**Artículo 7º.:** 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’. // ‘**Artículo 15.** 1. Los derechos de los pueblos interesados en 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 // 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades’ // ‘Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: // a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. // b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. // c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la

bien corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado.”

Igualmente, la Corte Constitucional puntualizó frente a los rasgos especiales del derecho de participación de la consulta previa, que *“constituye un instrumento 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”*¹⁸.

Adicionalmente, en la sentencia C-208 de 2007, se estableció que el Estado tiene la obligación de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, por *“expresión concreta de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios”*.

Así mismo, en la precitada sentencia C-030 de 2008 se fijaron tres aspectos en torno al alcance y al contenido del deber de consulta previa:

i) La consulta, resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Igualmente, no todo lo concerniente *“a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población”*.

De lo anterior, se concluyó que *“en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”*.

convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada’. // ‘Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.’ // ‘En todo caso deben arbitrase los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.’”

¹⁸ Sentencias T-188 de mayo 12 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-342 de julio 27 de 1994 y SU-039 de febrero 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

ii) Frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso aclarar que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse la flexibilidad que sobre el particular consagra ese instrumento y el hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, *“lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar”*.

Al respecto, cabe anotar que el procedimiento de consulta no queda librado completamente a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales y que, tal como *“se estableció por la Corte en relación con el Decreto 1320 de 1998, cuando dicho procedimiento no se sujete a las previsiones del Convenio 169 y a las disposiciones constitucionales, se puede disponer su inaplicación¹⁹”*.

Se indicó también²⁰ que la consulta es una relación de comunicación y entendimiento, signada por el mutuo respeto y la buena fe, entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, tendientes a buscar²¹:

¹⁹ *“En la Sentencia SU-383 de 2003 la Corte puso de presente que ‘por haber expedido el Decreto 1320 de 1998 sin recurrir a la consulta previa y debido a que la consulta que la norma diseña no se ajusta a los dictados del Convenio 169, las reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y por la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo fueron admitidas por el Consejo de Administración por recomendación de la Mesa –276ª y 277ª reuniones- y culminaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998’.”*

²⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia de noviembre 28 de 2007, al resolver el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, manifestó que *“al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka 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. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.”* Cfr. T-769 de octubre 29 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

²¹ C-616 de junio 13 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, donde además se lee: *“El legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del artículo 93 de la Constitución, uno de los cuales es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para lo cual*

- “a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.*
- b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.*
- c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.”*

Igualmente, sobre el alcance de la consulta se destacó en este mismo fallo:

“Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.”

Sobre la misma materia, en fallo C-891 de octubre 22 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, esta Corte presentó los criterios contenidos en la *“Guía para la Aplicación del Convenio 169”*, elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático:

deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas, en este caso la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.”

“Esto significa que, al consultarlos, los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos. En fin, el Convenio establece claramente cuándo las consultas son obligatorias.”

De lo anterior, se puede concluir que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos que sean de su iniciativa, que deberá desarrollarse en una *“Mesa Permanente de Concertación”*, con cada uno de los pueblos y organizaciones indígenas y afrodescendientes que se encuentren afectados²², creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estime pertinente, para definir en ese escenario cuáles serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados; también la entidad encargada debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la realización de la consulta y del acta, *“las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso”*.

Así, la Corte expresó que ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el acta de formalización de la consulta, su texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, avanzada la ilustración de tales grupos sobre su alcance y abiertos los escenarios de discusión que sean apropiados.

iii) Finalmente, en cuanto a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta, esta corporación precisó que generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control, a través de las respectivas instancias internacionales.

Sin embargo, como el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integra a la Constitución y, específicamente, *“ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica”*, la omisión de la consulta en aquellos asuntos en los que la misma resulte imperativa a la luz del Convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

²² C-461de 2008, ya referida.

En consecuencia, es importante resumir que la consulta previa se realiza, i) cuando se adopten medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a las comunidades étnicas²³; ii) antes de realizarse cualquier exploración o explotación de minería o de otros recursos naturales, que se encuentren en las tierras de dichas comunidades²⁴; iii) cuando sea necesario trasladar las comunidades nativas de sus tierras a otro sitio²⁵; iv) antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigida a dicha población²⁶.

²³ Artículo 6º del Convenio de la OIT 169 de 1989: “... los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

²⁴ Artículo 15 del citado Convenio 169: “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. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en que medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

²⁵ Artículo 16 del Convenio 169: “1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o dado que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.”

Igualmente, el artículo 17 ib. dispone: “1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.”

²⁶ Artículo 27 del Convenio 169 en cita: “1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar. 3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.”

Art. 28 ib.: “1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que

Adicionalmente, en sentencia T-169 de 2001 precitada, se anotó que la consulta previa es obligatoria cuando:

i) se trate de decisiones sobre la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y afrodescendientes; ii) por lo dispuesto en la Ley 70 de 1993: “a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la ‘unidad de gestión de proyectos’ que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58). Además, la mencionada ley establece, en su artículo 44, que como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley.”

Igualmente, en el Tomo II de los compendios de legislación, jurisprudencia y documentos sobre la consulta previa a grupos étnicos en Colombia, realizados por el Ministerio del Interior y de Justicia en diciembre de 2009, se indicó que además de la buena fe, que es principio rector de la consulta previa, “donde cada uno de los participantes en el proceso debe actuar desde la verdad y la transparencia”, dicho Ministerio desarrolló otros seis, “los cuales fueron recogidos en el documento Estudio de la Dirección de Etnias sobre los efectos en las que en las comunidades indígenas U’wa podría causar el proyecto de exploración sísmica Bloque Catleya, y sobre las condiciones de viabilidad para su realización efectuado en el 2005”, los cuales se resumieron así (no está subrayado en el texto original):

“Debido Proceso: El proceso que se adelante debe efectuarse bajo la coordinación del Gobierno Colombiano y, en la medida de lo posible, es menester:

- *Acordar con las comunidades, sus autoridades y los demás participantes los procedimientos, tiempos, espacios y contenidos del proceso de consulta;*

pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.”

- *Garantizar que las comunidades y sus autoridades, autónomamente escojan a sus representantes;*
- *Construir conjuntamente una metodología culturalmente adecuada para presentar el proyecto o la medida a consultar;*
- *Escuchar los planteamientos realizados por las comunidades; debe garantizarse a las comunidades indígenas que lleven a cabo actividades internas y espacios autónomos de reflexión y decisión.*

Legitimidad: *El Estado debe asegurarse de que los representantes de la comunidad que participen en la toma de decisiones sean los legalmente reconocidos en su estructura organizativa. (Arts. 5° y 6°, Convenio 169 OIT).*

Comunicación intercultural y bilingüismo: *Es menester adoptar estrategias de comunicación provenientes de la cultura de la comunidad a consultar. Cuando sea posible y necesario, debe hacerse traducción a su lengua. (Art. 2° Convenio 169 OIT).*

Información suficiente y adecuada: *El Estado debe suministrar ‘toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiéndolo sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna’ (Sentencia SU-039 de 1997).*

Oportunidad: *La consulta debe realizarse antes de adoptar las medidas o emprender o autorizar el proyecto; los impactos y medidas también deben identificarse dentro del proceso.* (Art. 15 Convenio 169 OIT, Sentencia SU-039 de 1997).

Pluralismo jurídico: *Los principios y procedimientos del derecho propio de la comunidad a consultar hacen parte de las reglas aplicables al proceso. (Art. 8 Convenio 169 OIT, Art. 246 Constitución Política).”*

Además, en el escrito antes mencionado se establecieron los requisitos de forma para realizar la consulta previa en cumplimiento de la Ley 21 de 1991:

- “1. Establecer procedimientos para consultar a los grupos étnicos (art. 15).
2. Realizar las consultas mediante procedimientos apropiados (art. 6°).
3. Realizar las consultas con las instituciones representativas de los grupos étnicos (art. 6°).

4. *Velar porque, siempre que haya lugar, se realicen estudios, en cooperación con los pueblos indígenas, a fin de evaluar el impacto social, espiritual, cultural y ambiental que las actividades previstas puedan tener sobre estos (art. 7°).*
5. *Considerar como criterios fundamentales para la ejecución de los proyectos o programas los resultados de los estudios que se realicen con la participación de los grupos étnicos (art. 7°).*
6. *Fijar los criterios, los términos y las condiciones en que las comunidades indígenas podrán participar en la evaluación de los efectos que ocasione el proyecto (art. 7°).*
7. *Garantizar, cuando sea posible, la participación de los grupos étnicos en los beneficios que reporten las actividades de desarrollo que se realicen en su territorio (art. 15).*
8. *Garantizar la indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (art. 15).”*

En conclusión, este derecho de consulta es susceptible de la tutela constitucional, por cuya vía las comunidades étnicas aludidas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas, y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

Quinta. La exploración y explotación de los recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades étnicas. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política de Colombia, además de reconocer la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículos 1° y 7°), impuso al Estado el deber de proteger sus riquezas, promoviendo y fomentando el desarrollo de todas las culturas, en condiciones de igualdad. A su vez, otorgó carácter oficial a las lenguas y dialectos indígenas y afrodescendientes y destacó el derecho de los integrantes de los grupos étnicos a optar por una formación que respete y desarrolle su identidad; le permitió a sus autoridades influir decididamente en la conformación de las entidades territoriales indígenas, al igual que en la exploración y explotación de los recursos naturales, para que se adelanten sin desmedro de la integridad cultural, social y económica nativa (artículos 8°, 70, 13, 10°, 68, 246 y 330 Const.)²⁷.

En este orden de ideas, los artículos 329 y 330 constitucionales crean ámbitos de confrontación cultural específica, que obligan a las autoridades a redefinir

²⁷ La Corte Interamericana sostuvo en el antes citado caso Saramaka que “la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio ‘que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí’ y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales (supra párrs. 85-96). Sin embargo, el alcance de dicho derecho requiere de una mayor elaboración, especialmente en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros”.

la intervención estatal en los territorios ancestrales de los grupos étnicos, dentro del marco de los principios del derecho internacional que reconocen a las minorías el derecho “*a ser diferentes a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, garantizando de esta manera la pervivencia de la riqueza cultural, que la diversidad étnica de la Nación colombiana comporta - artículos 1º, 7º, 8º, 68, 70 y 246 C.P.*”²⁸.

En sentencia T-380 de 1993, precitada, se consideró que la comunidad indígena ha pasado de ser “*una realidad fáctica y legal*”, para constituirse como sujeto de derechos fundamentales, que no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma, dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace “*a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana*”. Sobre la protección de la referida diversidad, expuso la Corte en la recién mencionada sentencia:

“La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14).”

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo,

²⁸ T-880 de 2006, antes indicada.

respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.

Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución.

La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido - y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo-, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social.”

Así, la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios ancestrales hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.); y asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento²⁹.

Por lo anterior, debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país, al que podría serle provechosa, *prima facie*, la

²⁹ Igualmente, en la misma precitada sentencia de la Corte Interamericana se indicó: “*De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.*”

... ..

Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.”

explotación y exploración de dichos recursos, con la indisponible preservación del medio ambiente, y la protección de la integridad y subsistencia de los grupos étnicos minoritarios³⁰. Así, el constituyente previó en el párrafo del artículo 330 una fórmula de solución al anotado conflicto de intereses, al determinar:

"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."

La exploración y explotación de los recursos naturales en esos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que, como se ha expresado antes, configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Precisamente para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación y exploración de recursos naturales en tal hábitat, la participación de la comunidad en las consideraciones tendientes a autorizar dichas actividades³¹.

De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad, se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho, que también tiene carácter de fundamental (numeral 2° art. 40 Const.), como es el de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

Con fundamento en los artículos superiores 40-2 y 330 (párrafo) y las normas 6 y 7 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, estimó esta Corte que *"la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas"*³², conducentes a procurar, como se indicó en el anterior acápite³³:

³⁰ En la antes referida sentencia sobre el caso Saramaka, se señaló: *"El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros (infra párr. 152). De modo similar, los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir (supra párrs. 82-83 e infra párrs. 144-146). En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los Saramakas."*

³¹ T-769 de 2009, precitada.

³² SU-039 de febrero 3 de 1997, anteriormente citada.

³³ La OIT en el Convenio 169, artículo 15, numeral 2, declaró que *"en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los*

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

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

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

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional, que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de las comunidades indígenas y afrocolombianas.

En todo caso, deben precaverse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

Se incluye también, como aparejada a la consulta, la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de

pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.” Igualmente, el Banco Mundial ha implementado requisitos similares: “*Política Operacional Revisada y Procedimientos del Banco en relación con Pueblos Indígenas (OP/BP 4.10).*” Otros documentos se ocupan de manera más amplia sobre el derecho de una minoría de participar en las decisiones que le afectan directa o indirectamente; así, en la ONU, Comité de Derechos Humanos: “*Comentario General N° 23: Los derechos de las minorías (Art. 27), supra nota 93, párr. 7 (indicando que el goce de los derechos culturales conforme al artículo 27 del PIDCP ‘puede requerir la adopción de medidas positivas legales de protección y medidas que garanticen la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan’; Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General N° 23, Derechos de los Pueblos Indígenas, supra nota 76, párr. 4(d) haciendo un llamado a los Estados a ‘garantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan el mismo derecho con respecto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde una relación directa con sus derechos o intereses sin su consentimiento informado’.*” Cfr. también T-769 de 2009, precitada.

exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como estima que se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.

Sin embargo, es importante precisar que antes de realizarse dicha consulta previa, como ha indicado esta corporación, la autoridad ambiental respectiva supervisará detalladamente la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios nativos, para así verificar, i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas y afrodescendientes en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa autoridad informa al Ministerio del Interior y de Justicia que no se cumple alguno de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior y de Justicia no podrá iniciar la consulta previa³⁴.

Recuérdese que al resolver el caso Saramaka, la Corte Interamericana anotó que *“cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, 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”*. Y realzó que existe diferencia entre *“consulta”* y *“consentimiento”*.

Así, en un estudio que realizó el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, se estableció³⁵: *“Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. Los efectos principales... comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la*

³⁴ Igualmente, se precisó en el precedente Saramaka (no está en negrilla en el texto original): *“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’) 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.”*

³⁵ *“ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, p. 2.”*

destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración y, en algunos casos, abuso y violencia.”

En consecuencia, el Relator determinó que *“es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”*³⁶.

De manera similar, otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala, que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.³⁷

Finalizó la Corte Interamericana puntualizando: *“Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el ‘nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión’. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.”*

Frente a lo anterior, en sentencia T-769 de 2009, precitada, esta corporación aclaró que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo³⁸, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a afrontar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus

³⁶ “ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, párr. 66.”

³⁷ El CEDR ha anotado que *“en cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades”* (no está en negrilla en el texto original). Cfr. Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *“Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003), ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.”*

³⁸ En el artículo 16 del Convenio 169 se indicó: *“1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.”*

tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que, en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.

Se debe también explicar, como se señaló en el acápite anterior, que la consulta debe realizarse antes de adoptar las medidas o emprender o autorizar el proyecto, donde a su vez los impactos y medidas también deben identificarse dentro de dicho proceso.

Así, sin la aprobación de los estudios ambientales y la expedición de la licencia respectiva, por parte de la autoridad técnica competente, no se podrá iniciar la explotación minera. En tal sentido, recuérdese lo determinado en el artículo 85 de la Ley 685 de 2001: *“Simultáneamente con el Programa de Trabajos y Obras deberá presentarse el estudio que demuestre la factibilidad ambiental de dicho programa. Sin la aprobación expresa de este estudio y la expedición de la Licencia Ambiental correspondiente no habrá lugar a la iniciación de los trabajos y obras de explotación minera. Las obras de recuperación geomorfológica, paisajística y forestal del ecosistema alterado serán ejecutadas por profesionales afines a cada una de estas labores. Dicha licencia con las restricciones y condicionamientos que imponga al concesionario, formarán parte de sus obligaciones contractuales.”*

Igualmente, la Ley 99 de 1993 es clara al indicar en su artículo 76 que *“la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”*.

Frente a lo anterior, la Ley 685 de 2001, antes referida, también señaló en los artículos 122 y 130, respectivamente: i) *“La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código.”* ii) *“Las comunidades negras a que se refiere la Ley 70 de 1993 o demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan, para los efectos de este Código, son también grupos étnicos en relación con los cuales, las obras y trabajos mineros se deberán ejecutar respetando y protegiendo los valores que constituyen su identidad cultural y sus formas tradicionales de producción minera. Este principio se aplicará en cualquier zona del territorio nacional donde se realicen los*

trabajos de los beneficiarios de un título minero, siempre y cuando estas áreas hubieren sido poseídas en forma regular y permanente por una comunidad o grupo negro.”

Es importante puntualizar, por otra parte, que las comunidades indígenas y afrodescendientes, tienen un derecho de prelación en las concesiones mineras dentro de sus territorios; la Ley 685 de 2001 lo dispone así:

“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.

ARTÍCULO 125. CONCESIÓN. La concesión se otorgará a solicitud de la comunidad o grupo indígena y en favor de ésta y no de las personas que la integran. La forma como éstas participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones como puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad, se establecerá por la autoridad indígena que los gobierne. Esta concesión no será transferible en ningún caso.

ARTÍCULO 126. ACUERDOS CON TERCEROS. Las comunidades o grupos indígenas que gocen de una concesión dentro de la zona minera indígena, podrán contratar la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes, con personas ajenas a ellos.

ARTÍCULO 127. AREAS INDÍGENAS RESTRINGIDAS. La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.

ARTÍCULO 128. TÍTULOS DE TERCEROS. En caso de que personas ajenas a la comunidad o grupo indígena obtengan título para explorar y explotar dentro de las zonas mineras indígenas delimitadas conforme al artículo 122, deberán vincular preferentemente a dicha comunidad o grupo, a sus trabajos y obras y capacitar a sus miembros para hacer efectiva esa preferencia.

... ..

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.

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.

ARTÍCULO 135. ACUERDO CON TERCEROS. La comunidad o grupos negros que gocen de una concesión dentro de la zona minera de comunidades negras, podrán contratar la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes con personas ajenas a ellos.

ARTÍCULO 136. PROMOCIÓN Y AUTORIDAD MINERA. La autoridad minera cuando se trate de formulación y desarrollo de proyectos mineros en zonas indígenas y de comunidades negras podrá prestar asistencia técnica en materia de exploración, elaboración de los planes mineros y desarrollo de éstos, siempre y cuando dichos proyectos sean adelantados por dichas comunidades. De igual manera, podrá prestar el apoyo correspondiente en materia de promoción y legalización de las áreas.”

De lo anterior se puede colegir: i) antes de empezar la exploración y explotación de un proyecto minero que se encuentre en territorio de las comunidades étnicas minoritarias, se debe desarrollar la consulta previa respectiva con las comunidades que puede ser o llegar a ser afectadas por dicho proyecto; ii) deberá estar aprobado el estudio y expedida la licencia ambiental respectiva, para poder iniciar los trabajos y obras mineras; iii) la autoridad minera deberá tener en cuenta y decidir sobre el derecho de prelación que les atañe a esas comunidades étnicas, de acuerdo con la ley.

Sexta. El caso concreto.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar la prosperidad de la presente acción de tutela, incoada por afrodescendientes del Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, por habersele otorgado al señor Héctor Jesús Sarria una concesión minera para la explotación aurífera, dentro del territorio de su asentamiento ancestral.

En torno a ello, ha de determinarse si en efecto fueron quebrantados, especialmente por omisión de consulta, derechos fundamentales que deban ser tutelados.

6.1. De lo expuesto en los acápite anteriores se deriva que antes de iniciarse la respectiva consulta previa, se debe realizar un proceso pre consultivo, con

las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente que pueda resultar afectada, en el cual se definan las bases del procedimiento apropiado a seguir, respetando las especificidades culturales, para *“establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente... para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos”*.³⁹

En el caso bajo estudio, es claro que no se llevó a cabo debidamente ese proceso participativo en el municipio de Suárez, Cauca, corregimiento La Toma, no obstante que el territorio respectivo *“ha sido habitado y explotado de manera artesanal por las comunidades negras de la zona desde el proceso de esclavización que data aproximadamente de 1636”*, de donde en la actualidad aún se deriva que *“1300 familias obtengan su sustento económico”* (f. 1 cd. inicial).

6.2. En cuanto al proceso de consulta, se reafirma que el Estado debe garantizar a las autoridades de los grupos étnicos minoritarios, directamente la participación y el acceso a la información sobre todo programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que colectivamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto respectivo, con el objeto de que la participación sea activa y efectiva para las comunidades y se salvaguarde la idiosincrasia de los pueblos nativos, para que las decisiones sean adoptadas previa concertación y acuerdo, en la medida de lo posible.

Tal como consta en la demanda de tutela, el señor Héctor Jesús Sarria en reiteradas oportunidades solicitó al Ministerio del Interior y de Justicia certificación acerca de la presencia de comunidades especiales dentro del área de influencia de la licencia BFC-021. Así, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa de dicho Ministerio, atendiendo las peticiones del señor Sarria, en junio 10 y 11 de 2009 *“comisionó al... profesional universitario”*, para realizar una visita de verificación, donde se indicó que *“no se registra la presencia de comunidades indígenas dentro del área de influencia del proyecto”*, pero sí *“la presencia de comunidades negras ‘Consejo Comunitario Afrodescendiente del Corregimiento de La Toma’”*, por lo que recomendó al interesado realizar consulta previa con la comunidad de ese corregimiento (f. 44 cd. inicial).

En consecuencia, en julio 21 y agosto 21 de 2009 Héctor Jesús Sarria solicitó la apertura del proceso de consulta previa y socialización con la comunidad de La Toma; no obstante, señaló que *“no está obligado a agotar el trámite de Consulta Previa”*, porque según la visita de verificación no había presencia de comunidades étnicas en la zona del proyecto. Además, adujo que *“la Corporación Autónoma Regional del Cauca... le exige agotar la Consulta Previa como requisito para el otorgamiento de la Licencia Ambiental, por lo que solicita expedir constancia en la que señale que en el área del proyecto minero BFC-021 no hay presencia de comunidades indígenas ni negras y que no está obligado a agotar el trámite de la Consulta Previa”* (f. 44 ib.).

³⁹ Convenio 169 de la OIT, artículo 6°; sentencias T-737 de 2005 y T-769 de 2009, antes señaladas.

Con todo, mediante comunicación de fecha “agosto 18 de 2009”, el señor Sarria “*desiste de la solicitud de apertura del trámite de Consulta Previa... teniendo en cuenta que la vista de verificación efectuada concluyó que no había presencia de Comunidades Étnicas en el área del proyecto*”, y pidió la intervención de los Ministerios del Interior y de Justicia y de Minas y Energía para que conjuntamente “*organicen y dirijan un programa de socialización con las Comunidades del Corregimiento de La Toma*” (fs. 44 y 45 ib.).

Así, el Ministerio del Interior y de Justicia manifestó que no realizó el proceso de consulta previa, porque el interesado “*a pesar de inicialmente haber solicitado la apertura de dicho proceso, posteriormente desiste de la solicitud*” (f. 45 ib.).

Adicionalmente, el titular de la licencia minera anotó que el área de explotación no se “*encuentra habitada por comunidades negras ni indígenas que exploten artesanalmente la minería para el sustento económico*” y les desconoció titularidad (f. 95 ib.) e interpuso una acción de cumplimiento ante el Juzgado Primero Administrativo de Popayán, para desalojar a los mineros artesanales que se encuentran dentro del área de la licencia (f. 25 ib.), lo cual resulta contradictorio, en cuanto se asevera la ausencia de esas comunidades étnicas en el área de la explotación minera y que por ello no está obligado a consultarlas, pero se busca desalojarlos.

El Defensor Regional del Pueblo refirió que “*en el trámite de otorgamiento del Título Minero... se incorporó y usó... un documento público en el cual se hizo constar que en el área del proyecto no existía población indígena ni población negra y que la población negra más cercana se encuentra a 19 kilómetros, es decir en otro Municipio del Cauca*”, lo cual desvirtuó, pues “*a escasos 50 metros, se encuentra otra población afro, la del Corregimiento del Mindala y por supuesto la del Corregimiento de La Toma, el más grande y el más poblado del Municipio de Suárez, con el 100% de la población afro*”, lo cual no ha sido rebatido (fs. 219 y 224 ib.).

Igualmente, es importante precisar que la Corporación Autónoma Regional del Cauca otorgó licencia ambiental en septiembre 21 de 2009; sin embargo, mediante Resolución N° 198 de junio 17 de 2010, suspendió la Resolución que concedió dicha licencia ambiental y le solicitó al señor Sarria subsanar “*el deber legal y constitucional de realizar la consulta previa*”, pero mediando otra acción de tutela, no se ha cumplido lo dispuesto por dicha corporación.

Derivado también de lo expuesto por el Ministerio de Minas y Energía y por INGEOMINAS, es claro que el Ministerio del Interior y de Justicia tiene a su cargo propiciar, realizar y verificar esa clase de procesos de consulta previa, resultando ostensible, como se ha reseñado en acápite anteriores, que no se puede iniciar la exploración y explotación de un proyecto minero en territorio de las referidas comunidades étnicas, sin que se agote la consulta con éstas, en

cuanto puedan ser afectadas y sin que se haya otorgado la licencia ambiental respectiva⁴⁰.

Por ello, es evidente que se vulneraron los derechos al debido proceso y a la consulta previa reclamado por los actores, del Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, dado que no se realizó la consulta respectiva, a pesar de que el Ministerio del Interior y de Justicia sugirió realizar dicho proceso, precisamente por ocupar esas comunidades afrocolombianas en la zona de explotación. Además y sin perjuicio de lo que después haya acaecido, la Corporación Autónoma Regional suspendió la licencia ambiental, hasta tanto no se realizará tal consulta.

6.3. En la sentencia C-030 de 2008, precitada, se fijaron tres aspectos en torno al alcance y contenido del deber de consulta previa:

6.3.1. Tal consulta es obligatoria cuando se pretenda efectuar labores que puedan afectar específicamente a las comunidades étnicas merecedoras de especial protección.

En el caso bajo estudio, se pudo constatar que el Ministerio del Interior y de Justicia recomendó al señor Sarria realizar la consulta previa, precisamente por la presencia de comunidades afrodescendientes en la respectiva área de explotación, consulta que obviamente debió efectuarse antes de iniciarse la explotación minera.

6.3.2. Frente a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso recordar que en acatamiento de lo determinado en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, si bien éste no detalla unas reglas de procedimiento, es palmario que el trámite de la consulta esté ceñido al principio de buena fe, en cuanto *“se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar”*.

La consulta es una relación de comunicación y entendimiento, caracterizada por el mutuo respeto, la transparencia y la confianza recíproca entre los auténticos voceros de los pueblos indígenas y tribales, los demás interesados y las autoridades públicas, en procura de:

- a) Que la comunidad tenga conocimiento pleno sobre los proyectos.
- b) Que igualmente sea enterada e ilustrada a cabalidad sobre la manera como la ejecución de los proyectos puede conllevar una afectación o variación sobre sus derechos, sus tradiciones y el hábitat respectivo, en general.
- c) La comunicación abierta, oportuna, libre y sin interferencias, procurándose

⁴⁰ Convenio 169 OIT y artículo 85 de la Ley 685 de 2001.

la convocatoria de los representantes legítimos, en todo lo que conduzca a “*participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso*”⁴¹, para que de manera conjunta, consciente y sincera sean presentadas y valoradas las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad, cuyas inquietudes y observaciones serán atendidas no solo en lo concerniente a los intereses primarios y directos, sino en torno a los valores superiores de preservación cultural y ecológica.

Ese proceso de consulta aconseja que antes de radicar el acta para su formalización, el texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se avance en la ilustración a tales grupos sobre su alcance y se abran los escenarios de discusión que sean apropiados.

En el presente caso, no se actuó de manera adecuada para procurar que la comunidad conociera el contenido del proyecto minero del señor Héctor Jesús Sarria y posteriormente pudiese decidir, con conocimiento de causa y suficiente ilustración, previo el análisis de sus propias perspectivas y prioridades.

Además, el señor Sarria no debió desistir del proceso de consulta previa con dicha comunidad, afectada con su proyecto minero, a la que se debieron otorgar amplias facilidades para que conociera integralmente el proyecto y pudiese participar, debidamente ilustrada, lo cual en este asunto no se posibilitó.

6.3.3. En cuanto a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber y al derecho de consulta, esta corporación ha precisado que es susceptible de amparo constitucional, en la medida en que para las comunidades étnicas merecedoras de protección reforzada debe ser realidad inexorable que no se prescinda de sus observaciones en los asuntos con potencialidad de afectarlas..

En este caso, es claro que el Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, no fue consultado, ni hubo participación directa de la comunidad frente a la decisión de explotar un proyecto aurífero en su territorio, mucho menos bajo qué condiciones.

6.4. Frente a la consideración de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal de Decisión de Tutelas N° 2, acerca de la existencia de otro medio de defensa, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, es necesario expresar que el objeto del debate en este caso es la consulta previa que tenía que realizarse, de cuya pretermisión deriva el quebrantamiento de derechos fundamentales de quienes acudieron a la tutela y su comunidad, resultando evidente que esta acción es la vía idónea y expedita para lograr el amparo de tales derechos.⁴²

⁴¹ C-461de 2008, precitada.

⁴² En la precitada sentencia C-030 de 2008, se lee: “*La Corte ha sostenido que el derecho constitucional a la consulta previa debe ser interpretado de manera armónica con las provisiones del Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991), el cual hace parte del bloque de constitucionalidad.*”

6.5. Por otra parte, además de la protección de la biodiversidad y la indemnidad de territorios de sensibilidad ecológica, la Corte Constitucional ha reafirmado, dentro del marco de los principios internacionales, el derecho de los grupos humanos minoritarios *“a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, garantizando de esta manera la pervivencia de la riqueza cultural, que la diversidad étnica de la Nación colombiana comporta —artículos 1°, 7°, 8°, 68, 70 y 246 C.P.”*.⁴³

Igualmente, la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios habitados por comunidades que demandan protección especial, ha de armonizarse con la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.), resultando palmario que lo insustituible no se puede tocar, y con el aseguramiento de la integridad étnica, cultural, social y económica de las respectivas comunidades, preservando sus elementos de cohesión.

Así ha de buscarse una justa medida, para equilibrar el desarrollo económico que necesita el país, que requiere avanzar en la exploración y explotación de los recursos nacionales, mineros en este caso, pero que debe detenerse ante la preservación ambiental, que es la vida de las futuras generaciones, y coordinarse con el inalienable respeto a los valores históricos, culturales y sociales de los grupos étnicos y de la población en general⁴⁴.

También es imperioso el acatamiento de las normas internas, máxime las contenidas en la propia Constitución, como el parágrafo de su artículo 330, antes referido, que amerita ser recordado una y otra vez para su debida interiorización:

“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.”

Igualmente, frente a los estudios que deben ser realizados antes de la consulta previa, reitérese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ya citado caso Saramaka, indicó que el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio ancestral, hasta que entidades técnicamente idóneas realicen el estudio previo del impacto social y ambiental, de manera que se preserve, proteja y garantice la subsistencia tribal y la especial relación comunidad - territorio, procurando así *“el consentimiento libre, informado y previo... según sus costumbres y tradiciones”*.

⁴³ T-769 de 2009, precitada y T-880 de octubre 26 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁴ T-769 de 2009.

En el asunto objeto de estudio, se encuentra demostrado que existe un añejo nexo entre el territorio y la supervivencia cultural y económica de la comunidad afrocolombiana allí asentada. Además, la violación del derecho a la consulta sobre proyectos de explotación de recursos naturales, también conlleva la conculcación de otros derechos del pueblo afectado, tales como la autonomía e integridad cultural y social y, eventualmente, la propiedad.

Ese territorio ha sido puesto en riesgo porque el proyecto, que tiene una duración prevista en 10 años, prorrogables otros 10, puede incrementar los daños ambientales usualmente consecuenciales a la minería, con mayor afectación a las fuentes hídricas de la zona, contaminación del aire, producción de residuos sólidos y deforestación, incrementándose el desequilibrio ecológico que tan gravemente afronta la humanidad.

Frente al consentimiento libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones, en el caso bajo estudio no existió, porque no se informó de dicho proceso y el señor Héctor Jesús Sarria “*desistió*”, de manera que la comunidad afrodescendiente no ha tenido oportunidad de pronunciarse frente al proyecto de explotación aurífera en el territorio que habita. Así, se han venido desconociendo subreglas constitucionales, que son de obligatoria observancia en estos casos e involucran en la consulta previa los principios de buena fe y de consentimiento libre, previo e informado, que deben gobernar el proceso.

6.6. La Cooperativa de Mineros de Suárez, Cauca, mediante la solicitud LEQ-11271 de mayo 26 de 2010 ante INGEOMINAS, Cali, requirió la acreditación de que viene adelantando trabajos mineros en el corregimiento La Toma de esa población, en forma continua, desde antes de la vigencia de la Ley 685 de 2001. INGEOMINAS manifestó que “*la solicitud de legalización LEQ-11271, se encuentra en trámite vigente en el Grupo de Legalización de Minería*”, dependencia que reportó el propósito de producir un auto para pedir a los titulares de dicho derecho, la documentación relacionada en los artículos 4° y 5° del Decreto 2715 del 28 de julio de 2010 (f. 48 ib.).

La autoridad competente deberá tener en cuenta el derecho de prelación de dicha comunidad afrodescendiente, pero en todo caso será indispensable la obtención de la licencia ambiental correspondiente, que solo se expedirá de resultar satisfechas las exigencias normativas pertinentes⁴⁵.

Ha de recordarse que en la acción de cumplimiento tramitada ante el Juzgado Primero Administrativo de Popayán, no se debatió el tema de la consulta previa, circunscribiéndose a hacer valer “*un acto administrativo que se encuentra en firme*” (f. 352 ib.). Con todo, mientras no se surta la consulta previa, se suspenderá toda actuación procesal relacionada con el proyecto minero que motivó la presente acción de tutela.

⁴⁵ Leyes 685 de 2001 y 99 de 1993.

6.7. Como resultado de todo lo expuesto, será revocado el fallo proferido en julio 22 de 2010, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas N° 2, que en su momento confirmó el adoptado por el Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal, en junio 4 de este año, donde se decidió “*no conceder, por improcedente*” la tutela impetrada.

En su lugar, serán tutelados los derechos fundamentales de los actores y del Consejo Comunitario del corregimiento La Toma del municipio de Suárez, Cauca, al debido proceso y a la consulta previa por ellos invocados, en defensa de la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tal comunidad afrodescendiente.

En consecuencia, excluido el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por no hacer parte “*de la relación administrativa*” concerniente, se ordenará al Ministro del Interior y de Justicia que imparta las instrucciones correspondientes al Coordinador del Grupo de Consulta Previa, o al titular de la dependencia que haga sus veces, para que realice y coordine esa consulta previa, en cuyo desarrollo estarán involucrados el señor Héctor Jesús Sarria y el Concejo Comunitario del corregimiento de La Toma, municipio de Suárez, Cauca, cuya comunidad será plenamente informada y escuchada, por conducto de sus representantes autorizados, desde la preconsulta hasta la finalización del proceso.

Entre tanto, se suspenderá la explotación que se esté realizando por parte o cuenta del señor Héctor Jesús Sarria en dicho corregimiento, para cuyo cumplimiento se ordenará al Alcalde de Suárez, Cauca, que con el apoyo que legalmente esté a su alcance, tome y haga cumplir las medidas conducentes.

Igualmente, se ordenará a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, CRC, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, no dar efectividad a la licencia ambiental que se haya concedido o llegare a expedirse, hasta tanto no se realice la referida consulta previa, como la propia CRC determinó en la Resolución N° 198 de junio 17 de 2010.

Además, se ordenará de manera específica a INGEOMINAS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que se abstenga de otorgar o suspenda, según el caso, la o las licencias de explotación minera en el proyecto del señor Héctor Jesús Sarria o cualquier otro en el corregimiento La Toma de Suárez, Cauca, hasta tanto se realice la referida consulta previa, de manera adecuada y se llegare a expedir la licencia ambiental respectiva, por las razones y en los términos que han quedado expuestos en este fallo.

Adicionalmente, se ordenará dejar sin efectos la Resolución N° 8463-3-30 de abril 30 de 2010, que ordenó la suspensión de las actividades de explotación minera no autorizada y el desalojo de las personas que la venían realizando, pues una decisión de esta naturaleza sólo podría adoptarse, eventualmente, una vez adelantada la consulta que por esta sentencia se ordena realizar y las demás diligencias que como resultado de ella deban cumplirse, y de

conformidad con los acuerdos y decisiones que de todo ello se hubieren derivado.

Finalmente, se solicitará a la Defensoría del Pueblo, regional del Cauca, apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento de lo determinado en el presente fallo, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos aquí protegidos.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas N° 2, de la Corte Suprema de Justicia, en julio 22 de 2010, que confirmó la adoptada por el Tribunal Superior de Popayán, Sala Penal, en junio 4 de este año, que decidió “*no conceder, por improcedente*” la tutela solicitada por Yair Ortiz Larrahondo y Francia Elena Márquez Mina, actuando en nombre propio y en representación del Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca.

Segundo: En su lugar, se dispone **TUTELAR** los invocados derechos fundamentales al debido proceso y a la consulta previa con la respectiva comunidad afrodescendiente.

Tercero: En consecuencia, **ORDENAR** al Ministro del Interior y de Justicia que imparta las instrucciones correspondientes al Coordinador del Grupo de Consulta Previa de ese Ministerio, o al titular de la dependencia que haga sus veces, para que realice, garantice y coordine esa consulta previa, en cuyo desarrollo participarán el señor Héctor Jesús Sarria y el Concejo Comunitario del corregimiento de La Toma, municipio de Suárez, Cauca, cuya comunidad será plenamente informada y escuchada, por conducto de sus representantes autorizados, desde la preconsulta hasta la finalización del proceso.

Cuarto: ORDENAR al señor Héctor Jesús Sarria la suspensión inmediata de las actividades de explotación minera que esté realizando, directamente o por interpuesta persona, en el corregimiento La Toma del municipio de Suárez, Cauca.

Quinto: ORDENAR al Alcalde de Suárez, Cauca, que con el apoyo que legalmente esté a su alcance, tome y haga cumplir las medidas conducentes a hacer efectiva la suspensión indicada en el punto **cuarto** de la parte resolutive de esta sentencia.

Sexto: ORDENAR a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, CRC, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, no dar efectividad a la licencia ambiental que se haya concedido o llegare a expedirse, en los términos de su Resolución N° 198 de junio 17 de 2010, hasta tanto no se realice la consulta previa ordenada en el presente fallo.

Séptimo: ORDENAR a INGEOMINAS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que se abstenga de otorgar o suspenda, según el caso, la o las licencias de explotación minera en el proyecto del señor Héctor Jesús Sarria o cualquier otro en el corregimiento La Toma de Suárez, Cauca, hasta tanto se realice, de manera adecuada, la consulta previa ordenada en esta sentencia y se expida, en su momento legal y si hubiere lugar, la licencia ambiental respectiva.

Octavo: DEJAR SIN EFECTO la Resolución N° 8463-3-30 de abril 30 de 2010, que ordenó la suspensión de las actividades de explotación minera no autorizada y el desalojo de las personas que la venían realizando, de conformidad con lo explicado en el punto 6.7 de esta providencia.

Noveno: SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo, regional del Cauca, y a la Procuraduría General de la Nación apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento de lo determinado en el presente fallo, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos aquí protegidos, y que se adopten, si es del caso, medidas de protección a la comunidad del corregimiento de La Toma, municipio de Suárez, Cauca.

Décimo: Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Con aclaración de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General