

NOTA DE RELATORIA: Mediante auto 583 de 2015, el cual se anexa en la parte final, se declara la nulidad de la presente providencia, por configurarse la causal de indebida integración del contradictorio

Sentencia T- 438/15

Referencia: expediente T- 4561330

Acción de Tutela instaurada por Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos Ortiz, José Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero Gaviria, contra la Alcaldía Municipal de Marmato, Caldas, y la Agencia Nacional de Minería y Minerales Andinos de Occidente S.A.

Tema: supuesta afectación de los derechos al debido proceso y al trabajo por el cierre y suspensión de la mina en la que los accionantes ejercen actividades de minería artesanal e informal.

Problemas jurídicos: i) ¿existe vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de los demandantes, quienes son miembros de la comunidad indígena Cartama, por el inicio de las exploraciones y explotaciones de la mina Villonza sin antes implementar espacios idóneos de participación?; y ii) ¿existe vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa, al reconocimiento y subsistencia como pueblos indígenas de los accionantes, por cuanto las entidades demandadas se negaron a certificar su presencia en la zona y a efectuar la consulta previa al inicio de la explotación de la mina Villonza, porque el desarrollo del proyecto se haría en territorios de no influencia de la comunidad?.

Derechos fundamentales invocados: debido proceso, trabajo, libertad para ejercer profesión u oficio, mínimo vital y consulta previa.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., trece (13) de julio de dos mil quince (2015)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los

Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Myriam Ávila Roldán (E), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido el 14 de julio de 2014 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, que confirmó la decisión del Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, del 26 de mayo de 2014, que declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la libertad para ejercer profesión u oficio y al mínimo vital de los accionantes.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

1.1 SOLICITUD

Los señores Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos Ortiz, José Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero Gaviria, interpusieron acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la libertad para ejercer profesión u oficio, al mínimo vital y a la consulta previa, presuntamente afectados por la Alcaldía Municipal de Marmato, Caldas, la Agencia Nacional de Minería y Minerales Andinos de Occidente S.A., según los hechos que a continuación son resumidos:

1.1.1 Hechos y argumentos de derecho

1.1.1.1. Manifiestan los accionantes que la Ley 66 de 1946, estableció que “el Cerro El Burro se dividía en dos zonas, la alta y la baja, con la finalidad de que la parte alta fuese explorada y explotada por pequeños mineros, mientras que la baja por empresas que realicen labores de exploración y explotación a mediana escala. Entre ambas partes del cerro hay un manchón, es decir, una franja de rocas que debe ser respetada, por tanto, quienes utilicen la parte de arriba como la de abajo, con el deseo de evitar la tragedia de un

derrumbe de la montaña”.

1.1.1.2. Relatan que entre el 2003 y 2009 la empresa Gran Colombia Gold, empresa a la que pertenece Minerales Andinos de Occidente S.A., adquirió el título minero correspondiente a la zona baja del Cerro El Burro, a través de contrato de concesión 014/89M, y que “la empresa accionada no ha respetado el manchón, pues ha realizado labores de exploración y explotación en la roca protectora, lo que ha significado un riesgo para el ejercicio de las actividades de los mineros tradicionales, especialmente los que trabajamos en la mina Villonza”.

1.1.1.3. Manifiestan los accionantes que son oriundos de Marmato, Caldas, y que se han desempeñado como mineros artesanales e informales en diferentes minas ubicadas en la parte alta del Cerro El Burro de esa municipalidad, obteniendo de dicha labor su sustento y el de sus familias, y que desde el 2011 vienen ejerciendo dicho trabajo en la mina Villonza, la cual, desde su cierre en el año 2008, a cuenta del actual propietario del título, fue recuperada y ha sido explotada de manera continua por ellos.

1.1.1.4. Indican que en el mismo año 2011, los mineros artesanales e informales de Marmato iniciaron un proceso organizativo que condujo a la creación, en el 2012, de la Asociación de Mineros Tradicionales -ASOMITRAMA-, a la cual pertenecen, la cual ha venido realizando un proceso de recuperación de la mina, así como los trabajos tendientes a obtener la legalización de su actividad en las minas de la parte alta del Cerro El Burro, entre ellas Villonza.

1.1.1.5. Refieren que el 6 de mayo de 2014, fueron notificados del cierre y desalojo de la mina, que sería llevado a cabo el día 14 del mismo mes y año. En el escrito de notificación se les informó que esta acción se encontraba fundamentada en la resolución GTRM N°. 751 del 01 de septiembre de 2010, proferida por la Alcaldía de Marmato, mediante la cual se “resolvió el amparo administrativo dentro del título minero N°. CHG-081”, a través de la cual se ordenó el desalojo de quienes perturbaran la exploración y explotación de la mina Villonza. Los accionantes dicen desconocer dicha resolución, pues para la época de su expedición no laboraban en ese oficio, y porque en la mina no se fijaron avisos publicando la querella.

1.1.1.6. Narran que un día antes de cumplirse el plazo fijado para el desalojo y

cierre de la mina, con la participación de algunas autoridades locales, se suspendió el procedimiento de desalojo, dados los problemas de orden público que se estaban presentando, pues “no tenían personal suficiente ni recursos económicos para el traslado de los mismos desde otro lugar de Colombia, lo que muestra claramente la trascendencia de nuestra problemática”.

1.1.1.7. Expresan que al desconocer el contenido del citado acto administrativo conforme al cual se va a realizar el cierre de la mina, sin que se les haga público primero, se les vulnera su derecho fundamental al debido proceso y al derecho de defensa.

1.1.1.8. Enuncian los accionantes que el desalojo extinguiría el ejercicio de la pequeña minería en Marmato, por lo que solicitaron el amparo constitucional de sus derechos, y que se ordene a las entidades accionadas no realizar la diligencia de cierre y desalojo de la mina.

1.2.1. Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Penal del Circuito del Distrito Judicial de Manizales corrió traslado de la misma a la Agencia Nacional de Minería, a Minerales Andino de Occidente S.A., a Mineros Nacionales, a la Multinacional Gran Colombia Gold, a la Personería de Marmato, a la Unidad de Delegación Minera de Caldas y a los accionantes para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

1.2.2. Dentro del término concedido, la Agencia Nacional de Minería[1] hizo un recuento de las actuaciones adelantadas en el proceso de la referencia, a fin de contextualizar respecto de la situación. A saber:

“-Con fundamento en el artículo 307 y siguientes de la Ley 685 de 2001, el 31 de marzo de 2010 la doctora María Isabel Rendón Parra en calidad de apoderada de la Compañía Minera de Caldas S.A., titular del contrato de concesión N°. CHG-081, debidamente inscrito en el registro minero nacional el 4 de febrero de 2002, interpone querrela de amparo administrativo ante el Grupo de Trabajo Regional Medellín, con el fin de que se ordene la suspensión de la perturbación que realizan los señores Rafael Velásquez, Sergio Antonio Parra, Alver de Jesús Díaz, Carlos Arbeláez, Raúl López, Leandro Parra, María Ruby Castro, Jhonatan Andrés Gil, Arley Zapata, Raúl Gutiérrez, Ariel Amaya, José Manuel González, Rodrigo Gutiérrez, Saúl Martínez, Sigifredo Jiménez y otras personas indeterminadas dentro del área del título minero, ubicado en jurisdicción del municipio de Marmato, Caldas.

-Que mediante auto N° GTRM-205 del 20 de abril de 2010, se admitió la acción de amparo administrativo impetrada por la Compañía Minera de Caldas S.A., titular del contrato de concesión CHG-081, título minero debidamente inscrito y vigente.

-Que mediante auto N°. GTRM-325 del 31 de mayo de 2010, notificado el 10 de junio, se fijó como fecha y hora para la realización de la visita técnica de reconocimiento al área del título CHG-081, el 21 de junio de 2010, visita que por motivos de fuerza mayor no fue posible realizar.

-Que mediante auto N°. GTRM-385 del 8 de julio de 2010, notificado el 13 de julio de ese año, se fijó como fecha y hora para la realización de la visita técnica de reconocimiento del área el 14 de julio de 2010 a las 9:30 A.M., visita que efectivamente se realizó.

-Que en el informe de vivista técnica de amparo administrativo GTRM-0571 del 12 de agosto de 2010, se concluye que los señores Mauricio Duque Moreno, Arley Zapata, Hernán García y otras 164 personas que laboran como asociados, realizan labores de explotación minera ilegal dentro del área del título CHG-081, razón por la que se debió ordenar la inmediata suspensión de los trabajos realizados por los citados señores y demás personas indeterminadas dentro del área del título CHG-081.

-Que al haberse comprobado la existencia de trabajos mineros que implican perturbación y despojo por parte de terceros, en el área correspondiente al contrato de concesión, se concedió el amparo administrativo solicitado, razón por la que se emitió la resolución N°. GTRM-751 del 01 de septiembre de 2010, mediante el cual se ordenó el desalojo y la suspensión inmediata y definitiva de los trabajos y obras que realizaban los terceros”.

Posteriormente, explicó el trámite de amparo administrativo, concluyendo que en virtud de los artículos 307 y siguientes del Código de Minas, había adelantado el procedimiento legal que en derecho correspondía, conforme al concepto técnico proferido por el personal de la Alcaldía Municipal de Marmato.

Para concluir, se refirió a la improcedencia de la presente acción de tutela, por cuanto arguye que los accionantes cuentan con otros mecanismos de defensa judicial, en este caso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para solicitar el amparo de sus derechos.

1.2.3. Minerales Andinos de Occidente S.A. [2], en respuesta a la presente acción de tutela, manifestó que en este caso existe falta de legitimación en la causa por activa, pues “los accionantes se contradicen a lo largo de su escrito al manifestar de manera incongruente que son solicitantes, luego que la solicitante es la asociación de mineros tradicionales -ASOMITRAMA- y finalmente aportan un documento en el que John Fredy Muñoz Gil, actuando en nombre propio, argumenta que es titular de una petición de legalización minera; por lo cual carecen de personería sustantiva y adjetiva para incoar la acción, ya que solamente se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular del mismo no esté en condiciones de ejercer su propia defensa”.

Por otra parte, manifiesta que si bien los accionantes indican estar realizando sus labores en la mina Villonza desde el año 2011, la orden de desalojo es del año 2010, lo que significa que los actores “invadieron la bocamina luego de la interposición de amparo administrativo, de su respectivo trámite y resolución definitiva de cierre y desalojo por parte de los perturbadores mineros (...), por lo que mal podría solicitarse la interposición de más amparo administrativos, toda vez que ya se había adelantado un procedimiento al respecto, el cual se encuentra en firme, y frente al que sólo restaba la práctica de la diligencia de desalojo, que por razones carentes de argumentos fue suspendida, luego reanudada y ahora nuevamente soslayada por la medida decretada (...)”.

Agrega que la situación presentada en Marmato en la actualidad es una invasión y perturbación generalizada de títulos mineros, adelantada por diferentes sujetos que vulneran las normas que regulan la actividad, toda vez que sólo a través de contratos mineros vigentes e inscritos en el Registro Minero Nacional, se puede ejercer la minería en Colombia.

También sostiene que dentro del libelo no se allega sustento alguno que acredite el adelantamiento, por parte de los accionantes, de la diligencia de legalización de las actividades en la mina Villonza, de lo que se deriva que “los actores pretenden cubrir sus acciones con un manto de legalidad, alegando la supuesta solicitud de legalización, cuando lo cierto es que ellos mismos afirman que si tal solicitud existe, está a nombre de un tercero”.

Respecto a la legitimación en la causa para ser beneficiario de un proceso de legalización,

manifestó que ello implica que la persona jurídica o natural haya realizado labores de minería artesanal e informal en el área objeto de solicitud de legalización, como mínimo cinco años antes de la expedición de la Ley 685 de 2001, “y como se advierte en la misma confesión de los accionantes, ASOMITRAMA se constituyó en el año 2012 y los actores manifiestan que comenzaron el ejercicio de su minería en la mina Villonza en el 2011. En consecuencia, no es física ni materialmente posible exigirle a la autoridad competente como al titular minero, que inicie una cadena de procesos luego de existir un acto administrativo en firme que goza de presunción de legalidad, pues la figura legal de amparo administrativo atiende a la protección del derecho a explorar y explotar minerales a través de un título minero otorgado por el Estado, contra personas determinadas e indeterminadas que llegasen a perturbar tal derecho”.

Para concluir, precisó que acceder a las pretensiones de los accionantes no solamente iría en contravía del ordenamiento jurídico, sino que además, debido a que la minería realizada por ellos carece de las condiciones técnicas, de seguridad e higiene minera, de seguridad social y salud ocupacional, podría ocasionar la pérdida de vidas humanas.

1.3. DECISIONES DE INSTANCIA

1.3.1. Sentencia de primera instancia

1.3.1.1. Mediante fallo del 26 de mayo de 2014, el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, declaró improcedente el amparo solicitado, argumentando que si bien los accionantes no se encontraban laborando en la mina para la época de la interposición de la querella administrativa por parte de la Compañía Minera de Caldas S.A., hoy Minerales Andinos de Occidente S.A., para obtener el desalojo de la mina Villonza en el 2010, los mismos fueron notificados de la diligencia de desalojo el 6 de mayo de 2014, mediante oficio IPT-57, por lo que hubiesen podido oponer los títulos mineros inscritos de los cuales fueran propietarios, y de esta manera hacer valer sus derechos.

En tal sentido, agregó el a quo que “a los accionantes no se les está vulnerando sus derechos fundamentales, debido a que el proceso de amparo administrativo minero adelantado en el 2010 por parte de la empresa Minerales Andinos de Occidente S.A., fue

resuelto en contra de personas determinadas e indeterminadas que hicieran uso ilegal de la mina Villonza, razón por la que el mismo le es oponible frente a todos los terceros que exploten la mina sin previo permiso”.

1.3.1.2. Por otra parte, adujo el fallador de instancia que los actores no aportaron título minero vigente e inscrito que certifique que la mina Villonza está autorizada por la autoridad competente para ser explotada por ellos, y que en caso de poseerlo, éstos pueden hacer valer sus derechos a través de otro mecanismo distinto a la tutela, como lo es “superponer su título frente al exhibido por el querellante”, razón por la que la acción de tutela se torna improcedente.

1.3.1.3. Por otro lado, precisó el juez de primera instancia que no se observa en las pruebas aportadas en el expediente, que los accionantes hubiesen iniciado proceso de legalización de la mina Villonza, pues lo que se evidencia es que “el señor John Fredy Muñoz Gil presentó a nombre propio solicitud de legalización en el mes de abril de 2013, razón por la que no puede hacerse extensiva la misma a los accionantes, aduciendo ser parte de una asociación de mineros, cuando la misma fue presentada de manera particular por el citado señor Muñoz”.

1.3.1.4. Concluyó el juzgado, que los accionantes no han demostrado la existencia de un título minero que certifique la autorización, por parte de las autoridades competentes, de la exploración y explotación de la mina Villonza, que implique una superposición de títulos frente al alegado por las empresas Minerales Andinos de Occidente S.A. y Mineros Nacionales S.A.S., y que les permita desvirtuar el contrato de concesión minera N°. CHG-081; razón por la que no se ha demostrado en el plenario la legalidad de la actividad minera que están ejerciendo en la actualidad los accionantes, tornándose improcedente la presente acción constitucional.

1.3.2. Impugnación

1.3.2.1. Dentro de la oportunidad legal prevista, los accionantes, en calidad de mineros artesanales e informales del municipio de Marmato, impugnaron la sentencia de primera instancia, argumentando, en primer lugar, que el a quo al declarar la improcedencia de la presente acción, debió hacer referencia a cuáles eran los otros mecanismos de defensa judicial a su alcance, y no limitarse a hacer aseveraciones sin ningún soporte jurídico, como

lo es que en este caso no se demostró la existencia de un título que acreditara la legalidad de la actividad por ellos desarrollada.

1.3.2.2. En segundo lugar, manifiestan los actores, respecto a la notificación de la diligencia de desalojo, que el fallo proferido en primera instancia contradice el precedente sentado en la sentencia T-187 de 2013[4], debido a que allí quedó establecido que sólo se entenderá debidamente notificado un amparo administrativo en contra de personas indeterminadas, cuando el edicto que comunica la admisión de la querella y la resolución definitiva de la misma, fuera fijado en el lugar de trabajo, el cual en este caso, es precisamente el sitio donde se lleva a cabo la explotación minera objeto de controversia, lo cual no sucedió en el caso sub examine.

1.3.2.3. En tercer lugar, sostienen los demandantes que no es de recibo el argumento del juzgado de primera instancia, en el sentido de que no procede la tutela por cuanto los actores no aportaron el título minero vigente e inscrito que certifique que la mina Villonza está autorizada por la autoridad competente para ser explotada por ellos, pues manifiestan carecer de título minero porque “el proceso de concertación de la propiedad minera en Marmato en beneficio de una compañía multinacional imposibilita obtenerlo, y es allí donde radica el conflicto social y jurídico que llevó a la interposición de la acción de tutela”.

En este orden de ideas, sostienen los impugnantes que “no puede ser condición para que se tutelen los derechos fundamentales mencionados el que tengamos un título minero, pues precisamente la razón por la cual nuestros derechos están siendo vulnerados es que se nos ha privado de la posibilidad de ejercer legalmente nuestra actividad, por cuanto los títulos mineros fueron apropiados de manera inconsulta por la multinacional”.

1.3.2.4. Por último, precisan los accionantes que las decisiones administrativas que autorizaron la cesión de títulos de pequeña minería en la zona alta del Cerro de Marmato, a favor de la Compañía Minera de Caldas, y a través suyo a la multinacional Gran Colombia Gold, debieron estar precedidas de una consulta a las comunidades étnicas, así como de espacios de participación, información y concertación para los mineros artesanales e informales de Marmato.

1.3.3. Sentencia de segunda instancia

1.3.3.1. Mediante sentencia del 14 de julio de 2014, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, Caldas, confirmó el fallo impugnado, argumentando que en este caso no se advierte violación del derecho al debido proceso de los accionantes, pues no existe prueba de que en el momento en que se expidió el acto administrativo a través del cual se ordenó el cierre y desalojo de la mina Villonza, los mineros recurrentes estuvieran trabajando allí, ni mucho menos de que tuvieran un título legítimo sobre la exploración y explotación de la mina.

1.3.3.2. Por otra parte, esgrime el ad quem que los accionantes carecen de sustento para afirmar que la Administración Municipal vulneró sus derechos, debido a que no fueron notificados de su resolución, “cuando ni siquiera solicitaron aprobación en aquel momento en que se dispusieron explotar la mina; solo después, al cabo de un año de haber iniciado los actos perturbadores, pretendieron legalizar lo que ya venía ilegal, luego entonces, no pueden hablar de una violación al derecho al trabajo”.

En el mismo sentido continúa el juez de segunda instancia manifestando que “otra cosa sería que hubiese existido beneplácito para llevar a cabo actos de exploración y explotación de la mina, luego, sin más ni menos, se les obligase a desalojar”.

1.3.3.3. Aunado a lo anterior, sostiene el juez que en el caso sub examine tampoco opera el principio de confianza legítima, puesto que los mineros accionantes no tenían permiso para realizar labores de explotación en el 2011, toda vez que la autoridad competente ya se había pronunciado sobre el asunto, ordenando el cierre y desalojo en el año 2010, a través de la citada resolución.

1.3.3.4. Por último, esgrime el fallador de instancia que no hay vulneración al derecho al trabajo de los accionantes, pues en el caso bajo examen esta garantía fundamental cede frente al derecho al medio ambiente, ya que éste es un derecho colectivo, de interés general y universal.

1.4. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas relevantes:

1.4.1. Copia de la notificación personal para la ejecución del cierre de la mina la Villonza, con fecha del 6 de mayo de 2014[5].

1.4.2. Copia de la solicitud de legalización de minería artesanal, presentada por el señor John Fredy Muñoz Gil a las “autoridades competentes-municipales, departamentales, nacionales”-, con fecha de abril de 2013[6].

1.4.3. Certificación proferida por el señor Mario Hermilson Tangarife, Presidente de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato, Caldas, el 12 de mayo de 2014, por medio de la cual hace constar que los señores Orlando Ramírez, Jaime Arturo Ramos, Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero se encuentran afiliados a dicha asociación[7].

1.4.5. Informe de visita técnica realizada por INGEOMINAS al sector “El Burro” los días 12 al 17 de julio de 2010, con el fin de verificar las actividades mineras que desarrollan los accionantes en el área del contrato de aporte N°. CHG 081[9].

1.4.6. Copia del certificado de registro minero del contrato N°. CHG-81, con fecha del 4 de febrero de 2002[10].

1.4.7. Copia del acta de la diligencia de suspensión y desalojo de las minas de Marmato, adelantadas por el Inspector de Policía del municipio, con fecha del 21 de enero de 2011[11].

1.4.8. Copia del Certificado de existencia y representación legal de la Compañía Mineros Nacionales S.A.S., expedido por la Cámara de Comercio de Medellín[12] el 5 de mayo de 2014.

1.4.9. Copia del Certificado de existencia y representación legal de la Compañía Minerales Andinos de Occidente S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Medellín el 11 de marzo de 2014.

1.4.10. Copia del Decreto 4134 del 2011, “Por medio del cual se crea la Agencia Nacional de Minería ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica”[13].

1.4.11. Copia de la resolución 0253 del 15 de abril de 2013, “Por medio de la cual se reasumen las funciones delegadas en el Departamento de Caldas por la Agencia Nacional

de minería y se suspenden los términos de las actuaciones administrativas de las solicitudes mineras”[14].

1.4.12. Copia de la resolución 0481 del 30 de octubre de 2012, “Por la cual se delegan unas funciones a la Gobernación de Caldas”[15].

1.4.13. Copia de la resolución 0046 del 03 de mayo de 2012, “Por la cual se reconoce como parcialidad indígena a la comunidad Cartama, perteneciente al pueblo Embera Chamí, localizada en las veredas San Juan, La Miel, Echandía, Llano Grande, La Loma, El Volante, Monteredondo, Bellavista, Boquerón, Garabito, Republicana, Jiménez Alto, Jiménez Bajo, Tacón, Cabras, El Tejar, La Garrucha, El Llano, y Limonar, asentada en jurisdicción del área rural del municipio de Marmato, departamento de Caldas”[16].

1.4.14. Copia del acta de reunión de la junta directiva de ASOMITRAMA, celebrada el 2 de abril de 2013, en la que se discutió el tema del proceso de legalización de las minas de la asociación. Entre los asistentes figuran los señores Mario Tangarife, Presidente; Alfonso Vélez, Vicepresidente; Alberto Morales, Fiscal; John Fredy Muñoz, Tesorero; y Obed Moreno, Secretario[17].

1.4.15. Copia del certificado expedido por el Ministerio del Interior el 18 de marzo de 2014, en el que hace constar que “en jurisdicción del municipio de Marmato se registra la comunidad indígena Cartama, reconocida por la dirección de asuntos indígenas, rom y minorías, mediante resolución N°. 0046 del 3 de mayo de 2012”[18].

1.5. ACTUACIONES SURTIDAS POR LA SALA DE REVISIÓN

1.5.1. Mediante auto del once (11) de febrero de 2015, dadas las circunstancias específicas del caso objeto de revisión, y en virtud de la necesidad de vincular al Ministerio de Minas y Energía, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio del Interior, al Ministerio del Trabajo, a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación, a la Alcaldía de Marmato, Caldas, y a la Corporación Autónoma Regional de Caldas, CORPOCALDAS, para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción, ello por cuanto pueden resultar afectadas con la decisión que aquí se tome, así mismo, dada la necesidad de decretar algunas pruebas, el Magistrado Sustanciador resolvió:

“PRIMERO. ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se ponga en conocimiento del Ministerio de Minas y Energía, del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, del Ministerio del Interior, del Ministerio del Trabajo, de la Defensoría del Pueblo, de la Procuraduría General de la Nación, de la Alcaldía de Marmato, Caldas, y de la Corporación Autónoma Regional de Caldas, CORPOCALDAS, la solicitud de tutela de la referencia y los fallos de instancia, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación, expresen lo que estimen conveniente.

SEGUNDO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Ministerio del Interior (Carrera 8 # 7-83 – Calle 12 #8-38, Bogotá, D.C.), para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe si en la parte alta del Cerro El Burro del municipio de Marmato, específicamente, en la mina Villonza, se encuentran asentadas comunidades de protección especial constitucional tales como comunidades indígenas, raizales, afrodescendientes, entre otros. En caso de ser positiva la respuesta anterior, precisar si en los procesos de titulación y en la ejecución de los proyectos mineros en las minas de la zona, específicamente en la mina Villonza, se han realizado los procesos de consulta previa a dichas comunidades.

TERCERO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie a la Agencia Nacional de Minería (Avenida Calle 26 # 69-61, Torre 4, pisos 8, 9 y 10, Bogotá, D.C.), para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe si ha o no otorgado títulos mineros sobre la mina Villonza, ubicada en la parte alta del Cerro El Burro del municipio de Marmato. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, precisar: i) a quién o a quienes se les otorgaron los títulos mineros; ii) cómo fue el proceso de titulación; iii) en caso de tener conocimiento de que en la zona se encuentran asentadas comunidades de especial protección constitucional, qué medidas se tomaron para no vulnerar sus derechos constitucionales fundamentales; iv) ¿tiene conocimiento de si la mina Villonza ha sido o está siendo explorada y/o explotada por mineros tradicionales y/o de hecho?; v) ¿tiene conocimiento de que los accionantes en unión con la Asociación de Mineros Tradicionales -ASOMITRAMA-, hayan realizado un proceso de recuperación de la mina y que hayan tratado de obtener el título minero de la mina Villonza?

CUARTO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al

Ministerio de Minas y Energía (Calle 43 #57-31 CAN, Bogotá, D.C.), para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe: i) si en el marco de sus competencias señaló y delimitó dentro de la mina Villonza, ubicada en la parte alta del Cerro El Burro del municipio de Marmato, los territorios de las comunidades de protección especial constitucional en las cuales la exploración y explotación de los recursos naturales debería hacerse bajo condiciones especiales sobre la protección y participación de las comunidades de especial protección constitucional, con el fin de preservar sus características culturales y económicas; y ii) si actualmente cuenta con una política minera integral encaminada a hacer de la minería tradicional una actividad sostenible, respetuosa de los derechos humanos y orientada hacia los grupos de interés.

QUINTO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (Calle 37 #8-40, Bogotá, D.C.), para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe qué estrategias y planes de acción ha creado, tendientes a controlar las exploraciones y explotaciones mineras tradicionales en Colombia, de cara al aprovechamiento de los recursos naturales, en armonía con los principios y normas de explotación racional para el cuidado y mejoramiento del medio ambiente.

SEXTO: ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Ministerio del Trabajo (Carrera 14 # 99-33, piso 6, 7, 10, 11, 12 y 13, Bogotá, D.C.), para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe qué planes o programas ha desarrollado para la defensa de los derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social de los trabajadores dedicados a la exploración y explotación tradicional de minas en Colombia”.

1.5.2. En virtud de que no existía claridad respecto a si en la parte alta del Cerro El Burro del municipio de Marmato, específicamente, en la mina Villonza, se encontraban asentadas comunidades de protección especial constitucional, pues la ONIC, la Gobernadora de la Parcialidad Indígena Cartama y la Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y minorías del Ministerio del Interior, habían incurrido en ciertas contradicciones al respecto, el Magistrado Sustanciador mediante auto del 17 de abril de 2015 resolvió:

“PRIMERO. COMISIONAR al Juzgado Promiscuo Municipal de Marmato, Caldas (El Billar Piso 2 Tel: 8598060), para PRACTICAR inspección judicial en la zona alta del Cerro El Burro, específicamente en la mina Villonza, con el fin de verificar si allí se encuentran asentadas comunidades de protección especial constitucional tales como comunidades indígenas, raizales, afrodescendientes, entre otros. En la medida de lo posible, también se deberá determinar si los accionantes en la presente acción de tutela -Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos Ortiz, José Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero Gaviria-, pertenecen a alguna de dichas comunidades, y si ejercen actividades de minería tradicional en dicha mina. Durante la inspección el Juzgado deberá tomar fotos de los lugares inspeccionados, y hacer grabaciones de audio de las declaraciones tomadas. La diligencia deberá realizarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente auto. La práctica de esta inspección deberá ser notificada a todas las partes intervinientes en la presente acción.

SEGUNDO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, OFICIAR a la Defensoría del Pueblo (Calle 55 N° 10 - 32, Bogotá), para que acompañe al Juzgado Promiscuo Municipal de Marmato, Caldas, comisionado durante la realización de la inspección judicial, y en el término de cinco (5) días contados a partir de la fecha de realización de aquella diligencia, allegue a la Corte Constitucional, un informe sobre la visita realizada y todo lo que estime pertinente en lo relacionado con la presencia de comunidades de protección especial constitucional, así como la realización de parte de éstas, de actividades de minería tradicional en la mina Villonza.

TERCERO. ORDENAR que por Secretaría General se oficie, por el medio más expedito, al Departamento de Policía del Caldas (Carrera 25 N°. 32-50, Manizales. Teléfono: 3115982083), para que disponga el personal y logística necesaria para garantizar la absoluta seguridad e integridad personal de la comitiva que realizará y participará de la inspección judicial ordenada en la presente providencia. Para el efecto, si es necesario, podrá solicitar apoyo a las Fuerzas Militares que se encuentran en la zona.

CUARTO. SUSPENDER los términos para fallar en el presente proceso.

QUINTO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, COMUNICAR la presente providencia a todas las partes involucradas en el presente asunto y enviarles copia

completa de la misma”.

1.6. PRUEBAS Y RESPUESTAS ALLEGADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1.6.1. Mediante escrito del 25 de febrero de 2015, el Ministerio de Minas y Energía[19], a través de apoderada judicial manifestó que la Dirección de Formalización Minera no declaró ni delimitó ninguna área de reserva especial en el municipio de Marmato durante el tiempo que fungió como autoridad minera nacional.

Aclaró que el Código de Minas prevé, en relación con las minorías étnicas, la declaratoria de zonas mineras indígenas (artículo 122), zonas mineras de comunidades negras (artículo 131) y zonas mineras mixtas (artículo 134), y que estas zonas así declaradas tienen prelación para que la autoridad minera nacional, hoy Agencia Nacional de Minería, les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en las mismas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 124, 133 y en el inciso final del artículo 134.

En ese orden de ideas, señaló que “tanto el Ministerio de Minas y Energía como autoridad minera nacional en su momentos como la Agencia Nacional de Minería, como actual autoridad, para efectos de la declaratoria de reserva especial, consideran el cumplimiento de los aspectos mencionados en el artículo 31 de la Ley 685 de 2001, en especial, la existencia de explotaciones tradicionales, extendida esta como aquellas áreas en las cuales hay yacimientos de minerales explotados tradicionalmente por numerosas personas vecinas del lugar, y que por sus características y ubicación socioeconómica, son la única fuente de abastecimiento regional de los minerales extraídos, en virtud de lo previsto en el artículo 257 del Código de Minas”.

Aunado a lo anterior, hizo alusión al Decreto 933 de 2013 “Por el cual se dictan disposiciones en materia de formalización de minería tradicional y se modifican unas definiciones del Glosario Minero”, el cual define la minería tradicional como “aquella que se ha ejercido desde antes de la vigencia de la Ley 685 de 2001, en un área específica en forma continua o discontinua, por personas naturales o grupos de personas naturales o asociaciones sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional, en yacimientos minerales de propiedad del Estado y que, por las características socioeconómicas de éstas y la ubicación del yacimiento, constituyen para dichas comunidades la principal fuente de manutención y generación de ingresos, además de considerarse una fuente de

abastecimiento regional de los minerales extraídos. Esta minería es también informal y puede ser objeto de procesos de formalización a los que hacen referencia los artículos 31 y 257 de la Ley 685 de 2001, así como los programas de que trata el Capítulo XXIV de la Ley 685 de 2001- Código de Minas. Por lo anterior, se entiende que la minería tradicional es una especie de la minería informal”.

Agregó que, a partir de la expedición del Decreto 4134 de 2011, numerales 1 y 16 del artículo 4, la Agencia Nacional de Minería es la competente para estudiar y resolver las solicitudes de declaratoria de las áreas de reserva especial, como lo es la zona de minería tradicional, y que y que el procedimiento para llevar a cabo ese trámite es el consagrado en la Resolución 0205 de 2013, modificada por la Resolución 698 de 2013.

1.6.1.1. En cuanto a la pregunta de si cuenta con una política minera integral encaminada a hacer de la minería tradicional una actividad sostenible, respetuosa de los derechos humanos y orientada hacia los grupos de interés, el Ministerio de Minas y Energía sostuvo que adoptó mediante Resolución 90719 de 2014, la Política Nacional para la Formalización de la Minería en Colombia, la cual cuenta con 8 líneas estratégicas y un plan de acción para hacer de la minería una industria completamente formal que genere desarrollo en las comunidades mineras, la cual tiene en cuenta aspectos de legalidad, de formación y capacitación, desarrollo industrial y tecnológico y de inclusión social.

Adicionalmente, manifestó que en virtud de dicha política minera se creó la Agencia Nacional de Minería, la cual ha realizado una labor concertada con países miembros de la CAN, para desarrollar labores de formalización, en diversas zonas del país, de la minería informal. Entre las labores realizadas destaca la suscripción de un Acta de Acuerdo para el Desarrollo de la Formalización de Mineros Tradicionales de Colonia, suscrito entre el Ministerio de Minas y Energía y la Confederación Nacional de Mineros de Colombia -CONARMINERCOL-, en virtud del cual el Ministerio se obligó a invertir en soporte legal para el proyecto de formalización minera, el cual fue iniciado en el bajo Cauca Antioqueño.

Indicó que en la labor de legalización y formalización de la minería informal, el Ministerio se enfocó en “beneficiar a un total de 150 unidades mineras identificadas en la subregión del bajo Cauca, ubicadas específicamente en los municipios de: Caucasia, Cáceres, Nechí, El Bagre, Zaragoza, Tarazá y Valdivia”.

Así mismo, manifestó que en el año 2013 “se adelantaron 7 procesos de caracterización en los Departamentos de Antioquia, Risaralda, Tolima, Chocó, Valle del Cauca y Santander, en donde se realizaron en la mayoría de los proyectos las siguientes actividades: i) diagnóstico de cada una de las zonas susceptibles de formalización (titularidad minera, búsqueda alternativa para trabajar bajo el amparo de un título; ii) estructuración e implementación de un plan de formalización; iii) identificación de necesidades de capacitación y asistencia técnica; iv) implementación de plan de capacitación y asistencia técnica a corto plazo; y v) se suscribió un convenio con la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, con el cual se brindó capacitación y asistencia técnica a 714 mineros”.

Agregó que en el 2014 se adoptó, mediante la Resolución 0719 de 2014, la Política Nacional para la Formalización de la Minería, que define la minería formal como: “actividad cuyas unidades productivas desarrollan las labores mineras bajo el amparo de título minero y cumplen con los parámetros técnicos (mineros y ambientales), económicos, laborales y sociales, y de la industria, definidos en la legislación vigente, por lo que la política establece grados o niveles de formalización minera, con el propósito de lograr que en el mediano y largo plazo toda la actividad trabaje bajo condiciones de total formalidad. El objetivo de los grados de formalización es permitir que los mineros que se encuentran en total informalidad avancen en gradual y paulatinamente hacia la formalización”.

Adicionó que el Ministerio junto con diferentes entidades del Gobierno Nacional, regional y local, participa en diferentes mesas de diálogo y concertación, las cuales tienen por objeto la formalización de la minería informal. Dentro de dichas mesas de dialogo se encuentran: “i) mesa de formalización minera Cundi-Boyacense; ii) mesa minera y ambiental del Cauca; iii) mesa de interlocución del Sur de Bolívar; iv) mesa de formalización minera para el sector esmeraldífero Cundi-Boyacense; v) mesa de explosivos; vi) mesa del Chocó; vii) mesa con CONARMINERCOL; viii) mesa departamental de Sucre; ix) mesa problemática de Marmato; y x) exploración para alternativas para el post conflicto”.

También precisó que “teniendo en cuenta que actualmente existen títulos mineros otorgados en el municipio de Marmato, y que la mayoría de dichos títulos pertenecen a la empresa Gran Colombia Gold, el Ministerio de Minas y Energía inició acercamientos con dicha empresa, los días 16 de junio y 28 de julio de 2014, con el fin de buscar alternativas de trabajo bajo el amparo de un título de los mineros no autorizados existentes dentro de

dichos títulos, teniendo en cuenta que esto depende de la voluntad del titular minero”.

Por otra parte, informó que actualmente, “se encuentra adelantando la contratación para brindar asistencia técnica y fortalecimiento asociativo y empresarial a titulares mineros de pequeña y mediana minería, para lo cual se incluirán algunos títulos de Marmato que no hagan parte de la empresa Gran Colombia Gold dentro de las actividades a realizar en dichos convenidos, con el fin de contribuir a la formalización de los mismos”.

Para terminar, respecto a la mina Villonza, sostuvo que “las medias de cierre están puestas a consideración de la autoridad minera competente, de acuerdo con las condiciones de seguridad minera y el ejercicio del amparo administrativo establecido por la Ley 685 de 2001 para los titulares mineros. No obstante, este tema también se ha tratado de manera integral en las mesas para buscar soluciones a la problemática del municipio”.

1.6.2. Mediante escrito del 25 de febrero de 2015, la Alcaldía Municipal de Marmato, Caldas[20] manifestó que la actividad minera en Colombia es reglada, y que en virtud del Código de Minas -Ley 685 de 2001-, las licencias, los títulos y las concesiones de explotación son otorgados por la autoridad minera y no por los municipios.

1.6.2.1. Agregó que el tema del cierre de la mina Villonza, obedece a dos determinaciones de tipo administrativo adoptadas por diferentes dependencias de la Agencia Nacional de Minería; una en virtud de un amparo administrativo por protección a la titularidad minera y otra por seguridad e higiene minera, y que en ambos casos se ha comisionado al suscrito Alcalde la difícil tarea de cumplir la orden.

Respecto al mismo punto, manifestó que “la función minera en el municipio ha sido delegada en el Inspector de policía, y éste funcionario ha ordenado en sendas oportunidades el cierre de la mina en cuestión, determinación que ha sido suspendida por diferentes situaciones, tales como la instalación de mesas de concertación y por orden judicial”.

Por último, indicó que en el ámbito de sus competencias ha estado presto a dar solución a la problemática minera que se presenta en Marmato, y que respecto al caso preciso de la mina Villonza, ha procurado acercamientos entre los diferentes actores, “debiendo en todo caso, dar cumplimiento a la comisión conferida por la autoridad minera nacional”.

1.6.3. Mediante escrito entregado al Despacho del Magistrado sustanciador el 2 de marzo de 2015, el Ministerio de Medio Ambiente[21] manifestó que el Gobierno Nacional desde el año 2002 ha expedido una serie de normativas tendientes a formalizar desde el punto de vista minero y ambiental, a aquellos explotadores tradicionales y, para el efecto, ha diseñado los procedimientos, instrumentos de comando y control para el ejercicio de esa actividad. De acuerdo con lo anterior, sostuvo que el único instrumento de manejo y control ambiental exigible, por parte de las autoridades ambientales, en los procesos de legalización de minería tradicional, es el Plan de Manejo Ambiental, requisito sine qua non para que la autoridad minera proceda a otorgar el correspondiente título minero al interesado.

Sobre este aspecto, el Ministerio de Medio Ambiente adjuntó copia del memorando 8240-4-4336 del 17 de febrero de 2015, suscrito por la Dirección de Asuntos Ambientales, Sectorial y Urbana, quienes se pronunciaron sobre el particular de la siguiente manera:

“Al respecto, esta Dirección considera que los procesos dados como antecedentes a la interposición de la acción de tutela deben ser analizados por las autoridades competentes, puesto que la fundamentación del desalojo está basada en un derecho que tienen los titulares mineros; sin embargo, no se puede desconocer la tradicionalidad minera, por lo que la Ley 685 de 2001 abre los espacios de formalización de la minería tradicional”.

Respecto a las estrategias y planes de acción para el control de las explotaciones mineras tradicionales, sostuvo que el Ministerio cuenta con: i) gestión de normatividad ambiental, para saneamiento ambiental; ii) gestión de instrumentos ambientales, para apoyar el proceso de formalización minera tradicional; iii) gestión para la reducción y eliminación del uso del mercurio en el sector minero; y iv) gestión para las etapas de cierre y abandono de minas.

1.6.4. A través de escrito entregado al Despacho del Magistrado sustanciador el 2 de marzo de 2015, el Ministerio del Interior[22] expresó que para el caso objeto de examen, “la empresa Minerales Andinos de Occidente, perteneciente al Grupo Empresarial Gran Colombia Gold”, solicitó a través del radicado externo EXTMI 13-0018943, certificación de presencia de comunidades étnicas en el área de tres proyectos mineros, entre los que se encuentra “(...) la zona alta del costado oriental del Cerro El Burro, municipio de Marmato

(...)”, para lo cual la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior consideró necesaria la práctica de una visita de verificación a terreno a fin de constatar con certeza si es el área de influencia correspondientes al contrato de concesión minera N°. 805-17, IEG-09091 y 644-17, se traslapaba o no con los terrenos ocupados regular y permanentemente por grupos étnicos. Los resultados de la visita son los siguientes:

“Durante la visita de verificación al área de los proyectos mineros, desarrollada del 28 al 30 de enero de 2014, se encontró que dicho título corresponde a una mina de 3.21 hectáreas, que se localiza en la Zona Alta del costado oriental del Cerro El Burro, municipio de Marmato, en una zona de tradición minera donde se localizan aproximadamente 200 minas.

Pobladores de la zona señalaron que en el área del proyecto no hay presencia de comunidades étnicas. De igual manera, durante la visita de verificación no se evidenció ningún tipo de asentamiento de población o prácticas diferentes a las asociadas a la explotación minera artesanal por parte de pobladores de la zona.

Analizados los insumos recopilados en campo, se encontró que la comunidad étnica más cercana al área del proyecto es la parcialidad indígena Cartama, que se localiza en zonas bajas del territorio de la jurisdicción de Marmato en el centro del poblado del corregimiento de San Juan (aproximadamente a 1 km de distancia del área del proyecto) y en el centro poblado El Llano (a aproximadamente 1.6 km del título minero)”.

En este orden de ideas, concluyó que “esta Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en el marco de las funciones otorgadas por el Decreto 2893 de 2011, considera que ha realizado todas las gestiones necesarias a fin de determinar la presencia o no de comunidades diferenciadas en la Zona alta del costado oriental del Cerro El Burro, municipio de Marmato, y concluye que no se requiere el agotamiento del proceso consultivo, teniendo en cuenta que no se registra la presencia de comunidades étnicas que sean sujetos del Derecho Constitucional a la Consulta Previa en el área de influencia directa del proyecto”.

El Ministerio del Interior también anexó “informe de verificación de presencia de comunidades étnicas”, realizado por la Dirección de Consulta Previa, en el que se precisó que:

“(…) Los Giraldo son propietarios de tres predios en los que se localizan minas que han sido explotadas por ellos mismos de manera artesanal durante tres generaciones. Comentaron que sus minas se localizan en la zona alta del costado oriental del Cerro El Burro, y que particularmente el título minero IEG-09091, corresponde a una mina que se encuentra en proceso de negociación con la empresa Minerales Andinos de Occidente, Gran Colombia Gold. La familia Giraldo no tiene conocimiento de lo que es un licenciamiento ambiental.

(…)

En cuanto a la presencia de la comunidad indígena Cartama en el Cerro El Burro, los señores Giraldo, pobladores de la zona, manifestaron extrañeza, pues han habitado el territorio por más de 40 años y nunca supieron o conocieron comunidades indígenas en la jurisdicción del municipio de Marmato”.

1.6.5. Mediante escrito entregado al Despacho del Magistrado sustanciador el 2 de marzo de 2015, el Ministerio del Trabajo[23] expresó que con relación al sector minero, ha adelantado actividades tendientes a prevenir y erradicar el trabajo de los niños, niñas y adolescentes menores de edad que han sido vinculados irregularmente en las actividades laborales de explotación minera. Agregó que junto con el Ministerio de Minas y Energía ha trabajado en el establecimiento de líneas de base de trabajo infantil en algunos municipios mineros, con el fin de identificar a los menores de edad que se dedican a esas actividades, para que las autoridades competentes les inicien proceso de restablecimiento de derechos.

Adicionó que respecto al desarrollo funcional de la inspección laboral, en el Departamento de Caldas se efectuaron seis visitas preventivas al sector minero en las que se constataron que el número de trabajadores correspondía a 245, quienes explotan las minas “Oro Palmitos, La Coqueta, La Cascada, Gutiérrez Hermanos Asociados, Las Perreras de Riosucio y La Sombra”. Respecto a las dos últimas minas, encontraron que si bien “no se consignan las cesantías a un fondo, los empleadores se comprometieron a pagar las prestaciones sociales a sus trabajadores”.

1.6.6. Mediante escrito entregado al Despacho del Magistrado sustanciador el 2 de marzo de 2015, la Defensoría del Pueblo, regional Caldas[24] manifestó que como garante de los derechos humanos y velando por la conservación de los recursos naturales, había realizado

informe el mes de diciembre de 2014, en el que expone la problemática de los habitantes del municipio de Marmato, el cual fue adjuntando en este escrito.

A continuación se transcribe in extenso lo señalado por la Defensoría en dicho informe.

“(…) En el Cerro El Burro se concentran la mayor parte de explotaciones de pequeña minería de oro del Departamento de Caldas, las cuales se desarrollan amparadas en títulos mineros debidamente perfeccionados, procesos de legalización de minería de hecho adelantados por la autoridad minera a lo largo del tiempo, y actividades informales e ilegales.

A su vez, con la llegada de algunas multinacionales que lograron obtener la cesión de los contratos de concesión en negociación directa con los mineros titulares, en la actualidad se enfrenta la pequeña minería local ancestral a la gran minería tradicional.

(…)

Al municipio de Marmato empezaron a llegar las empresas multinacionales quienes compraron el 80 por ciento de las ventas. Este proceso lo empezó Mineros Nacionales, posteriormente llegó Medoro. Luego, en el 2005 llega la compañía canadiense Colombia Goldfields (Compañía Minera de Caldas) y empieza a comprar los títulos mineros existentes en el municipio, haciendo uso de la figura legal de cesión de contrato de concesión contemplada en la legislación minera y anunciando el desarrollo de un proyecto de gran minería a cielo abierto con explotación a gran escala y con la posibilidad de extraer diariamente 40 mil toneladas de mineral.

Debido a la crisis financiera del 2008 el proyecto fue abandonado, hasta que la empresa canadiense Medoro Resources compró en octubre de 2009, la empresa también canadiense Colombia Goldfields; por ese motivo, obtuvo el derecho de exploración y explotación de la mina de Marmato.

Desde la reciente fusión de Medoro Ressources con Gran Colombia Gold, se ha venido impulsando un megaproyecto de mina a cielo abierto, lo cual ha generado unos conflictos con los mineros tradicionales integrados por indígenas, negritudes y artesanos, quienes luchan por la supervivencia de sus tradiciones y recursos.

Según reporta la Red Colombiana frente a la gran minería transnacional, las empresas transnacionales han adquirido minas que mediante el Decreto 2223 de 1954 habían sido destinadas para la subsistencia de pequeños mineros. A medida que los titulares de las minas las han ido entregando a las empresas extranjeras, las entradas a las minas han sido cerradas y se han despedido las personas que allí trabajaban.

Solamente hasta el año 2010 la empresa Medoro Ressources solicitó amparos administrativos ante la Autoridad Minera Nacional, algunos de los cuales fueron resueltos favorablemente a la empresa trasnacional. Desde el mismo momento de la presentación de los amparos administrativos se han venido dando diversas y fuertes presiones en contra de los mineros por parte de las autoridades municipales que, de otro lado, están en la obligación de cumplir las órdenes de desalojo. El cumplimiento de estas órdenes puede desembocar, de hecho, en violaciones a los derechos humanos de los mineros, indígenas, afrodescendientes y comunidad en general.

(...)

La problemática minera que hoy enfrenta el municipio de Marmato con la llegada de la multinacional Grancolombia Gold, ha creado desestabilización social y laboral sin precedentes en el municipio. Los indígenas, que constituyen el 17% de la población y el 56% es comunidad afrocolombiana, depende de la actividad minera por lo que la entrada del macroproyecto de gran minería desde el año 2005 al territorio ha generado una crisis étnica, social y laboral, que ni el gobierno nacional ni la multinacional canadiense le presentan solución.

La empresa Medoro Ressources, de la que es filial la compañía Gran Colombia Gold, en el momento no ha presentado ningún proyecto responsable y concertado con la comunidad marmateña. Por el contrario, la compra masiva de minas y su posterior cierre, así como la destrucción de los molinos, han dejado sin empleos a cientos de mineros”.

Respecto a la mina Villonza, el informe precisa lo siguiente:

“De la problemática que se tiene en este municipio con ocasión de la actividad minera, es importante resaltar la situación que presentan los mineros artesanales informales en la mina La Villonza con ocasión de la orden de desalojo impartida por la Agencia Nacional de

Minería como resultado del proceso administrativo de amparo minero impetrado por Minerales Andinos de Occidente y Mineros Nacionales S.A.S, titulares de los títulos mineros CHG-081 y 014-89M.

Esta Defensoría Regional ha venido realizando el seguimiento al referido amparo administrativo minero que, mediante resolución 715 del 1 de septiembre de 2010, otorgó la Coordinadora del Grupo Regional de Trabajo de INGEOMINAS, a favor de la Compañía Minera de Caldas (hoy Minerales Andinos de Occidente).

No obstante haberse proferido decisión de amparo el 1º de septiembre de 2010, se tiene que solamente mediante comunicación identificada con radicado 2014020447 del 01-04-2014, el Viceministro de Minas solicita al señor alcalde municipal de Marmato, dar cumplimiento a dicha resolución en lo referente a la suspensión inmediata de la ocupación, el desalojo de los presuntos perturbadores y el cierre inmediato de la mina La Villonza, la cual se encuentra comprendida dentro del título minero CHG-081.

Frente a esta problemática, la regional ha realizado las siguientes actividades: (...) mediante oficio del 11 de mayo de 2014, la regional recomienda al señor Gobernador del Departamento de Caldas, que a través de las Secretarías de Despacho, se coordine con el alcalde municipal para que, antes de realizar la diligencia de desalojo de los mineros tradicionales de la mina Villonza, se verifique la realización del proceso de sensibilización y la oferta de alternativas de subsistencia para la población afectada.

(...) En la misma fecha el Despacho recomendó al señor alcalde municipal de Marmato que, antes de proceder con la práctica de la diligencia, se coordinara con las entidades correspondientes y la comunidad afectada, sobre los medios alternativos de subsistencia que tendrán los 143 mineros con sus familias, a partir del desalojo”.

1.6.7. A través de escrito del 2 de marzo de 2015, la Procuraduría General de la Nación[25] informó que el 30 de julio de 2014, fue invitada por la Inspección de Policía y Tránsito de la Alcaldía Municipal de Marmato, a una reunión que se llevaría a cabo el 5 de agosto del mismo año, y que en la misma comunicación se anexó el auto 11 de julio 30 de 2014, en el que se dispuso la suspensión de la diligencia de la mina Villonza.

Indicó que a dicha reunión no se presentó la Agencia Nacional de Minería, por lo que le

solicitó que para el 12 de agosto de 2014, se realizara un nuevo espacio de coordinación, pero aún no ha recibido una nueva convocatoria para tratar el tema.

Precisó también que la Agencia manifestó que su función se circunscribe a la emisión del acto administrativo que resuelve la solicitud de amparo administrativo, y que es competencia del alcalde correspondiente las respectivas acciones tendientes al desalojo y suspensión. Para el caso particular, manifestó que a través de auto GSC-ZO 070 del 25 de agosto de 2014, nuevamente se ordenó la suspensión en la mina La Villonza, dado que “las recomendaciones realizadas en el informe de seguridad adelantado por el Grupo de Seguridad y Salvamento Minero en informe de enero de 2014, no habían sido acatadas y el riesgo de una eventual tragedia persistía”.

1.6.8. A través de escrito adiado 25 de febrero de 2015, y recibido en el Despacho del Magistrado sustanciador el 2 de marzo de 2015, CORPOCALDAS[26] expresó que los accionantes cuentan con herramientas consagradas en la Ley 1437 de 2011 para la defensa de sus derechos, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento de derechos, el cual es idóneo para efectuar un reproche del acto administrativo proferido por la autoridad minera; así como con la solicitud de medidas cautelares, mediante la cual puede suspender temporalmente los efectos de dicho acto.

Por otra parte, dijo que la Agencia Nacional Minera es quien ostenta la competencia para pronunciarse sobre cualquier solicitud de legalización minera de hecho, “sin que le sea dado a CORPOCALDAS hacer oposiciones o fijar criterios para la decisión contenida en los actos administrativos referidos por el accionante”.

1.6.9. Mediante escrito del 4 de marzo de 2015, el Gerente de Catastro y Registro Minero de la Agencia Nacional de Minería[27][28] declaró que verificó, con la información existente para la zona de Marmato, la existencia de la mina Villonza, “lo cual arrojó que esta mina se encuentra ubicada en el título minero CHG-081, otorgado para la explotación de plata y oro en jurisdicción del municipio de Marmato, departamento de Caldas”.

Respecto a quién o a quienes se les otorgaron los títulos mineros, sostuvo que:

“El 16 de agosto de 2001, la empresa Nacional Minera Ltda. “MINERCOL LTDA”, y los señores Martha Fabiola Gallego Jaramillo y otros, celebraron el contrato de mediana minería

para la explotación con exploración adicional de oro y plata, jurisdicción del municipio de Marmato del departamento de Caldas por el término de 30 años, contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del mismo, al cual se le asignó la placa minera CHG-081, inscrita en el RMN el 4 de febrero de 2002.

El título CHG-081 ha tenido una serie de modificaciones a nivel de titularidad minera, es decir trámites de cesión de derechos mineros; sin embargo, se enfatiza que estas modificaciones corresponden al título minero y no a la mina Villonza.

-Mediante la resolución N°. 00029 del 23 de enero de 2003, la empresa Nacional Minera Limitada en adelante Minercol Ltada, aceptó la solicitud y declaró perfeccionada la cesión parcial de derechos mineros realizada por los señores Martha Fabiola Gallego Jaramillo, Jorge Eliecer Sánchez González, Alfredo Gallego, Carlos Arturo Gallego Jaramillo, y otros, inscrito en el Registro Minero Nacional -RMN- el 25 de marzo de 2003.

-Mediante la resolución N°. 01122 del 21 de abril de 2003, la Unidad de Delegación Minera de la Gobernación de Caldas, aceptó la solicitud y declaró perfeccionada la cesión total que de sus derechos mineros en el contrato CHG-081 hace el señor Fernando Antonio Rangel Arcila, a favor del señor Rubian de Jesús Rangel Arcila, inscrito en el RMN el 29 de julio de 2003.

-Mediante resolución N°. 01124 del 21 de abril de 2003, la Unidad de Delegación Minera de la Gobernación de Caldas declaró perfeccionada la cesión total que de sus derechos mineros hace el señor Efraín Díaz Castrillón, en favor de la señora María Aseneth Lemus.

-Mediante resolución N°.01125 del 21 de abril de 2003, la Unidad de Delegación Minera de la Gobernación de Caldas declaró perfeccionada la cesión total que de sus derechos mineros hace el señor Jorge Eliecer Sánchez González, en favor del señor Raúl Gutiérrez.

(...)

- Mediante resolución N°. 2571 del 19 de julio de 2007, la Unidad de Delegación Minera de la Gobernación de Caldas declaró perfeccionada la cesión total que de sus derechos mineros hace la señora Lina María Cárdenas Marín, como titular y cedente de los derechos y obligaciones equivalentes al 2.7778% del contrato CHG-081, inscrito en el RMN el 4 de

febrero de 2002, relativos a la Mina denominada Villonza, ubicada en el municipio de Marmato, y la sociedad “Compañía Minera de Caldas S.A.” como cesionaria de dichos derechos y obligaciones. Inscrito en el RMN el 8 de agosto de 2007.

– Mediante resolución N°. 2559 del 19 de julio de 2007, la Unidad de Delegación Minera de la Gobernación de Caldas autorizó al señor Abelardo Valencia Gallego, en su condición de co-titular del contrato CHG-081, para ceder la totalidad de los derechos que le corresponden como titular del contrato CHG-081 equivalentes al 2.7778% de dicho contrato, relativos a la mina “Villonza Nivel Carretera”, en favor de la sociedad denominada “Compañía Minera de Caldas S.A.”, inscrito en el RMN el 19 de septiembre de 2007.

(...)

-Mediante resolución N°. 4789 del 11 de agosto de 2010, la Unidad de Delegación Minera de la Gobernación de Caldas, aceptó el cambio de razón social de la sociedad “Compañía Minera de Caldas S.A. por Minerales Andinos de Occidente S.A., realizado mediante escritura pública número (...), compuesto de 28 minas así: (...) Villonza (...).”.

En cuanto al proceso de titulación, señaló que el tema de contratación de las minas nacionales de Marmato cuenta con una normativa especial, que para el efecto corresponde al Decreto 2223 de 1954, donde se determina la forma de contratar estas áreas y se define un sistema único de cotas, en el que se estipula que el Cerro El Burro será dividido en dos zonas, una alta y una baja, y desde allí se desprenden todos los títulos mineros existentes en la zona.

También manifestó que “En esa zona, no se evidencia que existan comunidades indígenas, negras o afrodescendientes, según datos que suministrados por el Ministerio del Interior”.

1.6.10. En escrito remitido por la Secretaría General al Despacho del Magistrado Sustanciador el 6 de abril de 2015, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA[29] -, manifestó que “(...) Del proceso de consulta previa, se puede afirmar que el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Consulta Previa es el competente para certificar la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto. La obligatoriedad de la consulta previa está dada en virtud de dicho reconocimiento, siendo un proceso que una vez proferida la certificación que establezca su presencia, debe

adelantarse por parte de la empresa titular del proyecto con el acompañamiento y bajo la dirección del Ministerio del Interior, de forma previa a que se ejecute el proyecto, encaminada a generar la participación activa de la comunidad étnica en el establecimiento de las medidas de manejo ambiental, es decir, aquellas obligaciones ambientales a las que estará sometido el titular del proyecto para prevenir, corregir, mitigar o compensar los impactos negativos que el mismo pueda causar”.

1.6.11. Mediante escrito del 14 de mayo de 2015, la Defensora Delegada para Indígenas y Minoría Étnicas, quien acompañó al Juzgado Municipal de Marmato, Caldas, en la realización de la inspección judicial comisionada por este despacho mediante auto del 17 de abril de 2015, informó que “además de la diligencia anterior la Defensoría del Pueblo realizó recorrido con las comunidades por el Cerro El Burro el 5 de abril, en el que pudo observar la presencia de comunidades indígenas asentadas en la parcialidad Cartama perteneciente al pueblo Embera Chamí, así como comunidad afrodescendiente”. En detalle, precisó que “la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato cuenta con aproximadamente 700 asociados, en la mina Villonza intervienen alrededor de 130 mineros, de los que, según declaraciones, el 60% son indígenas, algunos pertenecientes a la parcialidad Cartama del municipio de Marmato, otros son del resguardo Riosucio y los demás son afrodescendientes”.

Como prueba, la Defensoría aportó 26 encuestas diligenciadas por personas que trabajan en la mina Villonza, quienes se identificaron como indígenas o afrodescendientes, lo que le permitió concluir a dicha entidad, en acápite de observaciones generales, que “en desarrollo de la inspección judicial, las encuestas diligenciadas, las conversaciones con la comunidad y el recorrido por el municipio, específicamente en la zona alta del Cerro El Burro y en la mina Villonza, se corrobora la presencia de comunidad afrodescendiente y una comunidad indígena organizada por medio de la parcialidad Cartama, perteneciente al pueblo Embera Chamí, que ha ejercido el oficio de la minería tradicional y que a partir de dicho oficio ha generado el sustento para sus familias. (...) la parcialidad indígena tiene una relación social y cultural con el municipio, lo cual le ha permitido el desarrollo social y cultural y su sobrevivencia como pueblo”.

1.6.11.1. Como anexo, la Defensoría del Pueblo presentó las siguientes pruebas:

1.6.11.1.1. Encuesta escrita realizada a 52 personas que manifestaron ser indígenas o afrodescendientes y tener como ocupación la minería tradicional, artesanal e informal en la mina Villonza.

1.6.11.1.2. Certificado emitido por la Secretaría de Planeación de Vivienda e Infraestructura del Municipio de Marmato, Caldas, en el que consta que el Cerro El Burro, también conocido como el Guamo, está ubicado en la parte alta de Marmato, el cual alberga el casco urbano, y allí se concentra la actividad minera. También precisa que “el Cerro El Burro está conformado por los siguientes sectores: La Plaza, Cumba, Arbolito, Limonar, Ranchería, El Seis, El Colombiano, Atrio Parroquial, Ubarba, San Pedro y Cien Pesos”.

1.6.11.1.3. Certificado proferido por el Consejo Regional Indígena de Caldas -CRIDEC-, en el que consta que “en mediación de las comunidades de Limonar, Territorio y Guayabito pertenecientes a la parcialidad indígena de Cartama, se encuentra ubicada la mina Villonza, la cual es explotada artesanalmente por la comunidad indígena”.

1.6.11.1.4. Certificado proferido por la Gobernadora de la Parcialidad Indígena Cartama, en el que consta que “la mina Villonza se encuentra en territorio indígena de la parcialidad Cartama del municipio de Marmato, Caldas, en la comunidad del Limonar (...) existiendo allí familias indígenas de la etnia EMBERA CHAMÍ y se encuentran inscritas en el censo poblacional, que realizó la parcialidad indígena Cartama de Marmato durante el presente año, según lo fundamentado en la Ley 89 de 1890”.

1.6.11.1.5. Resolución N°. 072 del 18 de enero de 2000, “Por medio de la cual se inscribe a la Organización de Comunidades Negras denominada Asociación de Joyeros Marmateños -ASOJOMAR-, en el Registro Único Nacional de la Dirección General de Comunidades Negras del Ministerio del Interior”.

1.6.12. Mediante escrito recibido en el Despacho del Magistrado Sustanciador el 2 de julio de 2015, el Juzgado Promiscuo Municipal de Marmato, Caldas, allegó el acta de diligencia de la inspección judicial realizada el 6 de mayo de 2015 en la zona Alta del Cerro El Burro de ese municipio. Como constancia se encuentra que:

(...)

En la entrada de la mina se encuentran varias personas que dicen ser mineros de la misma, aducen que existen aproximadamente 150 trabajadores en la mina, asociados, con labores de seis de la mañana a seis de la tarde, existiendo entre los mineros varios que están censados como indígenas y afrodescendientes, correspondiendo en un ochenta por ciento a los pobladores de esta localidad y el veinte restante a personas de los municipios de Supía, Riosucio y la Feliza.

(...)

Se obtiene información verbal acerca de que en la localidad existe la comunidad indígena CARTAMA de la población EMBERA CHAMÍ. Se resalta por parte de los presentes de que de la mina derivan su sustento unas 600 familias, teniendo en cuenta que los minerales extraídos son pasados después por un molino y en el desarrollo de dicho procedimiento varias son las personas que derivan su sustento de allí.

(...)

El sector es exclusivo de labores para la explotación minera, donde se encuentra la boca mina de Villonza, al respecto la Gobernadora Indígena manifiesta que la comunidad se encuentra residiendo en varios sectores de la población porque el sitio de Cien Pesos donde está ubicada la mina es destinada en forma exclusiva a la minería”.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA

La Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y con el Decreto 2591 de 1991.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

2.2.1. Con base en el relato fáctico expuesto en precedencia, la Sala encuentra que el presente caso comprende dos cuestiones que, pese a estar imbricadas en la sustentación de la demanda llevada a cabo por los accionantes, ameritan un análisis independiente.

2.2.2. En este orden de ideas, corresponde a la Sala dar respuesta a los siguientes

problemas jurídicos:

2.2.2.1. Primero, si existe o no vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de los demandantes por el inicio de las exploraciones y explotaciones de la mina Villonza sin antes implementar espacios idóneos de participación, en los cuales los argumentos de la población local para oponerse al desarrollo del proyecto fueran debidamente considerados al momento de decidir sobre su viabilidad, determinar los impactos ambientales y sociales de las obras, al igual que para diseñar las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes.

2.2.2.2. Segundo, si existe o no vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa, al reconocimiento y subsistencia como pueblos indígenas de los accionantes, integrantes de la comunidad indígena Cartama, debido a que el Ministerio del Interior y las entidades demandadas se negaron a certificar su presencia en la zona y a efectuar la consulta previa al inicio de la explotación de la mina Villonza, bajo el argumento de que el desarrollo del proyecto se haría en territorios de no influencia de la comunidad.

2.2.3. Para resolver este problema jurídico, la Sala analizará: i) la minería tradicional, artesanal e informal y la afectación de los derechos fundamentales; ii) las actividades de exploración y explotación minera y los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes; iii) el derecho a la consulta previa; y iv) la consulta previa en los procesos de exploración y explotación de los recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades étnicas. Posteriormente se pasará a resolver el caso concreto.

2.3. LA MINERÍA TRADICIONAL, ARTESANAL E INFORMAL Y LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

2.3.1.1. Con el ánimo de brindar mejores herramientas para afrontar el crecimiento que ha venido presentándose en la actividad minera nacional, la propia Carta del 91, en armonía con el desarrollo legislativo y con la acción de diferentes organismos estatales, se han logrado condiciones para desincentivar la exploración y explotación de hecho de los recursos naturales no renovables, con miras al fortalecimiento económico, social, ambiental y cultural.

2.3.1.2. Es por ello, que uno de los desafíos normativos respecto del sector minero, es

la erradicación de la minería ilegal e informal, junto con la formalización de las actividades mineras de subsistencia, informal, tradicional y artesanal, con el objeto de mermar el daño ambiental del ecosistema, de preservar la vida y la integridad de las personas que se dedican a dicha actividad, de impedir las violaciones de los derechos humanos y de incentivar el crecimiento económico del sector.

2.3.1.3. A pesar del desarrollo normativo logrado al respecto, el panorama de la minería en Colombia es el de un incompleto y desobedecido marco jurídico. La actividad minera en nuestro país ha tenido un desarrollo irregular, lejos de la formalización del sector y la ausencia de fallas en la regulación por parte del Estado[30]. Como consecuencia de lo anterior, las prácticas laborales inherentes a las actividades de exploración y explotación minera en Colombia han sido impuestas por la costumbre y las necesidades propias de una actividad económica que se ha convertido en el sustento de miles de familias. A la práctica de dicha actividad se les ha impuesto un marco de regulación regido por normas poco propicias para el buen desarrollo del trabajador como persona humana, y al margen de la normatividad laboral colombiana.

Entonces, la costumbre, las necesidades propias del ser humano y la falta de control y garantías de parte del Estado sobre la exploración y explotación de los recursos del subsuelo, aunado a una problemática social, como lo es el alto índice de desempleo, ha generado la proliferación de la minería ilegal e informal, así como la no formalización de la tradicional o de hecho en distintas regiones del país.

2.3.2. En el marco de la informalidad de la actividad minera, las relaciones laborales carecen de los mínimos fundamentales establecidos en las normas jurídicas nacionales y en los instrumentos internacionales como obligatorios para garantizar condiciones dignas de trabajo y por consiguiente de vida.

Lo anterior significa que una concepción amplia del derecho al trabajo incluye el realizado tanto por los mineros independientes o aquellos que desarrollan labores por cuenta propia, como el de los trabajadores que prestan sus servicios a un empresario minero formal o informal, con la modalidad de un contrato de trabajo estipulado por escrito o de manera verbal.

2.3.3. Ahora bien, es precisamente la necesidad de realizar una actividad de la cual derivar

beneficios económicos para la subsistencia, que las personas acuden a situaciones de autoempleo como mecanismo de sobrevivencia. No obstante, en el ámbito de la minería tradicional, artesanal e informal, las condiciones laborales se caracterizan por el alto riesgo al que están sometidos los trabajadores y por las pocas garantías que poseen en la realización de sus actividades. Ello es así porque: i) no aplican medidas de seguridad ocupacional; ii) trabajan sin cobertura de servicios de salud ni seguridad social, pues existe la negativa de las entidades prestadoras de salud, de los fondos de pensión y de las aseguradoras de riesgos profesionales, de permitir la afiliación de los mineros tradicionales, artesanales e informales, lo que deriva en la afectación de sus derechos a la salud, a la vida digna y al mínimo vital de ellos y de sus familias, al no permitirles el acceso a garantías básicas de un Estado Social de Derecho; iii) están sometidos a la desprotección legal frente al sector formal, ya que los mineros tradicionales, artesanales e informales no pueden participar en los mercados formales; y iv) perciben pocos ingresos económicos por su labor, los cuales en muchos casos no alcanza a ser un salario mínimo legal[31].

2.3.4. Bajo estas consideraciones, se tiene que no es posible separar el derecho al trabajo de la dignidad humana, por lo que la labor que se desempeña no debe encontrarse en situación de explotación ni de peligro, sino que, por el contrario, debe cumplir con un mínimo de condiciones que permiten la realización de todos los derechos de los trabajadores referidos en los instrumentos internacionales y que incluyen conceptos relacionados con la dignidad del trabajo[32].

Es por ello que la Observación No. 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece como obligaciones de carácter inmediato para los Estados, garantizar la realización del derecho a un trabajo libremente escogido o aceptado, así como garantizar que ese derecho sea ejercido sin ningún tipo de discriminación y adoptar medidas en aras de su plena realización[33], por lo que el Estado debe adoptar medidas para impedir que cualquier interferencia que atente contra el disfrute del derecho al trabajo y la aplicación de las garantías establecidas.

2.3.5. Por otra parte, respecto a la problemática ambiental que puede generarse por la actividad minera informal, dada la explotación de recursos mineros sin una adecuada planeación, estructura y legalización que controle o contrarreste los efectos nocivos que puede tener sobre el medio ambiente, es de no perderse de vista que el ambiente ha sido

uno de los principales elementos de configuración y caracterización del orden constitucional instituido a partir de 1991.

En la Constitución vigente, se señalaron un conjunto de deberes ambientales a cargo del Estado, entre los que se encuentran: proteger la diversidad e integridad del ambiente; conservar las áreas de especial importancia ecológica, fomentar la educación para lograr estos fines y garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente sano[34]. Igualmente, debe prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental; imponer las sanciones y exigir la reparación de los daños causados; planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución, y cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en zonas fronterizas[35].

Por otra parte, la Carta Política también precisó deberes simultáneos en cabeza del Estado y de los particulares, al consagrar que es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación[36]. También incluyó la Carta Fundamental el aspecto ambiental como un componente fundamental del Plan Nacional de Desarrollo, ordenando al Gobierno señalar objetivos, estrategias, programas y metas ambientales[37].

Lo anterior denota que en el ordenamiento Superior colombiano existe un cúmulo de disposiciones que, entendidas sistemáticamente, revelan la importancia que tiene en nuestro ordenamiento jurídico el ambiente, ya sea como principio fundamental, derecho constitucional y deber constitucional. De dichas disposiciones y con relación a la minería tradicional e informal, se puede concluir que en materia de protección al medio ambiente sano, la Constitución establece que el Estado tiene la obligación de prevenir, mitigar e indemnizar los daños ambientales causados por la realización de esas actividades.

Respecto a la prevención, el Estado debe planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución[38]. En cuanto a la acción de mitigación, debe intervenir, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales y en el uso del suelo[39], y en relación con el deber de indemnizar y de exigir indemnización por los daños ambientales, el Estado colombiano debe imponer las sanciones administrativas y penales por los daños

ocasionados al medio ambiente en la ejecución de la actividad de la minería tradicional, artesanal e informal.

En el contexto legal en que desarrolla la protección al ambiente en el ordenamiento colombiano[40], se tiene que la protección al medio ambiente tiene como principal parámetro legal la Ley 99 de 1993, a partir de la cual se establecen una serie de instituciones y se reparten competencias tendentes a la realización de este objetivo.

Es en este contexto que se enmarca la competencia prevista en el numeral 2º del artículo 5 de la Ley 99 de 1993, de acuerdo con el cual corresponde al hoy denominado Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible “regular las condiciones generales para el saneamiento del medio ambiente, y el uso, manejo, aprovechamiento, conservación, restauración y recuperación de los recursos naturales, a fin de impedir, reprimir, eliminar o mitigar el impacto de actividades contaminantes, deteriorantes o destructivas del entorno o del patrimonio natural”. Así mismo, y como complemento al numeral 2º, el numeral 14 del mismo artículo prevé que el Ministerio definirá y regulará “los instrumentos administrativos y mecanismos necesarios para la prevención y el control de los factores de deterioro ambiental y determinará los criterios de evaluación, seguimiento y manejo ambientales de las actividades económicas”.

Con base en estas medidas, el artículo 49 de la Ley 99 de 1993 previó la exigencia de licencia ambiental a cualquier actividad o industria que pueda causar deterioro considerable a los recursos renovables o al medio ambiente, o que introduzca modificaciones considerables o notorias al paisaje.

Este marco normativo se complementa con la competencia prevista por el numeral 2º del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, de acuerdo con el cual, para la “ejecución de proyectos de gran minería” únicamente el -hoy denominado- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible tendrá competencia para otorgar la respectiva licencia ambiental. Igualmente, el párrafo tercero de este artículo contempla la posibilidad de otorgar licencias globales de explotación minera y de exigir requisitos especiales para las áreas en que la adecuada conservación del ambiente así lo requiera. Regulación que se complementa con el artículo 53 que reconoce competencia para el otorgamiento de las licencias ambientales a las corporaciones autónomas regionales en los demás casos relacionados con la minería.

En armonía con la ley de protección del ambiente, el Código de Minas –Ley 685 de 2001- previó en el artículo 34 la posibilidad de que en determinadas zonas del territorio no pudiera realizarse explotación minera alguna, restricción que tendrá como fundamento el deber de protección del ambiente que, como anteriormente se manifestó, tiene como fundamento el artículo 79 de la Constitución. El mencionado artículo consagra:

“No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras.

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero.

(...)

No obstante, la autoridad minera previo acto administrativo fundamentado de la autoridad ambiental que decrete la sustracción del área requerida, podrá autorizar que en las zonas mencionadas en el presente artículo, con excepción de los parques, puedan adelantarse actividades mineras en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de la zona de exclusión. Para tal efecto, el interesado en el Contrato de Concesión deberá presentar los estudios que demuestren la compatibilidad de las actividades mineras con tales objetivos”. (Subrayado fuera del texto).

En este orden de ideas, se tiene que la regulación prevista en las disposiciones mencionadas de la ley 99 de 1993 y en los artículos 34 y 35 del Código de Minas –ley 685 de 2001- evidencian que el legislador tuvo en consideración el ambiente al momento de establecer condiciones, requisitos y restricciones a la actividad de exploración y explotación minera, las cuales atienden al contenido derivado de las normas constitucionales relativas a la protección y promoción del ambiente sano.

2.4. Las actividades de exploración y explotación minera y los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Reiteración de jurisprudencia.

2.4.2. En este orden de ideas, se tiene que en la sentencia C-891 de 2002[42], en la que se asumió, entre otros asuntos, la demanda contra varias disposiciones de la Ley 685 de 2001 -Código de Minas-, fundada en la omisión de la consulta previa respecto de asuntos que afectaban directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la Corte evidenció que el mandato constitucional de reconocimiento y protección de la identidad étnica y cultural, sumado al principio democrático participativo y la existencia de cláusulas particulares que imponen la participación de las comunidades étnicas en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (artículo 330 Constitucional), llevaba a concluir que este derecho de participación debía ser garantizado en las medidas legislativas que regularan el tema minero.

Este deber del Estado de garantizar la participación se encuentra sustentado, además, en explicaciones sociológicas e históricas que explican: i) el vínculo inescindible entre la conformación de la identidad diferenciada y la relación de la comunidad con la tierra, y de manera general los recursos naturales, a partir de una cosmovisión particular que difiere de la utilización patrimonial de estos bienes; y correlativamente ii) la incidencia que tienen los proyectos de exploración y explotación minera en los territorios de las comunidades tradicionales y en la conformación y garantía de integridad de su identidad diferenciada.

Así, el fallo sostuvo que “...es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. || Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella. || En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacentes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su

legado cultural y socio-económico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas.|| Finalmente, cabe afirmar que tratándose de asuntos mineros la anterior afirmación acusa mayores connotaciones, puesto que el proceso de la minería se concibe desde ese punto de vista como un ciclo de vida integral tendiente a satisfacer las necesidades de las presentes y futuras generaciones, y por sobre todo, respetuoso del desarrollo sostenible y la integridad étnica de los pueblos”.

En esta misma sentencia se precisó que los recursos que se encuentran en los territorios indígenas, son un asunto que afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. En consecuencia, según las disposiciones integrantes del bloque de constitucionalidad, las medidas legislativas que regulen la actividad de exploración y explotación minera, que pueda afectar los territorios de dichas comunidades, deben ser sujetas al trámite de consulta previa. A este respecto, la sentencia en comento recopiló las reglas fijadas sobre ese particular por la jurisprudencia, en especial las expuestas en la sentencia C-418 de 2002[43] sobre un asunto similar, para concluir que la consulta previa debió realizarse en relación con las distintas estipulaciones del Código de Minas.

También se dijo en dicho fallo que el trámite de consulta previa tiene raigambre constitucional, en tanto es un instrumento necesario para la protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y afrodescendientes, y que en ningún modo configura un poder de veto para el ejercicio de la actividad legislativa[44].

Por último, en la sentencia citada la Corte advierte que la consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos.

2.4.3. La sentencia SU-039 de 2007[45], en la que la Sala decidió acerca de la revisión de las decisiones de tutela que promoviera el Defensor del Pueblo, a favor de los integrantes de la comunidad indígena U’wa, en virtud de que una empresa petrolera solicitó a las

autoridades estatales correspondientes la expedición de licencia ambiental para adelantar labores de exploración en una extensa zona de territorio, parte de la cual estaba habitada por miembros de la citada comunidad, y en la que la licencia ambiental fue expedida sin que antes se hubiera constatado la participación efectiva de la comunidad indígena, lo que motivó el amparo constitucional a fin de lograr que se dejara sin efecto dicha licencia, con el objeto que el procedimiento de consulta fuera llevado a cabo, con sujeción a las reglas que le son aplicables, manifestó que:

“(…) de acuerdo con la Constitución, las actividades de aprovechamiento minero que se realicen en zonas en que se encuentren asentadas las comunidades tradicionales, deben ser previamente consultadas con las mismas. Esto con el fin de garantizar el cumplimiento del mandato de participación previsto tanto en el artículo 330 C.P., como en el Convenio 169 de la OIT. Ello en el entendido que (i) existe una cláusula constitucional concreta que impone al Gobierno de propiciar dicha participación; y, en cualquier caso, (ii) la explotación petrolera en los territorios de las comunidades es un asunto que, sin duda alguna, recae en el ámbito de los que los afectan directamente, lo que justifica la consulta previa sobre las medidas correspondientes, para el caso planteado de índole administrativo”.

La Corte consideró, del mismo modo, que este deber de garantía de participación de las comunidades diferenciadas encontraba sustento en la necesidad, evidenciada por el texto constitucional, de ponderar entre la explotación económica de los recursos mineros, la protección del medio ambiente, el logro del desarrollo sostenible y la identidad étnica y cultural de las citadas comunidades, y que esta ponderación solo es posible si la posición e intereses de los pueblos indígenas y afrodescendientes afectados es integrada al debate sobre la política pública correspondiente. En caso contrario, la actividad estatal desconocería su derecho constitucional al reconocimiento como minoría objeto de especial protección del Estado.

A continuación pasa la Corte a citar lo que en aquella oportunidad se manifestó en la sentencia citada respecto a la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, dada la claridad y precisión de las reglas allí contenidas. A saber:

“(…) la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas 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 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas 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 subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena.

(...) La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones”.

Por otra parte, la Corte también advirtió que la participación de las comunidades étnicas, como paso previo a la expedición de la licencia ambiental, no podía adelantarse de cualquier modo sino que, debía cumplir con determinadas condiciones que sean compatibles con el citado deber de protección de la identidad diferenciada, entre ellas, i) el conocimiento pleno de la comunidad étnica acerca del contenido del proyecto y los mecanismos en que será ejecutado; ii) que la comunidad sea ilustrada sobre el grado de incidencia que la ejecución del proyecto minera tendrá sobre los elementos y circunstancias que conforman esa identidad diferenciada; iii) que la comunidad pueda deliberar libremente sobre las ventajas y desventajas del proyecto, de modo que participe efectivamente en la definición del mismo, procurándose la concertación de las medidas correspondientes. Por ende, dicha participación no se perfecciona con la simple notificación a la comunidad acerca del contenido del proyecto; y iv) en caso que la concertación no sea posible, “(...) 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.” Estas condiciones, de acuerdo con la sentencia en comento, solo se logran a partir del procedimiento de consulta previa.

2.4.4. Las reglas antes referidas fueron nuevamente utilizadas en la sentencia T-769 de 2009[46]. En este caso, el Ministerio de Minas y Energía había suscrito de concesión minera a favor de una empresa de exploración y explotación, con el fin de desarrollar el proyecto denominado Mandé Norte, el cual se ubicaba parcialmente en el territorio del resguardo indígena de la comunidad Embera de Uradá Jiguamiandó, del departamento del Chocó. Los accionantes, pertenecientes a ese grupo étnico, formularon acción de tutela contra los Ministerios del Interior y de Justicia, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de Defensa, de Protección Social y de Minas y Energía, con el argumento que el proyecto de explotación minera no había sido objeto de consulta ante autoridades representativas de la comunidad indígena.

En esa sentencia, la Corte concluyó que: i) al tratarse de un proyecto minero adelantado en territorio de la comunidad indígena, debió someterse al procedimiento de consulta previa; ii) que esa consulta debía cumplir con las condiciones descritas por la jurisprudencia constitucional, entre ellas la representatividad de las comunidades; y iii) que estos requisitos no se habían cumplido en el caso concreto, por lo que debía protegerse el derecho a la consulta previa a través de la suspensión de las labores de exploración y explotación, hasta tanto no se verificara la consulta, con el lleno de los requisitos anotados.

Así, en lo que tiene que ver con la afectación de los derechos de la comunidad indígena, derivado del desarrollo de proyectos de explotación minera sin su participación oportuna y efectiva, esta Corporación expresó que era importante hacer hincapié en que “(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo,

según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”.

2.4.5. Ahora bien, la Corte también ha identificado cómo las actividades de explotación minera pueden llegar a configurar factores de “riesgo transversal” para las comunidades indígenas y afrodescendientes, en especial cuando se trata de labores adelantadas bajo un concepto industrial a gran escala que, por sus propias características, inciden en porciones importantes del territorio. Esto lleva, incluso, a que tales actividades, cuando se desarrollan al margen de los intereses de las comunidades afectadas, lleven a situaciones especialmente graves en términos de protección y garantía de derechos fundamentales, como es el desplazamiento forzado interno. A este respecto el Auto 005 de 2009[47], adoptado como consecuencia del seguimiento de las órdenes estructurales de protección a la población desplazada, dictadas en la sentencia T-025 de 2004[48], señaló:

“En la documentación remitida a la Corte Constitucional por las distintas organizaciones que participaron en la sesión del 18 de octubre de 2007, se resaltan tres factores transversales que contribuyen a que la población afrodescendiente sea una de las más afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado. Estos factores son (i) una exclusión estructural de la población afrocolombiana que la coloca en situación de mayor marginación y vulnerabilidad; (ii) la existencia de procesos mineros y agrícolas en ciertas regiones que impone fuertes tensiones sobre sus territorios ancestrales y que ha favorecido su despojo; y (iii) la deficiente protección jurídica e institucional de los territorios colectivos de los afrocolombianos, lo cual ha estimulado la presencia de actores armados que amenazan a la población afrodescendiente para abandonar sus territorios”[49].

2.4.6. Respecto al caso de los indígenas, en el Auto 004 de 2009[50], adoptado dentro del proceso de seguimiento antes señalado, la Corte manifestó que la explotación lícita de recursos mineros también concurría como factor de riesgo de desplazamiento para las comunidades indígenas, en especial debido a su incidencia en territorios estrechamente

relacionados con la definición de la identidad diferenciada y las prácticas tradicionales de esos pueblos[51].

2.4.7. La participación de las comunidades tradicionales en los proyectos que los afectan se explica, por los potenciales efectos nocivos que tienen los proyectos a gran escala, entre ellos los mineros, para los intereses de las comunidades tradicionales. Estos efectos, a su vez, deben mirarse no solo desde la perspectiva del compromiso específico con territorios “propios” de los pueblos étnicos, sino respecto de toda actividad de desarrollo que llegase a afectar directamente los intereses de los mismos. Esta perspectiva incluye, medidas de carácter general respecto de las cuales se predique ese grado de incidencia. A este respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en un informe de 2009, señaló que:

“Sería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población. En lugar de ello, una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexa, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas.

El deber de celebrar consultas no está limitado a las circunstancias en que una medida propuesta pueda afectar o afecte en el futuro un derecho ya reconocido o derivado de un contrato. El Relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales.

Las características específicas del proceso de consultas requerido por el deber de celebrar consultas variará necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas. Las medidas de reforma constitucional o legislativa que interesan o afectan a todos los pueblos indígenas de un país requerirán mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos ellos y a su alcance. En cambio, las medidas que afecten a pueblos o comunidades indígenas particulares, como las iniciativas para la actividad de extracción de recursos naturales en sus territorios, requerirán procesos de consulta que garanticen la participación activa de los grupos particularmente afectados y presten atención especial a sus intereses” (Subrayado fuera del texto).

2.4.8. Por último, no puede perderse de vista que, habida cuenta el carácter central que tienen los recursos naturales para la salvaguarda de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y afrodescendientes, el mismo Convenio 169 de la OIT ha considerado necesario prever reglas particulares acerca de la garantía de participación de las comunidades étnicas respecto de las medidas que asuman este tópico. En tal sentido, el artículo 15 de ese instrumento internacional prevé dos reglas a ese respecto, a saber: i) 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; y ii) en

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

2.4.9.1. La producción y utilización de los recursos naturales, entre ellos los mineros, que se encuentren en territorios de las comunidades indígenas y afrodescendientes, entendiendo por tal, no sólo las áreas tituladas a una comunidad, sino también aquellas que constituyen el ámbito de sus actividades culturales, religiosas y económicas, es un asunto importante a la hora de definir la identidad de dichos pueblos, por lo que las medidas tanto legislativas como administrativas que puedan incidir en ese aprovechamiento específico deben contar con espacios de participación para esas comunidades.

2.4.9.2. Dicho deber de participación resulta fortalecido cuando se trata de medidas legislativas y administrativas relacionadas con la explotación de recursos naturales en los territorios en que se ubican las comunidades diferenciadas, ya que: i) existe un mandato constitucional respecto a esta obligación, contenido en el párrafo del artículo 330 C.P.; ii) en el mismo sentido, el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT también prevé un mandato particular, el que impone el deber al Estado de consultar a las comunidades toda medida relacionada con la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, lo que incluye los recursos mineros; y iii) la jurisprudencia constitucional ha sido clara en precisar que tales proyectos de explotación de recursos naturales tienen un importante grado de incidencia en la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural de las comunidades diferenciadas.

2.4.9.3. La participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes respecto de las medidas relacionadas con el aprovechamiento de recursos mineros ubicados en sus territorios, debe ser compatible con las condiciones propias de su identidad diferenciada. Por ende, esa participación no puede acreditarse de cualquier modo, sino que debe

ajustarse a los requerimientos propios de la consulta previa. Esto debido a que tales condiciones permiten que la participación de dichos pueblos étnicos se adelante bajo condiciones de buena fe, información suficiente a las comunidades afectadas, adecuación cultural y oportunidad.

2.4.9.4. En la actividad de exploración y explotación minera, para el caso colombiano, convergen diversos factores de riesgos para la vigencia de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas. Aunque se trata de una actividad legal y sometida a fuertes regulaciones, la experiencia histórica ha demostrado que los proyectos mineros son especialmente sensibles a acciones como la incursión de grupos armados ilegales, el desplazamiento forzado de las comunidades que habitan las zonas afectadas y la contaminación del medio ambiente. Estos riesgos, que lastimosamente son connaturales a la actividad minera, exigen un especial deber estatal de garantía de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

2.4.9.5. En los casos que debiéndose adelantar la consulta previa, esta es pretermitida, además de afectarse el derecho de las comunidades étnicas al reconocimiento de su diversidad étnica y cultural, se pone en riesgo a estos pueblos respecto de sus demás derechos constitucionales. Ello en razón de los riesgos propios de la actividad minera, que suelen generar afectaciones concretas a los citados derechos, debido a la ausencia de participación de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Esta circunstancia, como se ha indicado, refuerza la necesidad de llevar a cabo ese procedimiento de consulta, con el cumplimiento estricto de los requisitos explicados por la jurisprudencia constitucional.

2.5. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

2.5.1. En el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana[52], la Constitución otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan.

2.5.2. Esta especial protección constitucional, implica el derecho general de los pueblos indígenas y tribales a participar en la toma de cualquier decisión que pueda concernirles, y específicamente a la consulta previa en decisiones que les atañen directamente. Así, el derecho a la consulta previa es una institución que garantiza el derecho a la participación a

favor de comunidades indígenas y tribales, en el que éstas tienen la oportunidad de expresar su opinión “sobre la forma, el momento y la razón de medidas decididas o ya aplicadas que inciden o incidirán directamente en sus vidas”[53].

2.5.3. Los procesos de consulta previa, que constituyen una forma de participación democrática, se encuentran regulados en el artículo 330 superior, en el Convenio 107 de la OIT [54] -sobre la protección a las poblaciones indígenas y tribales en países independientes, que dispuso en relación con los territorios indígenas, el deber de reconocer el derecho a la propiedad colectiva e individual, el deber de no trasladar a estos pueblos de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, y cuando fuere necesario, garantizarles tierras de la misma calidad o medidas de compensación acordes con sus costumbres y cultura, y en el Convenio 169 de la OIT[55] -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 salvaguardado-[56].

2.5.4. Por otra parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General mediante Resolución 61/295 de 2007, en sus artículos 3, 4 y 5, reconoce la libre autodeterminación de los pueblos indígenas y los derechos a la autonomía y al autogobierno en los asuntos relacionados con su condición política, social y económica[57]. Adicionalmente, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus territorios ancestrales y sobre los recursos que se encuentran en ellos, el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras y recursos acorde con sus usos y costumbres, el derecho a participar de los procesos que tengan que ver con la explotación de recursos dentro de sus territorios, el derecho a la reparación integral y/o compensación cuando sus territorios han sido confiscados, tomados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo y libre, así como los deberes correlativos de los Estados de celebrar consultas para obtener el consentimiento previo, libre e informado cuando un proyecto afecte sus territorios y recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo y el de adoptar medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, social, cultural o espiritual[58].

2.5.5. En lo que al Sistema Interamericano de Derechos Humanos se refiere, el artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada de los pueblos indígenas y tribales. Sobre este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que debe ser interpretado en un sentido que comprenda, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal desde una perspectiva cultural y espiritual.

Así, mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y, particularmente, del artículo 21 de la Convención Americana, el Tribunal mencionado ha protegido el derecho al territorio de las comunidades indígenas y tribales, afirmando lo siguiente:

“(…) la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.” [59]

De la misma manera, la Corte Interamericana, basándose en el Convenio 169, ha establecido que el derecho a la consulta se relaciona con otros derechos, en particular con el de participación consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, toda vez que “En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos...desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”[60].

En el caso Saramaka contra Surinam, relativo a la protección de los derechos a la propiedad colectiva y a la participación de una comunidad tribal frente al otorgamiento de concesiones por el Estado que implican la exploración y explotación de los recursos naturales de territorios indígenas y étnicos, se estableció que es una obligación estatal garantizar: (i) la participación efectiva de los miembros de las comunidades afectadas con el proyecto, de conformidad con sus costumbres y tradiciones en relación con el plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción; (ii) asegurar que los beneficios de la obra o

proyecto sean también para la comunidad indígena o étnica asentada en el territorio donde se realiza la explotación de los recursos; y (iii) controlar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio de las comunidades hasta tanto, bajo la supervisión del Estado, se realice un estudio previo de impacto social y ambiental[61].

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara en señalar que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un mayor impacto dentro del territorio de comunidades indígenas tribales o étnicas, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultarlas, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstas, según sus costumbres y tradiciones. Conforme a esto, la consulta debe cumplir con requisitos estrictos: debe ser adelantada de buena fe, realizada con carácter previo, debe ser adecuada y accesible, contar con un estudio de impacto ambiental y social, y debe tener la finalidad de llegar a un acuerdo con las comunidades presuntamente afectadas[62]. Sin embargo, la Corte IDH ha resaltado que:

“(…) el artículo 21 de la Convención no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social”[63].

2.5.6. La jurisprudencia constitucional no ha sido ajena al tema de la consulta previa, pues la ha reconocido como el derecho fundamental de las comunidades indígenas, tribales y afrocolombianas a ser consultadas sobre cualquier decisión que pueda afectarles directamente, como expresión del derecho a la libre determinación de los pueblos y a la participación.

En la sentencia SU-039 de 1997[64], se precisó que la consulta previa tiene varios objetos a saber:

“(i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos,

procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades 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; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.”

2.5.7. Para que el proceso de consulta previa cumpla su cometido, como lo es garantizar efectivamente espacios de participación en los que existan verdaderas concertaciones que garanticen los derechos a la libre determinación y la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es necesario que dicho proceso sea adelantado conforme a los estándares exigidos en la normativa internacional e interna. Dichos estándares fueron señalados y estudiados en la Sentencia T-462 A de 2014[65], y dada la precisión de su estudio serán traídos a colación en este fallo:

i) En primer lugar, la consulta previa debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades frente a las medidas que afectarán sus intereses. Este consentimiento es indispensable cuando las medidas impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto, estén relacionados con el vertimiento de sustancias tóxicas en los territorios donde se asientan las comunidades y/o representen un alto impacto en las condiciones sociales, culturales y económicas que pongan en riesgo la supervivencia de la comunidad indígena o étnica. Lo anterior no significa que las comunidades tengan poder de veto[66], pero el consentimiento de las comunidades es imprescindible para determinar la alternativa menos lesiva sobre la medida administrativa o legislativa a realizar conforme el principio de interpretación pro homine.

ii) En segundo lugar, la consulta previa debe ser un proceso de concertación o acuerdo con la comunidad, a través de sus representantes autorizados, quienes manifiesten sus conformidades e inconformidades con el proyecto u obra a realizar y la manera como posiblemente puede verse afectada su identidad e integridad étnica y cultural, así como las posibles medidas de compensación que se requieren para mitigar los efectos. Por tanto, no

es suficiente la mera información o notificación a la comunidad sobre el proyecto que se realizará; es decir, la reunión de divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidad a los representantes o autoridades tradicionales de las comunidades de pronunciarse, no se considera una consulta previa[67].

iii) En tercer lugar, antes de llevar a cabo la consulta, deben existir conversaciones preliminares con la comunidad o comunidades que puedan ser afectadas, con el objeto de identificar las instancias de gobierno y los representantes, socializar el proyecto y concertar la metodología con la cual se adelantará el proceso de consulta previa[68]. En otras palabras, esta etapa preliminar pretende fijar el marco y la metodología de conformidad con la del cual se realizará la consulta, es decir, los agentes participantes, el “orden del día”, las maneras de dialogar, los elementos a tener en cuenta, etc.

iv) En cuarto lugar, la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que comience el proyecto de explotación o de que se tome la decisión normativa o de otro tipo que afecta a las comunidades directamente, so pena de que la medida pueda ser invalidada por un vicio de ausencia de consulta. Así sucedió, por ejemplo, en el caso estudiado en la sentencia C-702 de 2010[69], en la que la Corte consideró que la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa, incluidos los actos legislativos.

v) En quinto lugar, conforme al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa debe regirse por el principio de la buena fe, lo que quiere decir que el proceso no debe ser manipulado y debe adelantarse en un ambiente de transparencia de la información, claridad, respeto y confianza.

vi) En sexto lugar, debe garantizarse el acompañamiento y apoyo a las comunidades en el proceso de consulta por autoridades como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, para asegurar que estén informadas de las propuestas del proyecto y sus implicaciones[70].

vii) En séptimo lugar, los resultados de la consulta, es decir, las decisiones que se tomen conjuntamente y las medidas de compensación acordadas, deben tener efectos sobre la decisión del proyecto[71].

viii) En octavo lugar, la consulta debe ser un proceso que no se agota con “acercamientos” o la simple socialización de las decisiones con las comunidades afectadas, sino que exige un verdadero diálogo entre los agentes involucrados, en el que se identifiquen las ventajas y desventajas de la ejecución de las decisiones que eventualmente afectarán a los pueblos indígenas y tribales, y las medidas de compensación y mitigación más adecuadas[72].

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 étnicas[74]; ii) antes de realizarse cualquier exploración o explotación de minería o de otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichas comunidades[75]; iii) cuando sea necesario trasladar las comunidades nativas de sus tierras a otro sitio[76]; y iv) antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigida a dicha población[77]. Para ello, se han establecido parámetros básicos para adelantar los procesos de consulta previa con los pueblos indígenas y tribales, para asegurar la protección de sus derechos a la propiedad y a la participación en las decisiones ambientales y sociales que los involucran. Así pues, tratándose de proyectos y obras de exploración y explotación de los recursos naturales que afectan el territorio de estos pueblos e impactan el ambiente, el Estado debe adelantar procesos de consulta que observen las necesidades y costumbres de los miembros de dichos pueblos para cumplir de forma efectiva, no sólo con el goce de los derechos a la propiedad y a la participación, sino de otros derechos que son el pilar de su subsistencia, como lo son la salud y la educación, entre otros.

2.6. La consulta previa en los procesos de exploración y explotación de los recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades étnicas. Reiteración de jurisprudencia.

2.6.1. Respecto al escenario de las decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, como licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros, la Corte ha establecido criterios importantes sobre el derecho fundamental a la consulta previa, por medio de la revisión de acciones de tutela interpuestas por comunidades indígenas y/o afrodescendientes afectadas por proyectos que implican trámites de licencia ambiental u otras decisiones administrativas que afectan directamente sus tierras o costumbres tradicionales.

2.6.2. A continuación se hace un recuento de algunas decisiones de esta Corporación relacionadas con proyectos de desarrollo y de concesión minera, con el fin de referenciar los parámetros que al respecto han sido adoptados en la jurisprudencia constitucional.

En sentencia T-380 de 1993[78], 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 predicán de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma, dotada de singularidad propia[79].

En esa oportunidad, la Corte, respecto al desarrollo económico sostenible, puntualizó que el Constituyente a través del artículo 330 de la Carta protegió y condicionó la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, a que se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Así, la Sala afirmó que la explotación maderera, independientemente de la autorización estatal, atentaba contra el ecosistema y agotaba los recursos primarios de la economía de subsistencia de las comunidades étnicas afectándoles su vínculo con el entorno y la naturaleza. Por ello, la Corte ordenó a la autoridad estatal demandada, la restauración de los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito e iniciar las acciones judiciales dirigidas a exigir las medidas de reparación de los daños sufridos por el resguardo indígena.

2.6.3. En la sentencia SU-039 de 1997[80], se estudió la acción de tutela presentada por el Defensor del Pueblo en la que solicitaba la protección de la identidad étnica, cultural, la libre determinación, el territorio cultural y la vida de la comunidad indígena U'WA, del departamento de Arauca. Los hechos hacían referencia a la exploración y explotación de petróleo en los territorios ancestrales de la comunidad indígena por parte de una empresa privada que había obtenido la licencia ambiental sin la realización de una consulta previa, y acudiendo a simples “acercamientos” que no fueron suficientes para proteger los derechos de los indígenas.

La Corte amparó el derecho fundamental de participación y ordenó a la empresa demandada efectuar una consulta al pueblo indígena teniendo en cuenta que ésta implica la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, fundamentadas en el mutuo respeto y la buena fe. Precisó que este proceso debe garantizar que la comunidad: a) tenga conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos

naturales en los territorios que ocupan o utilizan para sus prácticas tradicionales, b) esté enterada suficientemente sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación a su identidad y cohesión social, cultural, económica y política, y c) tenga la oportunidad de, libremente y sin interferencias extrañas, 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 proyecto. Así, estableció que no tiene valor de consulta la mera información o notificación que se le hace a la comunidad sobre un proyecto de exploración y explotación de sus recursos.

En el mismo sentido, la Corte señaló que en caso de no llegarse a una concertación, debían tomarse todas las medidas necesarias para mitigar, corregir o restaurar los efectos que pudieran derivarse de las obras o actividades realizadas en el territorio de la comunidad afectada. Con fundamento en estas consideraciones, la Corte tuteló transitoriamente los derechos a la participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U'WA, y ordenó que éste fuera consultado antes de proferir una resolución relacionada con la exploración de recursos naturales en su territorio.

2.6.4. De igual forma, en la sentencia T-652 de 1998[81], la Corte conoció de una acción de tutela interpuesta por el pueblo Embera-Katío de Alto del Sinú contra varias autoridades estatales debido a que se había omitido realizar la consulta previa con los pueblos indígenas para la realización de cada una de las etapas de construcción de un proyecto hidroeléctrico, aun cuando dentro de los impactos ambientales comprobados, se destacaba la inundación de secciones de los territorios de los pueblos Embera. La Corte concedió el amparo a los derechos fundamentales de la comunidad afectada y ordenó a las autoridades estatales tomar medidas de protección especial para garantizar el derecho a la participación, y frente a la empresa privada involucrada en el proyecto, le ordenó indemnizar a la comunidad. En este fallo, se reiteró lo establecido en la SU-039 y adicionalmente se dijo que la realización irregular de la consulta previa a un pueblo indígena implica la vulneración de sus derechos fundamentales a la participación y al debido proceso, de manera general, pero del principio de respeto por el carácter multicultural y étnico que caracteriza a la nación colombiana.

2.6.5. Reafirmando la importancia del derecho a la consulta previa, en la sentencia C-030

de 2008[82], la Corte Constitucional puntualizó que la afectación directa a la que hace referencia el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es el criterio esencial para evidenciar la necesidad de una consulta previa. Sobre ello señaló que para determinar si existe afectación directa, no basta con identificar si la zona de influencia del proyecto afecta la ubicación geográfica, sino que debe mirarse al mismo tiempo, si las “secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan su cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto” (resaltado fuera de texto).

2.6.6. En la sentencia T-769 de 2009[83], se analizó el caso de una comunidad indígena de Antioquia que se vio afectada por un proyecto de concesión minera, que autorizaba a una multinacional la exploración y explotación de una mina de cobre, oro y otros minerales. La comunidad demandante alegaba en el escrito de tutela, que el proyecto generaba un grave impacto ambiental que ponía en riesgo, tanto la biodiversidad de los territorios, como a las comunidades indígenas y afrodescendientes de la zona contigua. Además, mencionaban que el proceso de consulta previa que se había realizado no había sido el adecuado, puesto que se basó en reuniones meramente informativas que en nada garantizaban su participación y la garantía de sus derechos frente al proyecto.

La Corte comprobó que el proceso de consulta previa realizado por la empresa multinacional y las entidades estatales no fue acorde con los lineamientos jurisprudenciales, por ello ordenó la suspensión de la exploración y explotación de la mina hasta tanto no se realizara adecuadamente el proceso consultivo. Esta Corporación consideró que para identificar los impactos positivos o negativos de un proyecto, y salvaguardar la identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, es esencial garantizar su participación activa y efectiva en la toma de las decisiones.

2.6.7. En la sentencia T- 547 de 2010[84] se estudió un caso en el que la empresa Brisa S.A. solicitó ante el Ministerio del Medio Ambiente, el otorgamiento de una licencia ambiental para la construcción y operación de un puerto multipropósito en el municipio de Dibulla, Departamento de la Guajira. En el área del proyecto se encontraban asentadas varias comunidades indígenas y afrodescendientes; no obstante, el Ministerio del Interior certificó que no existía presencia de estos pueblos. El Ministerio del Medio Ambiente otorgó la licencia ambiental con base en dicha certificación. En la resolución de la licencia se

dispuso que, independientemente de lo dispuesto por el Ministerio del Interior, era necesario adelantar un proceso de concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, de acuerdo con los criterios y mecanismos que dichas comunidades tienen definidos como legítimos para estos efectos. Sin embargo, la empresa no dio cumplimiento a dicho requisito e inició la construcción del proyecto.

Las autoridades indígenas interpusieron acción de tutela para buscar la protección de sus intereses, alegando que el área en donde se desarrollaría el proyecto forma parte del territorio ancestral de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, y que allí se encuentra el cerro sagrado Jukulwa que se utiliza para ceremonias de pago. La Corte Constitucional ordenó suspender la ejecución del proyecto y realizar la consulta previa con los estudios de impacto en los territorios afectados de las comunidades accionantes, con base en que los mandatos constitucionales exigen preservar la identidad cultural de las comunidades indígenas, y en esa medida, garantizarles ámbitos de autonomía en los asuntos que les conciernen[85].

2.6.8. En la sentencia T-745 de 2010[86], la Corte revisó una tutela sobre un contrato de concesión entre la Alcaldía Mayor de Cartagena y el Consorcio Vial Isla Barú para la construcción de una carretera. Los accionantes, representando a la Empresa Asociativa de Agricultores del Corregimiento de Pasacaballos y la Veeduría Ciudadana 'Ojo Pelao', alegaban la desatención de la obligación de consultar a las comunidades negras que habitaban la zona, requisito que se desprende de las normas contenidas en la Ley 70 de 1993, el Decreto 1320 de 1998 y el Convenio 169 de la OIT.

En esta oportunidad, la Corte estableció algunos elementos adicionales de cómo debe entenderse el concepto de "afectación directa" del artículo 6° del Convenio. Al respecto, afirmó que este término se relaciona "con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias". Por tanto, la Corte consideró que el proyecto de construcción de la carretera, no sólo afectaba directamente a las comunidades indígenas por encontrarse en su zona de influencia, sino que además, "sus secuelas recaían de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan su cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto".

2.6.9. Asimismo, en la sentencia T-129 de 2011[87], la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por los miembros de la comunidad indígena Embera del municipio de Acandí en el departamento del Chocó, quienes alegaban que en su territorio existían cuatro actividades que ponían en riesgo su autonomía territorial: a) La construcción de una carretera que atravesaría los resguardos, b) el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, c) los trámites de concesión minera para explotación de oro en Acandí y la invasión ilegal del territorio, d) así como el peligro de desplazamiento por la expectativa económica de las obras y proyectos. La Corporación estableció que los proyectos de desarrollo u obras que se planifiquen y pretendan ejecutarse en un territorio en el que habite una comunidad étnica o sea utilizado para su subsistencia, deben respetar sus usos y costumbres, en virtud del principio de pluralismo étnico reconocido en la Carta Política[88].

La Corte al mismo tiempo puntualizó que las normas sobre licenciamiento ambiental no sólo pretenden proteger el medio ambiente sino que tienen un doble objetivo: “contemplar la obligatoriedad de que las comunidades étnicas del país se pronuncien sobre la tramitación de licencias ambientales que autorizan la explotación de recursos naturales; ello ligado a la protección no solo de la autonomía de las comunidades tribales sino del patrimonio cultural de la Nación”.

De tal forma, en esta providencia la Corporación resaltó que no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación, por ello entre las alternativas que se presenten en la consulta para mitigar los eventuales impactos, deberá escogerse la menos lesiva para su integridad cultural y étnica. Lo anterior es una manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que “la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”[89].

2.6.10. En la sentencia T-693 de 2011[90], este Tribunal revisó la acción de tutela interpuesta por el gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial – La Victoria, en la cual pretendía que se ordenara la suspensión de una resolución emitida en el 2006 por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo, mediante la cual se otorgó licencia ambiental para la construcción de un oleoducto desde el Campo Rubiales. Así mismo, solicitaba la realización de una consulta previa y la suspensión de las actividades petroleras adelantadas por la empresa Meta Petroleum Limited. El Ministerio de Ambiente negó la solicitud de consulta previa, argumentando que el Ministerio de Interior y de Justicia había expedido certificación sobre la no presencia de comunidades indígenas o negras en el área de influencia del proyecto.

La Corte destacó que la protección constitucional del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas se hace efectiva de manera especial mediante el deber estatal de adelantar procesos de consulta antes de la adopción y la ejecución de decisiones que directamente puedan afectarles. Con base en lo anterior, y citando lo considerado en las sentencias T-380 de 1993[91], SU-039 de 1997[92] y T-652 de 1998[93], la Corte concluyó en esta ocasión que “por ser la consulta previa una forma de participación que realiza el derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas e, incluso, su derecho a la supervivencia como grupo diferenciado,[94] este mecanismo ha sido protegido por esta Corporación como un derecho fundamental”.

Así, en consonancia con lo expuesto, adicionó la Corte, sobre el concepto de territorio en las comunidades étnicas, que “éste comprende no sólo las áreas tituladas a una comunidad, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales, religiosas y económicas, etc”.

En virtud de que en el caso concreto la construcción del oleoducto ya había culminado, la Corte declaró la existencia de un daño inmaterial causado por el impacto cultural que generó la obra a la comunidad indígena, y ordenó por ello la adopción de varias medidas de reparación y de compensación, entre las cuales se encontraba el adelantamiento de una consulta con la comunidad con la finalidad de acordar medidas de compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados por la construcción del oleoducto. Nótese que en el caso bajo revisión, el proyecto de explotación ya había sido ejecutado, y por tanto, la consulta debía versar sobre las medidas de compensación y mitigación de los impactos

generados.

2.6.11. En la sentencia T-993 de 2012[95], la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Cabildo Indígena La Luisa del Pueblo Pijao, contra varias entidades estatales por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad étnica y al debido proceso con ocasión de la construcción de una variante en su territorio ancestral y afectar con ello su patrimonio arqueológico y ecológico. Resaltó la Corporación que la obligación de realizar consulta previa se predica tanto de comunidades étnicas ubicadas en zonas tituladas como no tituladas pero habitadas de manera permanente. Recordó que la jurisprudencia constitucional ha entendido que la licencia ambiental tiene un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o reversar, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente. Así pues, concluyó que la presencia de las comunidades indígenas en el área de intervención de las obras del caso concreto era evidente, y por eso, ordenó suspender la ejecución del proyecto mientras se agotaba el proceso de consulta. Esta orden la sustentó en el Decreto 1320 de 1998 el cual dispone que aún en el evento en que no se haya certificado la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de un proyecto, si durante la realización del estudio se constata la presencia de las mismas, debe garantizarse su derecho a ser consultadas.

2.6.12. En la sentencia T-172 de 2013[96], este Tribunal conoció de una acción de tutela interpuesta por un miembro de las comunidades afrocolombianas de la isla Barú, Cartagena, quien señaló que en el año 2009 se inició un proceso de consulta previa para la construcción de un puerto multipropósito en la isla, pero no se había incluido a una de las comunidades, lo que resultaba violatorio de sus derechos fundamentales. La Corte ordenó la realización de la consulta previa con todas las comunidades asentadas en el área del proyecto sobre las cuales recaería un eventual impacto ambiental y social.

Dentro de la parte motiva, la Corte recordó que “las obligaciones cardinales adscritas al goce efectivo del derecho están radicadas en cabeza de las entidades públicas correspondientes en todos los niveles territoriales. Son ellas las que deben garantizar que se identifique a las comunidades que se verán afectadas por el proyecto, que se defina un cronograma concertado y sensato, que el diálogo entre las partes realmente garantice los

derechos de las partes y que este se realice de manera fructífera. Lo anterior también implica el concurso proactivo y serio de las partes, especialmente de la(s) empresa(s) o sociedad(es) que ejecutarán el proyecto”. Concretamente, señaló que era deber de la contraparte, de naturaleza pública o privada, facilitar la identificación plena de la afectación o perjuicios, rendir informes consistentes y verídicos sobre los alcances de la obra, proyecto o labor y cumplir cabalmente con los compromisos que se hayan pactado con las comunidades. Al respecto, concluyó que “La falta a cualquiera de esas obligaciones constituirá una vulneración del derecho a la consulta previa y dará paso a que se proceda legítimamente a la suspensión o terminación –si es del caso- de los trabajos”.

2.6.13. En la sentencia T-858 de 2013[97], la Corte revisó el caso de un accionante que solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, supuestamente vulnerados por la Secretaría de Minas del Departamento del Cesar y por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por cuanto le negaron, hasta que no se llevara a cabo proceso consultivo, la legalización de la explotación de un yacimiento de materiales de construcción, arena y grava en la cantera La Peña de Horeb, ubicada en área rural del Municipio de Valledupar, Cesar, por cuanto se certificó la presencia de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta en el área de influencia del proyecto minero del accionante, ubicado en la zona de especial protección denominada “Línea Negra”.

En esa oportunidad la Corte reiteró la obligación de consultar a las comunidades indígenas cuando se van a realizar proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios, pues “(...) la Consulta previa en estos escenarios, responde a la libertad que tienen los indígenas de ejercer su libre determinación, participando de forma efectiva en la decisión de adelantar o no proyectos que puedan afectar directamente, en el cual ellos ejercen plenamente y en comunidad el gozo de sus derechos”.

Además de lo anterior, esta Corporación destacó la importancia de ampliar el concepto de territorio cuando se trata de áreas sagradas y de importancia cultural para las comunidades, incluso cuando se trata de zonas fuera de los resguardos titularizados, y concluyó que es obligación consultar a las comunidades étnicas cuando se vayan a adelantar proyectos de explotación de recursos naturales en los territorios que consideren ancestral. Al respecto sostuvo la Corte:

“Debido al sentido particular que tiene para los pueblos indígenas la tierra, la protección de su territorio no se limita a aquellos que se encuentran titularizados, sino que se trata de un concepto jurídico que se extiende a toda la zona indispensable para garantizar el pleno y libre ejercicio de sus actividades culturales, religiosas y económicas, de acuerdo como las ha venido desarrollando de forma ancestral. En ese orden de ideas, el Estado tiene la obligación de proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y debe tomar todas las medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos. Tanto en el derecho internacional como en el derecho interno, se ha establecido que el mecanismo de protección idóneo para garantizar que con medidas o actuaciones del Estado o de particulares, no se ven afectados los intereses de los indígenas, es la consulta previa”.

Con base en lo anterior, la Corte declaró improcedente la acción de tutela de la referencia, al considerar que el actor disponía de otro mecanismo de defensa judicial, en la medida en que la resolución expedida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, es un acto administrativo sujeto al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

2.6.14. Finalmente, en la sentencia T-426A de 2014[98], la Corte estudió el caso de una central hidroeléctrica construida en 1980 en territorios de los municipios de Suárez y Morales del departamento del Cauca, para el control de las inundaciones del río Cauca, sin que se hiciera ningún tipo de consulta con las comunidades que se encontraban en el área de influencia (población campesina, indígena y afrodescendiente) sobre los efectos del proyecto de la Central Hidroeléctrica Salvajina.

En esa oportunidad manifestaron los accionantes que la construcción del embalse sin la consulta debida, tuvo varios efectos sobre las comunidades que vivían en la zona, entre las cuales mencionan los siguientes: i) Venta de tierras por precios irrisorios; ii) incomunicación de las comunidades debido a la inundación de los caminos; iii) afectación de las actividades económicas como la extracción de oro y aluvión, puesto que la mayoría de minas desaparecieron debido a la inundación; iv) una vez terminada la represa y su posterior inundación, los residuos de las obras se descompusieron, lo que produjo gases putrefactos; y v) en razón a la incomunicación en la que quedaron algunas comunidades, se construyeron embarcaciones, como chalupas y canoas para transportarse, sin embargo, por

la falta de conocimientos técnicos para conducirlos, algunas se hundieron en la represa y varias personas murieron.

La Corte estableció que si bien la consulta previa no era exigible entre los años 1980 y 1985 cuando se construyó la represa, hoy sí es exigible respecto del Plan de Manejo Ambiental. Ahora bien, observó el Alto Tribunal que la empresa –por orden del Ministerio de Ambiente– dio inicio a un proceso de identificación de las comunidades indígenas de la zona y la socialización de la realización del proyecto, luego de que esta autoridad confirmara y reiterara el requerimiento de realizar la consulta previa en octubre de 2006[99]; sin embargo, a la fecha ese proceso no ha terminado[100].

La Sala consideró relevante resaltar la irrazonabilidad del plazo que se había tomado la EPSA para adelantar la consulta con las comunidades afectadas por el embalse, pues habían pasado casi diez años desde que se requirió a esta persona jurídica para identificar las comunidades afectadas, los impactos ambientales y socioeconómicos de la zona de influencia del proyecto y presentar un Plan de Manejo Ambiental con una consulta previa que contribuyera a determinar las medidas de compensación a tomar hacia futuro.

En efecto, la Corte amparó los derechos fundamentales a la consulta previa, a la libertad de circulación, a la salud y a la educación de los miembros de los resguardos indígenas Honduras y Cerro Tijeras, por las razones expuestas anteriormente.

2.6.15. Como consecuencia, 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 mantenimiento[101].

Por lo anterior, debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país, al que podría serle provechosa, prima facie, la 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 minoritarios[102].

3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

3.1. Resumen de los hechos

De los hechos narrados por los accionantes en el escrito de tutela y de las pruebas allegadas a este proceso, se puede hacer el siguiente recuento fáctico.

Mediante la Ley 66 de 1946, “Por la cual se dictan unas disposiciones sobre las minas de Marmato”, se dividen las minas de propiedad nacional así:

“Artículo 1º Zona Alta A: comprende toda área de minas queda hacia arriba de la línea que se encuentra en la confluencia de la quebrada de la Torre (...). La Zona baja B, comprende toda el área de las minas que están hacia debajo de la línea anteriormente determinada.

Artículo 2: la zona Alta A continuará rigiéndose por el sistema actual de pequeños contratos o permisos de explotación, celebrados por el Director de las minas de Marmato, y la duración de dichos contratos o permisos se fijarán por mutuo acuerdo entre el Director de las minas y los contratistas.

Artículo 4: el Gobierno procederá a contratar la explotación de la zona baja B, mediante un contrato. El término de duración será de 20 años prorrogables por 10 más”.

Pese a lo anterior, la mina Villonza, la cual se encuentra localizada en la parte Alta del Cerro El Burro, se constituyó como un contrato en virtud de un aporte minero, bajo el número 056-98M, el cual fue celebrado el 18 de agosto de 1998 entre Alberto Gallego Estrada y Mireralcol S.A. por el término de 10 años.

Posteriormente, esta área contratada fue integrada a otros 35 contratos mineros en virtud de aportes, lo cual fue aprobado por la autoridad minera en su momento, dando nacimiento al contrato minero CHG-081, cuya vigencia según el requisito minero nacional, es del 4 de febrero de 2002 hasta el 4 de febrero de 2032[103], que a su vez fue cedido previa autorización de la misma autoridad minera a Minerales Andinos de Occidente y Mineros Nacionales S.A.S.

Así las cosas, el 31 de marzo de 2010, Minerales Andinos de Occidente S.A. interpuso ante la autoridad minera de la época -INGEOMINAS-, solicitud de amparo administrativo en

contra de 15 personas determinadas y demás personas indeterminadas que estaban explotando la mina sin su autorización. La autoridad minera mediante resolución GTRM 751 del primero de septiembre de 2010 ordenó el desalojo y la suspensión inmediata y definitiva de los trabajos y obras mineras que realizaban los señores Mauricio Duque Moreno, Luis Antonio Bueno, Mario Tangarife, entre otros, dentro del área del contrato de concesión N°. CHG-081. Para el efecto, se dio como fecha el 31 de marzo de 2011, la cual fue aplazada por solicitud de la personera del municipio de Marmato, sin que a la fecha se haya realizado.

Desde el 2011, los accionantes vienen ejerciendo su labor en la mina Villonza, la cual fue recuperada después del cierre que en el 2008 hiciera Minerales Andinos de Occidente S.A.; momento desde el que ha sido explotada de manera continua por mineros artesanales.

En ese mismo año, “los mineros tradicionales de Marmato iniciaron un proceso organizativo que condujo a que en el año 2012 se creara la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato -ASOMITRAMA-, a la cual pertenecemos”.

La Junta Directiva de dicha Asociación está conformada por el Presidente, señor Mario Tangarife, por el Vicepresidente Alfonso Vélez, por el Fiscal Alberto Morales, por el Tesorero Jhon Fredy Muñoz, y por el Secretario Obed Moreno[104], quienes “tomaron la decisión de presentar, ante la autoridad minera nacional, solicitud de legalización de la minería tradicional en algunas minas del Cerro El Burro, como lo es la mina Villonza, el 15 de abril de 2013, (...) pero aún no se ha resuelto de fondo la solicitud porque la autoridad minera tiene a la fecha cerca de 4.000 trámites de solicitud de formalización de minería tradicional” [105].

El 6 de mayo de 2014, mediante oficio I.P.T. 57, se les comunicó a los accionantes de la existencia de la resolución GTRM N°. 751 del primero de septiembre de 2010, a través de la cual se ordenó el desalojo de quienes perturbaban la exploración y explotación de la mina Villonza. En el mencionado oficio se fijó la realización de la diligencia de desalojo para el 14 de mayo de 2014, pero un día antes del plazo fijado, la diligencia se suspendió, dados los problemas de orden público que se estaban presentando, pues “no tenían personal suficiente ni recursos económicos para el traslado de los mismos desde otro lugar de Colombia, lo que muestra claramente la trascendencia de nuestra problemática”[106].

Los accionantes expresan desconocer el contenido del acto administrativo conforme al cual se va a realizar el cierre de la mina, pues el mismo no se les hizo público, lo que vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa.

Por otra parte, también manifiestan los actores que son indígenas, que pertenecen a la parcialidad Cartama, y que su “organización fue avalada por la resolución 0046 del 3 de mayo de 2012, proferida por el Ministerio del Interior”, pero que, pese a pertenecer a una comunidad indígena, no se les ha consultado el proyecto minero GTRM N°. 751 de 2010, desconociendo el contenido de la Ley 21 de 1991 y de los tratados internacionales ratificados por Colombia que obligan a agotar este procedimiento cada vez que se tomen medidas que afecten a los miembros de una de estas comunidades.

Por su parte, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, informó a esta Corporación que “(...) la comunidad étnica más cercana al área del proyecto es la parcialidad indígena Cartama, que se localiza en zonas bajas del territorio de la jurisdicción de Marmato en el centro del poblado del corregimiento de San Juan (aproximadamente a 1 km de distancia del área del proyecto) y en el centro poblado El Llano (a aproximadamente 1.6 km del título minero)”; razón por la que concluye que “habiendo realizado todas las gestiones necesarias a fin de determinar la presencia o no de comunidades diferenciadas en la Zona alta del costado oriental del Cerro El Burro, municipio de Marmato, se tiene que no se requiere el agotamiento del proceso consultivo, teniendo en cuenta que no se registra la presencia de comunidades étnicas que sean sujetos del Derecho Constitucional a la Consulta Previa en el área de influencia directa del proyecto”[107].

3.2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.2.1. Legitimación en la causa por activa

Los artículos 86 constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991 indican que es titular de la acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados. Estas personas pueden invocar directamente el amparo constitucional o pueden hacerlo a través de terceros que sean sus apoderados, representantes o agentes oficiosos, para el caso de las personas que no se encuentran en condiciones de interponer la acción por sí mismas.

Al respecto, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que:

“ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”[108].

Así las cosas, en el caso sub examine se observa que los señores Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos, Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero, interpusieron la acción de tutela a nombre propio, por lo que la Sala encuentra que tienen capacidad para representar sus propios intereses.

3.2.2. Legitimación en la causa por pasiva

Con respecto a quién va dirigida la acción de tutela, el artículo 86 Constitucional en su inciso 5 contempla la procedencia de la acción de tutela contra particulares, señalando:

“La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Como desarrollo normativo del artículo 86 Superior, el Decreto 2591 de 1991 señala las situaciones en las que resulta procedente la acción de tutela contra particulares. De esta manera, para efectos del análisis y revisión de la presente actuación, haremos referencia al numeral 9°, el cual dispone:

“(…) 9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela”.

Ahora bien, sobre este punto es necesario hacer claridad sobre los conceptos de subordinación e indefensión. Al respecto, la Corte en reiterada jurisprudencia ha entendido que la subordinación se refiere a una relación de índole jurídica, en la que una persona depende de otra, y la indefensión comporta una dependencia, pero originada en circunstancias de hecho, donde la persona “ha sido puesta en una situación que la hace

incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales. En otras palabras, no tiene posibilidades jurídicas ni fácticas para reaccionar defendiendo sus intereses”[109].

En corolario, es evidente entonces que la subordinación radica en la existencia o mediación de una relación jurídica, mientras que la indefensión supone por el contrario, una situación de hecho. Así, de encontrarse cualquiera de dichas situaciones, la acción de tutela será viable, y de no advertirse alguno de tales escenarios, su inviabilidad será evidente.

Entonces, realizado el anterior análisis, colige la Sala que en el presente caso los demandados son la Alcaldía Municipal de Marmato, Caldas, la Agencia Nacional de Minería y Minerales Andinos de Occidente S.A., lo cual es a todas luces acertado, pues dichas entidades son las presuntas vulneradoras de los derechos fundamentales invocados.

Respecto a Minerales Andinos de Occidente S.A., quien es un particular, se tiene que la acción de tutela procede dado el estado de indefensión en que se encuentran los actores respecto de ella, pues se encuentran en una situación que los hace incapaces de resistir las acometidas de las cuales vienen siendo objeto por su parte, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales.

3.2.3. Examen de inmediatez

La inmediatez es una condición de procedencia de la acción de tutela, creada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como herramienta para cumplir con el propósito de la Carta Política de hacer de la acción de tutela un medio de amparo de derechos fundamentales que opere de manera rápida, inmediata y eficaz.

Por ello, es indispensable estudiar cada caso concreto, toda vez que es necesario que la acción sea promovida dentro de un término razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de los hechos que se consideran vulneratorios de derechos fundamentales, con el fin de evitar que el transcurso del tiempo desvirtúe la transgresión o amenaza de los derechos. En consecuencia, ante la injustificada demora en la interposición de la acción, se vuelve improcedente el mecanismo extraordinario, por ende, se debe acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

A propósito de este requisito de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 792 de 2009[110] estableció que:

“la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

En el caso bajo estudio se tiene que el 31 de marzo de 2010, Minerales Andinos de Occidente S.A. interpuso solicitud de amparo administrativo en contra de 15 personas determinadas y demás personas indeterminadas, con el fin de conseguir que fueran desalojadas del área del contrato de concesión N°. CHG-081, por lo que INGEOMINAS, mediante resolución GTRM 751 del primero de septiembre de 2010 ordenó el desalojo y la suspensión inmediata y definitiva de los trabajos y obras mineras que realizaban en dicho territorio.

Para ese efecto, se dio como fecha para realizar las actividades de desalojo, el 31 de marzo de 2011, pero ésta posteriormente fue aplazada.

El 6 de mayo de 2014, mediante oficio I.P.T. 57, se les comunicó a los accionantes de la existencia de la resolución GTRM N°. 751 del primero de septiembre de 2010, y se fijó como fecha de la realización de la diligencia de desalojo el 14 de mayo de 2014, la cual también fue aplazada indefinidamente.

Por su parte, la acción de tutela fue presentada el 12 de mayo de 2014, lo que quiere decir que el término transcurrido entre los hechos y la presentación de la acción es razonable.

Ahora bien, más allá de la razonabilidad del término, la Sala evidencia que la presunta vulneración persiste en el tiempo, pues aún los accionantes corren el riesgo de ser desalojados de la mina.

3.2.4. Principio de subsidiariedad

Conforme al artículo 86 de la Carta, se tiene que la acción de tutela está revestida de un

carácter subsidiario, esto es, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, que puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando: a) no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver un conflicto relacionado con la vulneración de un derecho fundamental, b) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan eficaces o idóneas para la protección del derecho de que se trate, o, c) cuando existiendo acciones ordinarias, resulte necesaria la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.

En este sentido, la subsidiariedad y excepcionalidad de la acción de tutela reconocen la eficacia de los medios ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, a ellos se debe acudir preferentemente, siempre que sean conducentes para conferir una eficaz protección constitucional a los derechos fundamentales de los individuos. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales por esta vía, debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto, exigencia que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador[111].

En virtud del carácter subsidiario de la acción de tutela, a los interesados se les impone la carga de desplegar todos los medios judiciales que estén a su alcance para obtener la reparación y protección de los derechos conculcados, y sólo en caso de que no existan dichos procedimientos legales y/o administrativos, o de que no resulten idóneos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es admisible que se acuda a esta acción, pues de lo contrario, se estarían desconociendo las valiosas herramientas legales puestas a disposición de los administrados por parte del sistema jurídico.

En el caso concreto de la interposición de una acción de tutela contra actos administrativos, la Corte Constitucional fue clara en precisar que en dicho evento también debe observarse el principio de subsidiariedad que rige la acción constitucional. Al respecto, en sentencia T-1222 de 2001[112] este Alto Tribunal manifestó que ignorar tal principio “implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. Proteger o amparar los derechos fundamentales es la misión del juez ordinario, pero excepcionalmente asumirá el juez constitucional la facultad de protección, siempre y cuando no haya probabilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, o cuando se avizore la materialización de un

perjuicio irremediable”.

Con la sentencia T-132 de 2006[113], la Corte dejó en claro que la acción de tutela no es el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, toda vez que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el escenario idóneo para revisar los asuntos administrativos gubernamentales.

En sentencia T-1048 de 2008[114], la Corte consideró que la indebida utilización de la acción de tutela estaba desconociendo que “el juez ordinario tenía el mismo deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales”. Al mismo tiempo, la Corporación señaló que “este fenómeno podría abrir las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en que consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)”.

Entonces, para que proceda la acción de tutela frente a actos administrativos, es necesario que se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según los parámetros fijados por esta Corporación:

“...(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”[115].

La jurisprudencia señala que deben darse estos elementos para presumir la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como herramienta transitoria y como medida preventiva que garantice el amparo de aquellos derechos fundamentales que se transgreden o se hallan en peligro.

En efecto, lo que se solicita de los operadores judiciales es una revisión minuciosa de cada

una de las circunstancias que rodean cada caso concreto, toda vez que se pueda verificar si resulta o no procedente la acción de tutela frente a actos administrativos que se dicen vulneradores de derechos fundamentales, o si por el contrario, lo procedente es acudir a las vías judiciales ordinarias dispuestas en el ordenamiento jurídico.

3.2.5. La configuración de perjuicio irremediable

A partir del planteamiento inicial, debe analizarse entonces si la presente acción de tutela es procedente.

De los hechos expuestos y de las pruebas aportadas por las partes y solicitadas en sede de revisión, es posible concluir que en el caso que ahora es objeto de estudio es necesaria la intervención del juez constitucional. En el presente asunto se encuentra acreditado el perjuicio irremediable que se deriva de la amenaza latente del cierre de la mina Villonza como hecho generador de la vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes, pues como se encuentra acreditado, son personas que derivan su sustento y el de sus familias de las labores de explotación minera que realizan día tras día en dicha mina, pues esa es la única actividad que saben realizar, ya que toda su vida se han dedicado a ello.

Así las cosas, la no intervención del juez constitucional implicaría que a estas familias se les quite la única fuente de su sustento diario, sin que se tomen las medidas necesarias e idóneas para lograr que puedan ejercer cualquier otra actividad que les permita alcanzar estabilidad económica y proveerse niveles dignos de subsistencia.

Esa sola circunstancia reviste el caso de relevancia constitucional y obliga al juez de tutela a intervenir en el asunto, por cuanto lo que se alega está circunscrito a la violación del derecho al mínimo vital de los accionantes, así como el derecho a ejercer cierto arte u oficio y el derecho a la protección reforzada de los grupos constitucionalmente protegidos, pues como se evidencia del relato de los hechos y de las pruebas allegadas a este caso, los actores son indígenas que toda su vida se han dedicado a la minería artesanal o tradicional, actividad de la que derivan su mínimo vital.

En ese sentir, es de tenerse en cuenta que el derecho a la consulta previa reviste el carácter de fundamental, cuestión que tiene importantes implicaciones, al permitir, por ejemplo, que su protección se reclame por vía de tutela, aunque se trate de un derecho de

titularidad colectiva, pues, esta acción es un mecanismo rápido, expedito y sencillo que permite asegurar a las minorías étnicas que participen en las decisiones que puedan afectarlas, garantizándoles su integridad y su subsistencia.

Una vez determinada la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, entra la Sala a realizar el análisis de fondo del asunto.

3.3. LA FALTA DE CONSULTA PREVIA EN EL CASO SUB EXAMINE

Según certificado emitido por el Consejo Regional Indígena de Caldas y por la Gobernadora de la Parcialidad Indígena Cartama, así como por los informes allegados a esta Corporación el 14 de mayo de esta anualidad, proferido por la Defensora Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas de la Defensoría del Pueblo y del 8 de julio de 2015, proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Marmato, se encuentra probado que la mina Villonza ha sido explotada por miembros de la comunidad indígena Cartama y por miembros de la comunidad afrodescendiente ASOJOMAR.

Es así como, en primer lugar, evidencia la Sala que a diferencia de lo manifestado en principio por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, sí era necesario el agotamiento del proceso consultivo en el presente caso, teniendo en cuenta que miembros de la comunidad indígena Cartama, y de la comunidad afrodescendiente pertenecientes a ASOJOMAR, vienen realizando actividades de explotación minera en la mina Villonza, de la cual obtienen su sustento.

En ese sentir, la cesión de títulos de pequeña minería en la zona alta del Cerro El Burro del municipio de Marmato, específicamente en la mina Villonza, a favor de la Compañía Minera de Caldas, y a través suyo a la multinacional Gran Colombia Gold, debieron estar precedidas de una consulta a las comunidades étnicas, así como de espacios de participación, información y concertación para los mineros que ejercen la minería artesanal en dicha mina, en tanto se trata de un proyecto minero adelantado en el territorio que constituye el ámbito tradicional de actividades culturales y económicas de la comunidad indígena Cartama y de los miembros de la comunidad afrodescendiente ASOJOMAR, por lo que, al estar en juego sus intereses particulares, debían ser consultados.

Bajo estas consideraciones, debe tenerse en cuenta la posición adoptada por el Relator

Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en un informe de 2009, en el que manifestó que las consultas a los pueblos indígenas no sólo se requieren cuando las tierras en la que se realiza la actividad de la extracción de los recursos naturales, han sido reconocidas como tierras indígenas, sino que por el contrario, dicho deber surge siempre y cuando estén en juego intereses particulares de esas comunidades. Expresamente manifestó:

“El Relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales”.

Igualmente, la Sala considera pertinente hacer referencia a la citada sentencia T-693 de 2011[117], en la que esta Corporación respecto al tema del territorio de las comunidades étnicas con relación de la consulta previa, sostuvo:

“Así, en consonancia con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia sobre el concepto de territorio en las comunidades étnicas, entendiendo por tal, no sólo las áreas tituladas a una comunidad, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales, religiosas y económicas, etc. el Charcón Humapo, por ser el lugar donde la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura, su saber y sus costumbres, hace parte de su territorio ancestral”. (Negrilla en el texto).

En la misma línea de pensamiento fue proferida la sentencia T-009 de 2013[118] en la que la Corte reconoció que refiriéndose a las comunidades étnicas, el concepto de territorio es dinámico, en el sentido de que comprende no sólo las áreas tituladas y habitadas por ellas, sino aquellas donde realizan sus actividades. Al respecto sostuvo la Corte:

“Dada la relación de las comunidades con el hábitat, su concepto de territorio es dinámico, pues para ellas comprende, como indica la doctrina, “todo espacio que es actualmente imprescindible para que un pueblo indígena acceda a los recursos naturales que hacen posible su reproducción material y espiritual, según sus características propias de organización productiva y social.

(...)

De ahí, la importancia de ampliar el concepto de territorio de las comunidades étnicas a nivel jurídico, para que comprenda no sólo las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad –por ejemplo bajo la figura del resguardo-, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra y se contribuya a la preservación de las costumbres pasadas y su transmisión a las generaciones futuras”.

Finalmente, la Sala trae a colación la sentencia T-858 de 2013[119], en la que también se acogió la línea jurisprudencial de ampliación del concepto de territorio indígena y se afirmó:

“Debido al sentido particular que tiene para los pueblos indígenas la tierra, la protección de su territorio no se limita a aquellos que se encuentran titularizados, sino que se trata de un concepto jurídico que se extiende a toda la zona indispensable para garantizar el pleno y libre ejercicio de sus actividades culturales, religiosas y económicas, de acuerdo como las ha venido desarrollando de forma ancestral. En ese orden de ideas, el Estado tiene la obligación de proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y debe tomar todas las medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos”.

A manera de conclusión, se tiene que esta Corte ha sido reiterativa al manifestar que no se debe limitar a conceptualizar el territorio de las comunidades étnicas como aquel que ha sido reconocido como tal por el derecho interno, y más allá de ello, que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, solo se

requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas, sino que por el contrario, se debe entender la consulta previa como un derecho de las comunidades que trasciende el territorio y que se debe aplicar siempre que se puedan ver afectados sus derechos fundamentales.

Entonces, al existir un antiguo nexo entre el territorio y la supervivencia cultural y económica de la comunidad indígena Cartama y afrodescendiente ASOJOMAR, al ser el trámite de consulta previa un instrumento necesario para la protección de la diversidad étnica y cultural de dichas comunidades, al conllevar la violación del derecho a la consulta previa a la conculcación de otros derechos de las comunidades afectadas, tales como la autonomía e integridad cultural y social, y dado que este requisito no se cumplió en el caso concreto, en esta oportunidad se debe proteger el derecho a la consulta previa de estas comunidades.

Como resultado de lo expuesto, se ordenará al Ministro del Interior que imparta las instrucciones correspondientes al Coordinador de LA Dirección 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 los accionantes, señores Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos Ortiz, José Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero Gaviria, el Concejo Comunitario de la parcialidad indígena Cartama y los miembros de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habitan y/o ejercen la actividad de minería tradicional, artesanal e informal en la mina Villonza del Cerro El Burro del Municipio de Marmato, Caldas, quienes deberán ser plenamente informados y escuchados 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 de Gran Colombia Gold y Minerales Andinos de Occidente S.A., para cuyo cumplimiento se ordenará al Alcalde de Marmato, Caldas, que con el apoyo que legalmente esté a su alcance, tome y haga cumplir las medidas conducentes.

Además, se ordenará de manera específica al Ministerio de Minas y Energía y a la Agencia Nacional de Minería, o a la autoridad competente, que se abstenga de otorgar o interrumpa, según el caso, el o los permisos de explotación minera de la mina Villonza del Cerro El Burro del municipio de Marmato, Caldas, hasta tanto se realice la referida consulta

previa de manera adecuada, por las razones y en los términos que han quedado expuestos en este fallo.

Adicionalmente, se ordenará dejar sin efectos la Resolución GTRM N°. 751 del 01 de septiembre de 2010, que ordenó el cierre y desalojo de la mina Villonza, 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 Caldas, 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.

3.4. CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO PARTICULAR DE LOS ACCIONANTES

3.4.1. Esta Sala erige la necesidad de adoptar medidas que contribuyan a la efectividad de los derechos fundamentales de los accionantes, y en general de las comunidades indígenas y afrodescendientes que se dedican a la minería artesanal en la mina Villonza, pues como se evidencia del relato de los hechos y de las pruebas aportadas al expediente, estas personas necesitan seguir explotando la mina, pues de ella derivan su sustento diario, ya que es la única actividad que saben desempeñar, pero bajo escenarios que aseguren condiciones adecuadas de salud y seguridad, así como la explotación equilibrada del medio ambiente y de los recursos naturales.

3.4.2. En atención a lo anterior, dada la gravedad del tema, es necesario la adopción de medidas urgentes, por lo que se ordenará a la Alcaldía Municipal de Marmato, Caldas, que realice las gestiones necesarias para que en el término máximo de tres (3) meses a partir de la notificación de esta sentencia inscriba a los accionantes y a los demás mineros de la mina Villonza, en programas de formación en seguridad industrial, salud ocupacional y desarrollo ambiental, con el fin de que se les instruya en el desempeño responsable de esta actividad.

3.4.3. Los principales fines de esta orden están enfocados en asegurar que en las actividades de exploración y explotación minera en la mina Villonza, se implementen de

manera urgente medidas y mecanismos adecuados que minimicen el perjuicio que puedan tener dichos procesos en la capacidad de pervivencia social, económica, cultural y ambiental de las comunidades étnicas que allí se asientan.

3.5. CONSIDERACIONES ADICIONALES

3.5.1. Aunado a lo anterior, la Sala se ve en la necesidad de hacer algunas consideraciones adicionales respecto a las circunstancias que rodean esta grave problemática social, humana y ambiental, derivada del ejercicio de la minería artesanal e informal en nuestro país.

3.5.1.1. Es indudable que los derechos a la salud, al trabajo y al medio ambiente sano resultan afectados por la explotación desmedida y descontrolada de los yacimientos mineros. Ello es así por las ineficaces e insuficientes políticas estatales de prevención y control para el adecuado desarrollo de la actividad minera que busquen conseguir condiciones básicas ambientales, de salubridad, seguridad social y seguridad industrial, que permitan preservar la calidad de vida y proporcionar un bienestar general a las personas que se dedican a esta actividad.

3.5.1.2. Si bien el Gobierno Nacional ha tratado de crear algunos controles a la exploración y explotación tradicional e informal minera, a través de la expedición de una serie de normas tendientes a formalizar la actividad, y para el efecto, ha diseñado procedimientos e instrumentos de control para el ejercicio de ésta[120]; así como también ha reformado el reglamento de seguridad en las labores mineras, ha creado la política nacional de seguridad minera y el plan que busca asociar a los mineros informales con empresas del sector, la realidad de las miles de personas que derivan su sustento y el de sus familias de la minería tradicional e informal[121] muestra que aún se carece de un modelo sostenible a través del cual el Estado fortalezca la explotación minera a través de propuestas sociales, económicas y ambientales inclusivas que apoyen la consolidación y crecimiento los pequeños mineros desde una perspectiva más garantista.

3.5.1.3. En este sentido, se tiene que la problemática histórica de la informalidad minera, asociada principalmente a la minería ancestral, de pequeña y mediana escala, se ha profundizado, y la capacidad de respuesta del Estado se ha visto comprometida; circunstancias estas que demandan de la institucionalidad del Estado la formulación y

establecimiento de una política pública para la formalización de la minería en Colombia, mediante la implementación de estrategias orientadas a hacer más competitiva y productiva la industria, con el componente de equidad demandado por las regiones mineras, de tal suerte que la misma contribuya a extraer los minerales bajo parámetros técnicos, ambientales, económicos, laborales y sociales adecuados y que por medio de una fuerte articulación institucional, se logre mejorar la gobernabilidad del sector y la gestión y administración de los recursos mineros del País, con el único propósito de que se genere bienestar en la población, disminuyendo la pobreza[122].

3.5.1.4. En otras palabras, las condiciones de informalidad en que muchos colombianos realizan actividades mineras de explotación, ponen en evidencia la necesidad de que el Estado reformule la política minera teniendo en cuenta la necesidad de reconocer un manejo de desarrollo minero que implique el uso adecuado del suelo, subsuelo y el medio ambiente, así como el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas en los territorios impactados por las explotaciones de los recursos naturales.

A partir de vicisitudes de la problemática anteriormente planteada, esta Sala ve la necesidad de emitir órdenes del siguiente tenor:

3.5.1.4.1. Que el Gobierno Nacional cree políticas claras para: i) el control y la erradicación de la ilegalidad de la actividad minera en Colombia; ii) el fortalecimiento del proceso de formalización de la minería tradicional, artesanal e informal, mediante esquemas de incentivos que estimulen dicho procedimiento; iii) la eficiente gestión y administración del sector minero; iv) la formación de las personas que se dedican a la minería informal, en temas normativos, técnicos, tributarios, laborales, ambientales y culturales, con el fin de capacitarlos en la actividad que realizan para lograr posicionarlos en una escala de competitividad y la productividad; y v) la vinculación de los mineros informales a empresas del sector minero, en las que se les respeten sus derechos fundamentales como trabajadores.

Entonces, por lo esgrimido anteriormente, la Sala ordenará al Ministerio de Minas y Energía, con la colaboración y concertación de las demás autoridades del sector minero, diseñe e implemente políticas públicas para superar las condiciones de informalidad e inseguridad en las que permanecen los mineros tradicionales, artesanales e informales en Colombia,

conforme a lo esgrimido en la parte motiva de esta sentencia.

3.6. CONCLUSIONES

3.6.1. La falta de consulta previa a la comunidad indígena y afrodescendiente que se dedica a la explotación minera en la mina Villonza, de cuya pretermisión se derivaría el quebrantamiento de derechos fundamentales de quienes acudieron a la tutela y sus comunidades, hace evidente que esta acción es la vía idónea y expedita para lograr el amparo de tales derechos.

3.6.3. Como resultado de dicha omisión, se ordenará al Ministro del Interior que realice y coordine el trámite de consulta previa en cuyo desarrollo estarán involucrados los accionantes, el Concejo Comunitario de la parcialidad indígena Cartama y los miembros de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habitan y/o ejercen la actividad de minería artesanal e informal en la mina Villonza del Cerro El Burro del Municipio de Marmato, Caldas, quienes deberán ser plenamente informados y escuchados por conducto de sus representantes autorizados, desde la preconsulta hasta la finalización del proceso.

3.6.4. A partir de vicisitudes de la problemática planteada en este caso, esta Sala ve la necesidad de que: i) el Gobierno Nacional cree políticas claras para: el control y la erradicación de la ilegalidad de la actividad minera en Colombia; el fortalecimiento del proceso de formalización de la minería tradicional, artesanal e informal, mediante esquemas de incentivos que estimulen dicho procedimiento; la eficiente gestión y administración del sector minero; la formación de las personas que se dedican a la minería informal, en temas normativos, técnicos, tributarios, laborales, ambientales y culturales, con el fin de capacitarlos en la actividad que realizan para lograr posicionarlos en una escala de competitividad y la productividad; y la vinculación de los mineros informales a empresas del sector minero, en las que se les respeten sus derechos fundamentales como trabajadores; y ii) la Alcaldía Municipal de Marmato, Caldas, realice las gestiones necesarias para que en el término máximo de tres (3) meses a partir de la notificación de esta sentencia, inscriba a los accionantes y a los demás mineros de la mina Villonza, en programas de formación en seguridad industrial, salud ocupacional y desarrollo ambiental, con el fin de que se les instruya en el desempeño responsable de esta actividad.

4. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de julio de 2014, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, Caldas, que a su vez confirmó el fallo del 26 de mayo de 2014, proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, que declaró improcedente el amparo solicitado. En su lugar CONCEDER la tutela del derecho fundamental a la consulta previa de los miembros de la comunidad indígena Cartama y de la comunidad afrodescendiente ASOJOMAR que se han dedicado a la minería artesanal e informal en la mina Villonza, localizada en la parte alta del Cerro El Burro del municipio de Marmato, Caldas.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR al Ministro del Interior que imparta las instrucciones correspondientes al Coordinador de la Dirección 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 los accionantes, señores Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos Ortiz, José Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero Gaviria, el Concejo Comunitario de la parcialidad indígena Cartama y los miembros de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habitan y/o ejercen la actividad de minería tradicional, artesanal e informal en la mina Villonza del Cerro El Burro del Municipio de Marmato, Caldas. Dichas comunidades serán plenamente informadas y escuchadas, por conducto de sus representantes autorizados, desde la preconsulta hasta la finalización del proceso.

TERCERO: ORDENAR a la empresa Gran Colombia Gold y Minerales Andinos de Occidente S.A. la suspensión inmediata de las actividades de explotación minera que esté realizando, directamente o por interpuesta persona, en la parte alta del Cerro El Burro, específicamente en la mina Villonza del municipio de Marmato, Caldas.

CUARTO: ORDENAR al Alcalde de Marmato, Caldas, 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 tercero de la parte resolutive de esta sentencia.

QUINTO: ORDENAR al Ministerio de Minas y Energía y a la Agencia Nacional de Minería, o a la autoridad competente, que se abstenga de otorgar o interrumpa, según el caso, el o los permisos de explotación minera de la mina Villonza del Cerro El Burro del municipio de Marmato, Caldas, hasta tanto se realice la referida consulta previa de manera adecuada, por las razones y en los términos que han quedado expuestos en este fallo.

SEXTO: DEJAR SIN EFECTO la Resolución GTRM N°. 751 del 01 de septiembre de 2010, que ordenó el cierre y desalojo de la mina Villonza del Cerro El Burro del municipio de Marmato, Caldas, hasta tanto se realice la referida consulta previa de manera adecuada, por las razones y en los términos que han quedado expuestos en este fallo.

SÉPTIMO: ORDENAR la Alcaldía Municipal de Marmato, Caldas, realice las gestiones necesarias para que en el término máximo de tres (3) meses a partir de la notificación de esta sentencia, inscriba a los accionantes y a los demás mineros de la mina Villonza, en programas de formación en seguridad industrial, salud ocupacional y desarrollo ambiental, con el fin de que se les instruya en el desempeño responsable de esta actividad.

OCTAVO: SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo, regional Caldas, 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 a los miembros de la comunidad indígena Cartama y a los miembros de la comunidades afrodescendientes ASOJOMAR que habitan y/o ejercen la actividad de minería tradicional, artesanal e informal en la mina Villonza del Cerro El Burro del Municipio de Marmato, Caldas.

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

Notifíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (E)

-Con salvamento parcial de voto-

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

A LA SENTENCIA T-438/15

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte, me permito expresar las razones por las cuales me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la Sala de Revisión.

1. En el caso decidido en esta oportunidad, los accionantes acudieron a la acción de tutela como miembros de una comunidad de mineros artesanales e informales que trabajan en la mina Villonza ubicada en el municipio de Marmato, Caldas. Solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, presuntamente vulnerados en el marco del proceso de amparo administrativo iniciado por la empresa Gran Colombia Gold sobre el título minero No. CHG-081, en donde fue expedida la resolución GTRM No. 751 del 1º de septiembre de 2010, que ordenó el desalojo de “quienes perturbaran la exploración y explotación de la mina Villonza”.

2. El magistrado ponente practicó varias pruebas durante la revisión del caso, que brindaron un contexto más completo sobre la situación de la mina. Una de éstas fue la inspección judicial ordenada en el auto del 17 de abril de 2015 al lugar de los hechos, cuyo principal objetivo era “verificar si allí se encuentran asentadas comunidades de protección

especial constitucional tales como comunidades indígenas, raizales, afrodescendientes entre otros”.

3. El resultado de dicho ejercicio fue la comprobación de la presencia de una comunidad indígena perteneciente al pueblo Embera Chamí, asentada en la parcialidad Cartama, y de comunidades afrodescendientes. De acuerdo con el Juzgado encargado de la diligencia: “existen aproximadamente 150 trabajadores en la mina, asociados, con labores de seis de la mañana a seis de la tarde, existiendo entre los mineros varios que están censados como indígenas y afrodescendientes, correspondiendo en un ochenta por ciento a los pobladores de esta localidad y el veinte restante a personas de los municipios de Supía, Riosucio y la Feliza.” Por su parte, el informe que rindió la Defensora Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas que acompañó al Juzgado Municipal de Marmato Caldas durante la inspección sostuvo que, “en la mina Villonza intervienen alrededor de 130 mineros, de los que, según declaraciones, el 60% son indígenas, algunos pertenecientes a la parcialidad Cartama del municipio de Marmato, otros son del Resguardo Riosucio y los demás son afrodescendientes.”

4. Comparto la decisión adoptada en relación con la tutela del derecho a la consulta previa de la comunidad indígena Embera Chamí y la comunidad afrodescendiente que desarrolla labores en la mina Villonza del municipio de Marmato. Sin embargo, difiero de algunas consideraciones y en especial, de la forma en que se resolvió el caso específico de los accionantes, por las razones que paso a exponer:

4.1 A mi juicio, no existe plena certeza acerca de la condición de indígenas de los señores Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos Ortiz, José Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero Gaviria. Por un lado, los accionantes no manifestaron auto reconocerse como miembros de una comunidad indígena ni afrodescendiente; según los hechos narrados en la sentencia T-438 de 2015 se presentaron como miembros de una comunidad de mineros artesanales. De otra parte, durante la inspección judicial realizada a la Mina Villonza no se estableció si los accionantes hacían parte de alguna comunidad indígena, pues en los apartes de las actas de inspección consignados en la sentencia aparecen únicamente datos en abstracto de la presencia de indígenas Embera Chamí y comunidades afro, pero no una individualización respecto de ellos. Pese a lo anterior, la sentencia sostiene en algunos apartes que los accionantes son miembros de la comunidad indígena Cartama, afirmación

que resulta imprecisa porque ni ellos ni las autoridades comisionadas para visitar el lugar en el que se desarrollan los hechos que dieron origen a la acción de tutela establecieron claramente esa condición.

4.2 En concordancia con lo anterior, considero que el caso plantea distintos problemas jurídicos según la comunidad afectada. Uno corresponde al que fue resuelto en la sentencia sobre la vulneración del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes que desarrollan labores en la Mina Villonza. El otro tendría que ver con la vulneración de los derechos al debido proceso, al trabajo, a la participación y al mínimo vital de la comunidad de mineros artesanales e informales representados por los accionantes, dentro del proceso de amparo administrativo iniciado por Gran Colombia Gold. Así pues, era necesario estudiar dicho proceso administrativo, y realizar consideraciones sobre la posible vulneración de los derechos de los accionantes dentro del mismo con el fin de poder tomar una decisión motivada sobre los efectos de la resolución GTRM No. 751 del 1º de septiembre de 2010 que ordenó el desalojo de la mina. Aunque la sentencia incluye algunas observaciones sobre la minería informal y las condiciones de seguridad en las que se desempeñan los pequeños mineros, el problema jurídico respecto de la situación específica de los actores no se resolvió y esto se refleja en las órdenes adoptadas por la Sala Séptima de Revisión.

4.3 Precisamente, teniendo en cuenta la falta de claridad sobre la pertenencia de los actores a un grupo étnico, estimo inconveniente reconocerles el derecho a la consulta previa, porque en principio no son titulares del mismo. En este orden de ideas, ordenar un proceso consultivo para la comunidad indígena Cartama y la comunidad afrodescendiente Asojomar en el cual también participen los accionantes -quienes manifestaron representar los intereses de una asociación de mineros artesanales e informales y no de un grupo étnico diferenciado- significa obligarlos a presentar sus inquietudes en el marco de una dinámica propia de dichos grupos, que puede resultar ineficaz frente a sus necesidades y demandas propias.

Es importante reflexionar sobre la pertinencia de incluir a personas que no se auto reconocen como indígenas ni afros en un proceso de consulta previa. Además, debe observarse que las pretensiones de los actores estaban encaminadas a la protección del derecho al debido proceso frente a un proceso de amparo administrativo, y por lo tanto, una

consulta previa no es el escenario adecuado para garantizar su derecho a la participación, al cual tienen derecho como una de las comunidades afectadas con el proceso de titulación minera que se ha realizado en la parte alta del cerro el Burro en el municipio de Marmato.

4.4 Finalmente, cabe aclarar que la ausencia de un término para iniciar el proceso consultivo ordenado en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia T- 438 de 2015, así como la falta de claridad sobre el objeto del mismo puede tener efectos dilatorios en el cumplimiento de esa orden. De igual forma, el numeral sexto en el cual la Sala dejó sin efecto la Resolución GTRM N°. 751 del 1º de septiembre de 2010 “hasta tanto se realice la referida consulta previa de manera adecuada”, podría significar que una vez el proceso culmine la resolución vuelva a tener plenos efectos, y de esta manera le resta eficacia al amparo que fue concedido en esta oportunidad.

Así, dejo plasmadas las razones por las cuales me aparto parcialmente de la decisión.

Fecha ut supra,

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (e)

Auto 583/15

Referencia: Solicitud de nulidad de la Sentencia T-438 de 2015

Magistrado Ponente:

Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015)

Procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a resolver la solicitud de nulidad de la Sentencia T-438 de 2015, la cual fue proferida por la Sala Séptima de Revisión.

1. ANTECEDENTES

1.1. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, mediante la sentencia

T-438 del 13 de julio de 2015 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), tuteló el derecho fundamental a la consulta previa de los miembros de la comunidad indígena Cartama y de la comunidad afrodescendiente Asojomar, aduciendo que por dedicarse a la minería artesanal e informal en la mina Villonza, localizada en el parte alta del Cerro El Burro del municipio de Marmato – Caldas, debían ser plenamente informados y escuchados en el proceso de concesión de permisos para la exploración y explotación minera en esa zona.

1.2. Como consecuencia de la anterior decisión, ordenó al Ministerio del Interior que impartiera las correspondientes instrucciones para que a través de la dependencia respectiva, garantizara y coordinara esa consulta previa; dispuso también la suspensión inmediata de las actividades de explotación minera que en la mina Villonza del municipio de Marmato estuviere realizando la empresa Gran Colombia Gold y Minerales Andinos de Occidente S.A. Igualmente, ordenó al Ministerio de Minas y Energía así como a la Agencia Nacional de Minería o a la autoridad que corresponda, abstenerse de otorgar permisos e interrumpir los concedidos para la explotación de la referida mina situada en el cerro El Burro del municipio de Marmato – Caldas, hasta que se realice de manera adecuada la consulta previa; dejó sin efecto la resolución GTRM No. 751 del 1º de septiembre de 2010, mediante la cual se dispuso el cierre y desalojo de la mina Villonza, hasta que se verificara la precitada consulta previa; ordenó al Alcalde de Marmato realizar las gestiones pertinentes para el cumplimiento del fallo, y para que en el término de tres meses, contados desde la notificación de la sentencia, inscribiera a los accionantes y demás mineros de la mina Villonza, en programas de formación en seguridad industrial, salud ocupacional y desarrollo ambiental que les permita un desempeño responsable en esa actividad, y, finalmente, solicitó a la Defensoría del Pueblo regional Caldas, acompañar y vigilar el cumplimiento del fallo.

1.3. Solicitud de tutela y hechos en que se fundamenta:

1.3.1. Por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la libertad para ejercer profesión u oficio, al mínimo vital y a la consulta previa, los señores Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos Ortiz, José Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero Gaviria, impetraron una acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Marmato – Caldas, la Agencia Nacional de Minería y contra la Empresa Minerales Andinos de Occidente S.A.

1.3.2. Expusieron los accionantes que conforme a la ley 66 de 1946, para la exploración y explotación minera, el Cerro El Burro se dividió en dos zonas, destinándose la parte alta para los pequeños mineros y la baja para las empresas que realicen dicha actividad a mediana escala, señalándose que entre ambas partes del cerro hay una franja de rocas que debe ser respetada por quienes exploten en una y otra, evitando de esta manera el derrumbe de la montaña.

1.3.3. Que entre los años 2003 y 2009, la empresa Gran Colombia Gold, perteneciente a la empresa Minerales Andinos de Occidente S.A., mediante contrato de concesión 014/89M, adquirió el título minero correspondiente a la zona baja del Cerro El Burro, y que ésta ha venido realizando labores de exploración y explotación sin respetar el manchón o franja de roca protectora entre las dos partes del cerro, generando un riesgo para el ejercicio de las actividades de los mineros tradicionales que especialmente trabajan en la mina Villonza.

1.3.4. Que los accionantes son oriundos de Marmato - Caldas y que se han venido desempeñando como mineros artesanales e informales en diferentes minas ubicadas en la parte alta del cerro El Burro de dicho municipio, y que desde el año 2011, de manera continua vienen explotando la mina Villonza, la cual había sido cerrada en el 2008 por cuenta del actual propietario del título, siendo esa actividad la fuente de su sustento y el de sus familias.

1.3.5. Que en el año 2011 iniciaron el proceso de organización como mineros artesanales e informales, creándose al año siguiente la Asociación de Mineros Tradicionales - Asomitrama, a la cual pertenecen los accionantes, la cual ha venido gestionando la recuperación de la mina y legalización de la actividad en la parte alta del cerro.

1.3.6. Que el 6 de mayo de 2014 fueron notificados de que el día 14 del mismo mes y año, se llevaría a cabo el cierre y desalojo de la mina Villonza, atendiendo la resolución GTRM No. 751 expedida por la Alcaldía Municipal de Marmato el 1º de septiembre de 2010, como consecuencia de un amparo administrativo dentro del título minero No. CHG-081, en el que se ordenó el desalojo de quienes perturbaran la exploración y explotación de la mina Villonza, lo cual es desconocido para los accionantes ya que en esa época no laboraban en ese oficio y en la mina no se fijaron avisos publicando dicha querella.

1.3.7. Que un día antes de cumplirse el plazo para el desalojo y cierre de la mina, con la

intervención de autoridades locales se suspendió el procedimiento que estaba previsto debido a problemas de orden público al referir que no tenían personal suficiente ni recursos económicos para facilitar el traslado, evidenciando así la trascendencia de dicha problemática.

1.4. Traslado y contestación de la demanda:

1.4.1. Habiendo correspondido su trámite en primera instancia al Juzgado Penal del Circuito de Riosucio – Caldas, éste dispuso la vinculación mediante notificación y traslado de la demanda de tutela a la Agencia Nacional de Minería, a Minerales Andino de Occidente S.A., a Mineros Nacionales, a la Multinacional Gran Colombia Gold, a la Personería de Marmato y a la Unidad de Delegación Minera de Caldas, para que ejercieran sus derechos de defensa y de contradicción.

1.4.2. La Agencia Nacional de Minería explicó que como consecuencia de una solicitud de querrela de amparo administrativo presentada el 31 de marzo de 2001 por la Compañía Minera de Caldas S.A., titular del contrato de concesión No. CHG-081 que está debidamente inscrito en el registro minero nacional el 4 de febrero de 2002, mediante visita técnica se determinó que “los señores Mauricio Duque Moreno, Arley Zapata, Hernán García y otras 164 personas que laboran como asociados, realizan labores de explotación minera ilegal dentro del área del título CHG-081, razón por la que se debió ordenar la inmediata suspensión de los trabajos realizados por los citados señores y demás personas indeterminadas dentro del área del título CHG-081”. Concluyó que “al haberse comprobado la existencia de trabajos mineros que implicaban perturbación y despojo por parte de terceros, en el área correspondiente al contrato de concesión, se concedió el amparo administrativo solicitado, razón por la que se emitió la resolución No. GTRM-751 del 01 de septiembre de 2010, mediante el cual se ordenó el desalojo y la suspensión inmediata y definitiva de los trabajos y obras que realizaban los terceros”.

Dijo también que el trámite del amparo administrativo se adelantó conforme al Código de Minas y con base en el respectivo concepto técnico emitido por el personal de la Alcaldía Municipal de Marmato, y adujo finalmente la improcedencia de la acción de tutela en razón a la existencia de otros medios de defensa judicial que los accionantes podían utilizar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1.4.3. La empresa Minerales Andinos de Occidente S.A., manifestó que existía falta de legitimación en la causa por activa, para lo cual hizo ver que existía incongruencia en la manera como se presentan los accionantes, primero como miembros de una asociación de mineros tradicionales y luego allegando un documento que muestra a John Fredy Muñoz Gil actuando a nombre propio como titular de una petición de legalización minera, por lo que considera que los accionantes carecen de personería sustantiva y adjetiva para incoar la acción, pues recuerda que solo se puede agenciar derechos ajenos cuando el titular no está en condiciones de ejercer su propia defensa.

Destacó que conforme al propio dicho de los accionantes, vienen realizando labores en la mina Villonza desde el año 2011, la cual “invadieron” con posterioridad a la resolución definitiva de cierre y desalojo de los perturbadores que dispuso el amparo administrativo interpuesto por la titular del título, cuya decisión se encuentra en firme; aseveró que la actividad minera está regulada legalmente, indicando que solo a través de contratos mineros vigentes e inscritos es que se puede ejercer la minería en Colombia.

Señaló que los accionantes, quienes confesaron haber constituido la asociación en el año 2012, no pueden ser beneficiarios de un proceso de legalización, por cuanto la persona natural o jurídica debe demostrar el ejercicio de la minería artesanal e informal en el área objeto de solicitud, como mínimo cinco años antes de la expedición de la ley 685 de 2001; concluyó diciendo que de accederse a las pretensiones de la tutela, se atentaría contra el ordenamiento jurídico ya que los accionantes carecen de condiciones técnicas, de seguridad e higiene minera, de seguridad social y salud ocupacional y con ello pérdida de vidas humanas.

1.4.4. Por su parte, la Secretaría de Gobierno de Caldas dijo que carecía de competencia para conocer del asunto ya que a partir del 18 de junio de 2013, esa función estaba a cargo de la Agencia Nacional de Minería.

1.5. Decisiones judiciales:

1.5.1. La primera instancia fue resuelta por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio – Caldas, quien mediante sentencia proferida el 26 de mayo de 2014, declaró improcedente la tutela deprecada al señalar que en virtud a la querella entablada por la Compañía Minera de Caldas S.A., hoy Minerales Andinos de Occidente S.A., la resolución que dispuso el cierre

de la mina y desalojo de los perturbadores, se dirigió contra personas determinadas e indeterminadas y que, por tanto, esa decisión es oponible a los accionantes a quienes “no se les está vulnerando sus derechos fundamentales”, ya que a pesar de que no se encontraban laborando en la mina para cuando se instauró y falló la querella, fueron notificados de la diligencia de desalojo el 6 de mayo de 2014 mediante oficio IPT-57. Afirmó que los actores no demostraron la existencia de un título minero vigente e inscrito, y acotó que en caso de contar con él, es a través de otra vía judicial distinta a la tutela que deben proceder para desvirtuar el contrato de concesión minera que favorece a las empresas Minerales Andinos de Occidente S.A. y Mineros Nacionales.

1.5.2. Consecuencia de la impugnación presentada por los accionantes, la segunda instancia fue desatada por la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Manizales – Caldas, quien mediante fallo proferido el 14 de julio de 2014 y bajo similares argumentos, confirmó el de primera instancia recabando que no hubo violación al derecho al debido proceso de los petentes. Adujo que la administración municipal no les vulneró sus derechos cuando ellos ni siquiera solicitaron aprobación para explotar la mina y sólo al cabo de un año de haber iniciado los actos perturbadores pretendieron legalizar esa actividad. Agregó que tampoco opera en este caso el principio de confianza legítima ya que para el año 2011 los mineros accionantes no tenían permiso para realizar labores de explotación, pues ya la autoridad competente se había pronunciado ordenando el cierre y desalojo de la mina a través de la resolución del 1º de septiembre de 2010. Finalmente, para el juzgador de segunda instancia no se vulneró el derecho al trabajo de los accionantes, pues éste debe ceder ante el derecho al medio ambiente, el cual es colectivo, de interés general y universal.

1.5.3. Como se indicó, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-438 del 13 de julio de 2015 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), revocó el fallo proferido por la sala de decisión penal del Tribunal Superior de Manizales el 14 de julio de 2014, que a su vez había confirmado la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio – Caldas el 26 de mayo de 2014, y concedió el amparo constitucional al derecho fundamental a la consulta previa de los miembros de la comunidad indígena Cartama y de la comunidad afrodescendiente Asojomar, dedicadas a la minería artesanal e informal en la mina Villonza, localizada en la parte alta del Cerro El Burro del municipio de Marmato – Caldas.

1.5.4. La sentencia T-438 de 2015 consideró inicialmente los problemas que genera la minería informal, abordando temas de carácter laboral y social por la falta de aplicación de medidas de seguridad ocupacional, la carencia de cobertura de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, y en general a la desprotección a que se ven avocados quienes ejercen la actividad en esas condiciones de informalidad, al tiempo que trató la problemática ambiental por la exploración y explotación de los recursos mineros sin una adecuada regulación normativa y en condiciones dignas, frente a lo cual se llamó la atención para que el Estado planificara el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales garantizando su desarrollo sostenible.

1.5.5. En la providencia judicial se realizó un análisis sobre la afectación de los derechos fundamentales que afronta el ejercicio de la minería tradicional, artesanal e informal, y con apoyo en la jurisprudencia emanada de esta Corporación[123] respecto de los derechos de esas comunidades en relación con la minería, expuso lo referente a las actividades de exploración y explotación minera y los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, para seguidamente y en el marco constitucional de la diversidad étnica y cultural, abordar en concreto el estudio del derecho a la consulta previa que, finalmente, fue el punto cardinal para la concesión de la tutela.

1.5.6. Respecto de la legitimación en la causa, aspecto éste que, como adelante se verá, es uno por los cuales se ocasionó el incidente de nulidad que nos ocupa, en la sentencia se indicó que por activa se halla en cabeza de los cuatro accionantes quienes interpusieron la demanda “a nombre propio”, mientras que por pasiva se estableció que la acción se presentó contra la Alcaldía Municipal de Marmato – Caldas, la Agencia Nacional de Minería y contra Minerales Andinos de Occidente S.A.

1.5.7. La referida sentencia fue objeto de salvamento parcial de voto que corrió por cuenta de la magistrada (e) Myriam Ávila Roldán, quien aludiendo la inspección judicial decretada oficiosamente por el magistrado ponente, dijo que según lo expuesto en el acta de la diligencia, en la mina se constató la presencia de mineros indígenas y afrodescendientes y que por ello compartía la tutela al derecho a la consulta previa de esas comunidades, empero, que no existía certeza sobre la condición de indígenas de los accionantes y que éstos tampoco manifestaron pertenecer a alguna de dichas comunidades, lo que deriva una imprecisión al momento de tenerlos como miembros de

alguna de ellas. También planteó la necesidad de que la sentencia hubiese estudiado la situación particular de los accionantes y su afectación dentro del proceso administrativo que ordenó el desalojo, para establecer la posible vulneración a sus derechos al debido proceso, al trabajo, a la participación y al mínimo vital de los mineros artesanales e informales que ellos dicen representar.

Señaló la inconveniencia de reconocerle a los accionantes el derecho a la consulta previa sin que se haya demostrado previamente su pertenencia a un grupo étnico, porque de no incluirse en uno de ellos podría ser ineficaz la reclamación de sus necesidades y demandas. Igualmente dijo que una consulta previa no es el escenario adecuado para garantizarle a los petentes su participación, más aun cuando sus pretensiones se encaminaron a la protección al debido proceso en sede administrativa. Por último, cuestionó que no se hubiera indicado el término para iniciar el proceso consultivo y el objeto del mismo, pues considera que ello puede acarrear dilación en el cumplimiento del fallo.

2. SOLICITUDES DE NULIDAD DE LA SENTENCIA T-438 DE 2015

Consta en el expediente que ante la Secretaría General de la Corte Constitucional fueron radicadas solicitudes de nulidad de la sentencia T-438 de 2015, así: Minerales Andinos de Occidente S.A., el 9 de septiembre de 2015; la coadyuvancia de dicha nulidad por el Ministerio de Minas y Energía fue presentada el 18 de septiembre de 2015; Alberto Castro Saldarriaga el 18 de septiembre de 2015, y, la Agencia Nacional de Minería el 24 de septiembre de 2015.

2.1. Solicitud de nulidad incoada por Minerales Andinos de Occidente S.A.

2.1.1. La apoderada judicial de la empresa Minerales Andinos de Occidente S.A., invoca como primera causal de nulidad “el desconocimiento del régimen constitucional en materia de legitimación en a causa por activa en acciones de tutela”, que fundamentó en que se tutelaron los derechos de dos comunidades que no concurrieron al proceso y de las cuales ninguno de los accionantes hace parte, y que no podían ser afectados en sus derechos fundamentales porque su llegada a la mina fue posterior a la situación que fue objeto del acto administrativo cuestionado por esta vía constitucional. Enfatiza que ninguno de los actores ejercía actividades de minería tradicional, artesanal e informal en la mina Villonza, sino que provenían de otros lugares e incluso en otras actividades disímiles.

2.1.2. El segundo defecto aludido es “incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive del fallo por valoración manifiestamente errónea de una prueba”, al señalar que la Sala Séptima de Revisión no valoró adecuadamente las pruebas que de manera oficiosa decretó el magistrado ponente, y de manera concreta dice que desconoció la certificación expedida por la Coordinadora Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior, según la cual para el año 2010 no se registraban comunidades indígenas ni afrodescendientes en el área del proyecto minero, y enfatiza que la tutela no se propuso en nombre de dichas comunidades sino de quienes nunca han probado pertenecer a una de esas comunidades.

2.1.3. La tercera causal de nulidad se presenta como “la sentencia T-438 de 2015 desconoce el principio de subsidiariedad y vulnera los artículos 86 y 121 de la Constitución”, y para ello arguye que en esta oportunidad se reconoció el carácter excepcional de la acción de tutela existiendo otros medios de defensa judicial, pero no como mecanismo transitorio mientras se adelantaban las acciones ordinarias y evitar un perjuicio irremediable, sino que se solicitó y concedió de manera definitiva para dejar sin efectos un acto administrativo, frente a lo cual los jueces de instancia sí se habían abstenido de conceder.

2.1.4. La cuarta causal de nulidad es llamada “violación del debido proceso por desconocimiento del principio de inmediatez”, y se basa en que el término para contabilizar el cumplimiento de ese principio, establecido por la jurisprudencia constitucional, era el 1º de septiembre de 2010 y no el 6 de mayo de 2014, pues la primera fecha refiere a la fecha de la resolución GTMR No. 751 expedida dentro del amparo administrativo y que la tutela dejó sin efectos, mientras que la segunda corresponde a la de notificación de la fecha para diligencia de desalojo ordenada en dicha resolución.

2.1.5. La quinta causal de nulidad invocada corresponde a la falta de integración del litisconsorcio necesario, al indicar que en un proceso de tutela debe hacerse concurrir a quien tenga interés legítimo, sea como parte o como tercero, a lo que advierte que en esta oportunidad solamente se vinculó a Minerales Andinos de Occidente S.A. y Mineros Nacionales SAS, quienes son cotitulares del título minero CHG-081, sin que se hubiese hecho lo propio con los demás cotitulares en donde se encuentra la mina Villonza y que, según el registro minero nacional aportado, son Nancy Elena Castro Palomino, María

Solangia Duque Moreno y Alberto Saldarriaga Castro. Asegura que a estas personas se les violó el derecho fundamental al debido proceso, en cuanto al derecho de defensa, porque las órdenes emitidas por la Corte ponen en riesgo sus derechos subjetivos y patrimoniales derivados del título minero adquirido legítimamente del Estado en el año 2001. Agrega que tampoco se vinculó al señor Jhon Freddy Muñoz Gil, de quien se indicó en la demanda que estaba legitimado para interponerla por ser el titular de la solicitud de legalización minera del área de la mina Villonza.

2.1.6. Al afirmar que no puede calificarse como ancestral ni tradicional la actividad minera ilícitamente iniciada en el año 2011 y por quienes dicen ser miembros de una comunidad indígena reconocida por el Ministerio del Interior en el 2012, ya que para ello debía haber comenzado antes de 2001 cuando se otorgó el título minero a su representada, esboza como sexta causal que “la sentencia modificó el precedente en cuanto a la protección de las actividades ilícitas con fundamento en el derecho al trabajo y al mínimo vital”. Señala que la sentencia T-438 de 2015, contraviene la jurisprudencia de la Corte porque se está dando prelación al derecho al trabajo y al mínimo vital de los explotadores ilícitos, sean o no miembros de comunidad étnica, sobre el derecho a un medio ambiente sano y a los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad de los trabajadores, y por encima del derecho del titular minero y de la obligación estatal de proteger los recursos naturales no renovables. Concluye que en este caso se presenta una invasión minera por parte de miembros de una comunidad indígena y otros de la comunidad negra, cuya actividad abiertamente ilegal no puede recibir protección constitucional ya que para ello la jurisprudencia exige licitud, y refirió varias providencias en ese sentido; agrega que el precedente otorga prevalencia al medio ambiente sano sobre el derecho al trabajo, supremacía del derecho a la vida sobre los demás, que garantiza los derechos subjetivos frente a la actividad criminal y que protege la seguridad jurídica.

2.1.7. Como séptima causal de nulidad indica que con la sentencia en cuestión se “modificó la doctrina constitucional en cuanto a los requisitos para la legalización de la minería de hecho o ilícita”, bajo el entendido que el calificativo de minería tradicional que se ha arrogado la asociación a la que dicen pertenecer los accionantes, no implica que cumplan los requisitos previstos por el legislador[124] para denominarse como tal; seguidamente advierte que al examinar la constitucional del artículo 12 de la ley 1382 de 2010, mediante la cual se modificó el Código de Minas, la Corte Constitucional enseñó que en procura de la

legalización de la actividad minera tradicional, no puede desconocerse los derechos subjetivos de los propietarios o poseedores de títulos mineros o contratos de concesión, y que deben observarse los requisitos para evitar que se vulneren derechos previamente adquiridos. Añade que con la sentencia T-438 de 2015, se ordena legalizar la actividad realizada por los accionantes que vienen explotando la mina desde el 2011 y no desde 2001 (año en que se otorgó el título minero a la incidentante), no habiendo área libre en razón a que el derecho previamente otorgado está vigente, y además, porque se está desconociendo el derecho al medio ambiente sano ya que la actividad ilegal se realiza sin título, sin licencia ambiental, sin técnica y de manera insegura conforme se demostró en el expediente.

2.1.8. Finalmente, la nulidad de la sentencia T-438 de 2015 es invocada “porque no se probó, de manera alguna, la afectación indirecta”, en razón a que la zona sobre la cual se realiza la actividad ilícita por parte de los accionantes no pertenece a una comunidad étnica y no se probó impacto indirecto que demande la consulta previa, ya que con vista en la jurisprudencia constitucional[125], además de involucrarse el territorio, debe demostrarse afectación al ámbito de las actividades culturales, religiosas y económicas de la comunidad. Por último, asevera que la empresa accionada y quien es la titular de los derechos mineros que habría de ejecutarse en la zona, no ha definido el proyecto minero y por tanto no viene realizando obra alguna que deba suspenderse, y que en esas condiciones no es posible adelantar la consulta previa a las comunidades como lo ordenó la Corte.

2.2. Coadyuvancia presentada por el Ministerio de Minas y Energía

2.2.1. El escrito de coadyuvancia presentado por el Ministerio de Minas y Energía a la nulidad incoada por la empresa Minerales Andinos de Occidente S.A., como primer argumento refiere el desconocimiento del régimen constitucional respecto a la legitimación en la causa por activa en acciones de tutela, en la medida en que la sentencia T-438 de 2015, concedió el amparo al derecho de consulta previa de dos comunidades que no hicieron parte del proceso, ya que los accionantes no la impetraron con fundamento en su pertenencia a una comunidad indígena afrodescendiente sino como oriundos del municipio de Marmato y pueblos aledaños.

2.2.2. El segundo argumento corresponde al vicio de incongruencia entre la parte motiva y

la parte resolutive del fallo por valoración manifiestamente errónea de una prueba, para lo cual indica que hubo desconocimiento de la certificación expedida por el Ministerio del Interior el 28 de abril de 2010, según la cual no se registraban comunidades indígenas en el territorio objeto de la autorización para la exploración y explotación minera concedida a la empresa accionada, de quien dijo deben respetarse los derechos por ella adquiridos.

2.2.3. Como tercer argumento para la nulidad deprecada, el Ministerio aborda la violación del debido proceso por desconocimiento del principio de inmediatez desarrollado para la acción de tutela por vía de la jurisprudencia constitucional, al señalar que la orden de desalojo proferida el 1º de septiembre de 2010 a favor de la empresa accionada y contra los perturbadores, comprendía a personas determinadas e indeterminadas, y encontrándose los accionantes dentro de éstas, su reclamo debió hacerse en un término razonable que no lo fue ya que la tutela solo vino a presentarse al ser informados de la fecha para el desalojo prevista para el 14 de mayo de 2014, pues anteriormente ya se había aplazado la diligencia.

2.2.4. En el cuarto argumento se censura que los efectos de la sentencia T-438 de 2015 favorecen la protección de actividades ilícitas, habida cuenta que en detrimento de los derechos del concesionario minero, se amparó a quienes ocuparon de hecho la mina, señalando que esa explotación la realizan sin protección al medio ambiente y sin la adecuada seguridad para quienes desarrollan la actividad minera, y acota que hubo un cambio de jurisprudencia al sobreponer el derecho al trabajo y al mínimo vital de personas que están realizando actividad ilícita, sobre los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad jurídica y al medio ambiente sano.

2.2.5. Por último, argumenta violación al debido proceso y a la formas propias del régimen especial de minas, al señalar que la actividad realizada por los accionante en la mina Villonza, no se ajusta a lo que se ha establecido como minería tradicional según la ley 685 de 2001 y el decreto 933 de 2013, y que por ende no es dable formalizar o legalizar esa actividad que ilícitamente vienen ejecutando los actores desde el año 2011.

2.3. Solicitud de nulidad presentada por Alberto Castro Saldarriaga

La solicitud de nulidad de la sentencia T-438 de 2015 elevada por el señor Alberto Castro Saldarriaga, radica en la violación al derecho fundamental al debido proceso, pues afirma

que siendo cotitular del título minero CHG-081, expedido el 4 de febrero de 2002 para la explotación de minerales de oro y plata en el municipio de Marmato, necesariamente debió integrar el contradictorio, ya que la orden de suspender los trabajos en la mina Villonza, lo afecta directamente porque de esa labor es que obtiene su sustento y el de su familia. Agrega que la referida mina, reabierta a partir del 2011, está siendo aprovechada por ilegales que no pertenecen a comunidades étnicas que puedan ser titulares “de especial protección” ni que deban recibir el tratamiento y beneficio como mineros tradicionales. Por consiguiente, pide la nulidad de la sentencia por violación a su derecho fundamental al debido proceso, aunado a la violación al derecho al trabajo y al mínimo vital ocasionado por la suspensión de la actividad minera hasta tanto se realice la consulta previa ordenada en el fallo de tutela.

2.3. Solicitud de nulidad presentada por Agencia Nacional de Minería

2.3.1. En primer lugar plantea que la sentencia T-438 de 2015 omitió el examen de trascendentales argumentos de carácter constitucional que afectan el debido proceso, concretamente del inminente riesgo para la vida e integridad de los mineros que conlleva la explotación ilegal en el título CHG-081, frente a lo cual hizo ver que como entidad estatal (antes Ingeominas) encargada de velar por el desarrollo de una minería responsable, adelantó visitas de verificación y seguimiento identificando los riesgos susceptibles de accidentes y eventos catastróficos, y en razón al amparo administrativo interpuesto por el titular del título minero, ordenó la suspensión y el desalojo de quienes venían ejerciendo ilegalmente la actividad minera, lo cual no fue atendido por los ocupantes y no se ha materializado por las autoridades pertinentes, pese a que no han cesado las víctimas fatales por las precarias condiciones de seguridad en que se realiza la explotación de la mina. Alude también que en el fallo no se hizo una adecuada ponderación entre el derecho tutelado y el derecho fundamental y prevalente a la vida de los trabajadores de la mina Villonza, e incluso de los de las otras minas ubicadas en la zona.

2.3.2. Seguidamente propone como argumento causal de nulidad la incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive por indebida valoración probatoria, precisando que el planteamiento del problema jurídico objeto de estudio en la sentencia T-438 de 2015, no concuerda con el que realizaron los accionantes. Para el efecto, arguye que la tutela fue encaminada por los actores a la violación al derecho al debido proceso, ocasionado al no

habérseles notificado la resolución GTRM No. 751 del 1º de septiembre de 2010, mientras que el análisis de la Corte se dirigió a establecer la vulneración a sus derechos por el inicio de las exploraciones y explotaciones sin que previamente se implementaran espacios idóneos de participación, concluyendo en la tutela al derecho de consulta previa de las comunidades indígenas y afro, y en la anulación del acto administrativo que había definido el cese a la perturbación de los derechos del titular del título minero, de quien se dijo no ha podido dar inicio a la explotación por cuenta de dicha ocupación.

2.3.3. Como último argumento, la Agencia Nacional de Minería sostiene que es inexistente el deber de consulta previa para la cesión de títulos de pequeña minería en la zona alta del cerro El Burro y específicamente en la mina Villonza ubicada en el municipio de Marmato, pues luego de detallar los antecedentes del registro minero a partir del 16 de agosto de 2001 y el otorgamiento del precitado título CHG-081 (con vigencia del 4 de febrero de 2002 al 3 de febrero de 2032), destaca que para cuando se celebró el contrato y se inscribió el registro minero, no habían llegado los accionantes a la mina ya que esto se produjo a partir de 2011 y la asociación por ellos creada se formalizó en el 2012, a lo que asevera que éstos no pueden considerarse como mineros tradicionales sino como personas que vienen realizando una actividad constitutiva del delito de explotación de yacimiento minero que prevé el artículo 338 de la ley 599 de 2000. Reitera entonces que quien está legitimado para explotar la mina es la empresa Minerales Andinos de Occidente, cesionario de la Compañía Minera de Caldas S.A., sin que para cuando se concedió el permiso hubiera necesidad de realizar la consulta previa ya que se certificó oficialmente que en la zona no había presencia de comunidades indígenas.

Planteados así los fundamentos fácticos y de derecho de cada una de las solicitudes de nulidad, se procederá a resolver las mismas, no sin antes precisar que algunas de las razones esgrimidas, no están enmarcadas como causales de nulidad sino que más bien se encaminan a reabrir la discusión jurídica y probatoria propios del proceso, ante lo cual se deberá enfatizar que en momento alguno esta vía incidental puede convertirse en una instancia adicional; por tanto, como adelante se verá, solo se entrarán a analizar los argumentos idóneos frente a una eventual nulidad, siempre y cuando se hayan presentado el requisito de la oportunidad y demás aspectos formales que adelante serán revisados.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Asunto objeto de análisis y metodología de la decisión

Siendo la posible nulidad a la sentencia de tutela T-438 de 2015 el objeto específico de análisis, la Sala adoptará para su resolución la siguiente metodología: reiterará, en primer lugar, el precedente constitucional sobre la procedencia excepcional de la nulidad contra las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional, precisando las causales que jurisprudencialmente viabilizarían la nulidad; en segundo término, referirá la doctrina fijada por la Corte sobre la indebida integración del contradictorio como causal de nulidad de las sentencias emanadas de esta Corte, así como las soluciones que ha dado la jurisprudencia constitucional en casos similares. Seguidamente, definirá las exigencias mínimas para la integración del contradictorio en sede de revisión y a partir de estas consideraciones, resolverá las solicitudes de nulidad que cumplan los requisitos formales de procedencia y estructuración de la presunta vulneración del derecho al debido proceso.

3.2. Requisitos para la procedencia excepcional de la declaratoria de nulidad de las sentencias de revisión de acciones de tutela. Reiteración de jurisprudencia[126]

La Corte Constitucional ha fijado las reglas aplicables para resolver acerca de la nulidad de las sentencias que profiere la Sala Plena o las distintas Salas de Revisión de este Tribunal. Los aspectos esenciales de esta doctrina fueron propuestos por la Corte en el Auto 031A/02, previsiones que han sido constantemente reiteradas por decisiones posteriores, entre ellas y las más recientes los Autos 189/09, 270/09 y 414A/15. Así las cosas, la Sala hará referencia a dichas reglas para resolver la petición objeto de análisis.

El artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 dispone que contra las sentencias proferidas por la Corte Constitucional no procede recurso alguno. Con todo, la misma norma prevé que la nulidad de los procesos que se surtan ante esta Corporación solo podrá alegarse antes de proferido el fallo y deberá sustentarse en irregularidades que comporten la violación del debido proceso.

No obstante, la jurisprudencia constitucional, con base en un análisis armónico de la legislación aplicable, también ha concluido la posibilidad de solicitar la nulidad de las sentencias de revisión de acciones de tutela, incluso con posterioridad al fallo o de manera oficiosa.[127] Para ello, esta doctrina ha fijado una serie de requisitos definidos para la declaratoria de nulidad, los cuales son sintetizados a continuación.[128]

3.2.1. Naturaleza excepcional. La declaratoria de nulidad de una sentencia de revisión proferida por la Corte Constitucional es una medida excepcional a la cual sólo puede arribarse cuando en la decisión concurren “situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar”[129] (Subrayado fuera de texto)”[130].

En este sentido, la jurisprudencia ha concluido que la solicitud de nulidad de una sentencia de revisión no puede, en ningún caso, tornarse en un recurso adicional contra la providencia adoptada por la sala de revisión. Razones de seguridad jurídica y de certeza en la aplicación del derecho,[131] permiten afirmar de manera categórica que las decisiones adoptadas por una de las Salas del órgano judicial límite de la jurisdicción constitucional hacen tránsito a cosa juzgada y cierran el debate sobre el asunto respectivo, el cual no puede reabrirse utilizándose como medio para ello la solicitud de declaratoria de nulidad de la sentencia. Así, sólo una censura a la decisión fundada no en la controversia acerca del fondo del asunto estudiado por la Corte, sino en la presencia de circunstancias con base en las cuales pueda predicarse la vulneración del debido proceso en razón del fallo, servirá de sustento válido para la declaratoria de nulidad.

Como corolario de lo anterior, es evidente que la solicitud de nulidad no puede constituirse en una instancia en la que Sala Plena de la Corte efectúe un análisis acerca de la corrección de los argumentos expuestos por la Sala de Revisión correspondiente. La sentencia que profiere la Sala de Revisión está cobijada por los efectos de la cosa juzgada, de manera tal que tanto la valoración probatoria como la interpretación que se haya plasmado en la sentencia no son asuntos objeto de cuestionamiento a través del incidente de nulidad. En cambio, este incidente se restringe a la identificación de un vicio significativo y trascendental, el cual haga a la sentencia atacada abiertamente incompatible con el derecho al debido proceso. Al respecto, la Corte ha insistido en que “[a] través de la solicitud de nulidad no se puede pretender reabrir un debate que ya ha sido cerrado en las discusiones de la Sala de Revisión o la Sala Plena. Una vez proferida la sentencia por parte

de la Corte Constitucional, ésta no es recurrible o impugnabile, en principio. En reciente providencia (Auto 131/04, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil) esta Corporación señaló clara y enfáticamente que: “cualquier inconformidad con la interpretación dada por la Corte, con la valoración probatoria o con los criterios argumentativos que sustentan la sentencia, no pueden constituir fundamentos suficientes para solicitar su nulidad, ya que este tipo de situaciones no implican la vulneración del debido proceso, sino que constituyen meras apreciaciones connaturales al desacuerdo e inconformismo del solicitante con la decisión. Por ello, solamente aquellos vicios que impliquen una verdadera afectación del debido proceso, cuya demostración sea “ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos”[132], pueden conducir a la nulidad de una sentencia proferida por esta Corporación.” [133] De manera similar, el Auto 127A de 2003 sostuvo que “[b]ajo esta óptica, siendo coherente con la interpretación indicada, la jurisprudencia reconoce que el incidente de nulidad puede promoverse no solo respecto de los presuntos defectos en que haya podido incurrir la Corte antes de proferir la decisión de fondo, conforme en principio se deduce del contenido del artículo 49 del decreto antes citado, sino también en relación con aquellas fallas que le son imputables directamente al texto o contenido de la sentencia. Esto último, sin que pueda interpretarse el incidente de nulidad como la configuración de una especie de recurso oponible a los fallos que dicta la Corte, que como se dijo están proscritos por expreso mandato constitucional, ni tampoco como una nueva instancia procesal apta para reabrir debates pasados o para analizar nuevamente las controversias que ya han sido resueltas por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en su Sala Plena o en sus respectivas Salas de Revisión de tutela.”

3.2.2. Presupuestos formales de procedencia. La doctrina en comentario determina las condiciones formales que deben concurrir para la admisibilidad de la solicitud de nulidad de las sentencias de revisión.[134] Estos requisitos son:

- (i) La solicitud debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del fallo adoptado por la Corte. Vencido este término, se entiende que toda circunstancia que acarrearía la nulidad del fallo queda saneada[135];
- (ii) En caso que el vicio se funde en situaciones acaecidas con anterioridad al momento de proferir el fallo, la solicitud de nulidad deberá solicitarse, de conformidad con

lo señalado en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, antes de que la Sala de Revisión emita la sentencia correspondiente. Por ende, si las partes que intervinieron en el proceso constitucional no elevan petición en ese sentido dentro de la oportunidad prevista, pierden su legitimidad para invocar la nulidad posteriormente;[136]

3.2.3. Presupuestos materiales de procedencia. En igual sentido, la doctrina constitucional relativa a los requisitos de admisibilidad de las solicitudes de nulidad, también ha establecido determinadas condiciones y limitaciones a los argumentos que se utilicen para fundar los cargos en contra de la sentencia respectiva, las cuales se resumen de la siguiente manera:

(i) El solicitante tiene la carga de demostrar, con base en argumentos serios y coherentes que la sentencia vulnera el derecho fundamental al debido proceso. Como se indicó, el incidente de nulidad no es una oportunidad para reabrir la discusión jurídica resuelta en el fallo, por lo que una censura sustentada en el inconformismo del peticionario ante lo decidido o en una crítica al estilo argumentativo o de redacción utilizado por la Sala de Revisión, carece de eficacia para obtener la anulación de la sentencia.

(ii) La solicitud de nulidad no puede utilizarse como alternativa para que la Sala Plena de la Corte Constitucional reabra el debate probatorio realizado por la Sala de Revisión que profirió el fallo respectivo. En consecuencia, el cargo que sustente la solicitud de nulidad no puede estar dirigido hacia ese fin.

(iii) La afectación del debido proceso por parte de la Sala de Revisión tiene naturaleza cualificada. Por tanto, “debe ser ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos (Subraya la Corte)”.[137] Con base en estas características, la jurisprudencia identifica algunos casos en que la vulneración reúne esas características, tales como:

“- Cuando una Sala de Revisión cambia la jurisprudencia de la Corte. (...)”[138]

- Cuando una decisión de la Corte es aprobada por una mayoría no calificada según los criterios que exige la ley.[139]

- Cuando existe incongruencia entre la parte motiva de una sentencia y la parte resolutive

de la misma, que hace anfibológica o ininteligible la decisión adoptada;[140] igualmente, en aquellos eventos donde la sentencia se contradice abiertamente, o cuando la decisión carece por completo de fundamentación.

- Cuando la parte resolutive de una sentencia de tutela da órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso.[141]

- Cuando la sentencia proferida por una Sala de Revisión desconoce la cosa juzgada constitucional, pues ello significa la extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones.[142]

" [143]

(iv) Igualmente, la jurisprudencia también ha contemplado la configuración de una causal de nulidad de las sentencias de revisión cuando, de manera arbitraria, se dejan de analizar asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos trascendentales para el sentido de la decisión.[144] Ello, por supuesto, siempre y cuando se compruebe que la sentencia omitió por completo el análisis de esos asuntos relevantes. En contrario, si la Sala de Revisión hizo un estudio particular de la materia correspondiente, no le corresponde al Pleno realizar un examen sobre la corrección de tales argumentos pues, como se indicó, esto significaría la reapertura del análisis jurídico y probatorio realizado en el fallo cuestionado, actividad incompatible con la naturaleza del incidente de nulidad.

En conclusión, la solicitud de nulidad de las sentencias que profieren las salas de revisión es un trámite de configuración jurisprudencial relacionado con la protección del derecho al debido proceso, que tiene naturaleza excepcional y que está sometido a estrictos requisitos de procedencia, los cuales versan sobre la acreditación suficiente de circunstancias ostensibles y trascendentales que afecten de manera cierta el derecho fundamental mencionado. Igualmente, constituye un procedimiento que, en ningún caso, puede originar la reapertura del debate jurídico resuelto por la sentencia correspondiente. Esto implica la inadmisibilidad de argumentos que, bajo la apariencia de fundarse en presuntas afectaciones del debido proceso, en realidad están dirigidas a cuestionar sustantivamente los fundamentos jurídicos de la decisión cuestionada.

Estas condiciones agravadas encuentran sustento constitucional en tanto pretenden proteger adecuadamente principios jurídicos centrales para la función ejercida por la Corte, tales como la seguridad jurídica y la certeza de la aplicación del derecho de forma tal que

sirva de instrumento idóneo para la resolución de los conflictos y la paz social.

3.3. La indebida integración del contradictorio como vulneración grave del derecho al debido proceso y reglas para aplicar el remedio procesal. Reiteración de jurisprudencia.

3.3.1. La jurisprudencia constitucional ha explicado[145] que los derechos a la contradicción y la defensa son contenidos esenciales del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.N.). Estas garantías procesales se manifiestan en las facultades que tienen las partes para allegar y solicitar pruebas, controvertirlas, o impugnar las decisiones que resulte adversa a sus aspiraciones. Lo anterior, sin perjuicio de las limitaciones procesales –por ejemplo, los procesos de única instancia– que establezca el legislador con base en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garanticen el derecho de defensa y el debido proceso.

Sobre el derecho de defensa, aplicable en todo juicio independientemente de su naturaleza, el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

En uno de los primeros pronunciamientos realizados por la Corte acerca de la necesidad de integración del contradictorio dentro de la actuación de amparo constitucional, expuso: “La notificación de la solicitud de tutela permite al sujeto pasivo de la acción ejercer su derecho de defensa y hacer uso de las garantías propias del debido proceso, que no están ausentes del procedimiento breve y sumario que se adelanta con ocasión de la tutela, ya que no es admisible adelantar todas las etapas, sin contar con la autoridad pública o con el particular acusado de conculcar o de amenazar derechos constitucionales fundamentales” [146]. Del mismo modo, la Corte ha dejado claro que para la adecuada y eficaz realización del derecho con base en la aplicación del debido proceso, el juez de tutela está revestido de amplias facultades oficiosas.

La jurisprudencia comprende el derecho de contradicción como un mecanismo directo de defensa, dirigido a que las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso y

a la facultad que tiene la persona para participar efectivamente en la prueba exponiendo sus argumentos sobre el objeto de esa prueba[147], y ha determinado el derecho de defensa como componente del debido proceso, señalando en la Sentencia C-401/13: “Una de las principales garantías del debido proceso, es el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, “de ser oí[d]a, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la Ley otorga”[148]. Esta Corporación ha destacado la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, señalando que con su ejercicio se busca “impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado.” Acorde con ello, ha reconocido igualmente que el derecho de defensa es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que “constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”[149].”

3.3.2. La Corte ha advertido que la integración del contradictorio es un presupuesto esencial para la garantía del derecho al debido proceso, y por tanto de la defensa. En este sentido, ha señalado que omitir la posibilidad de que una parte o un tercero con interés legítimo intervenga en el marco de un proceso, implica el desconocimiento de dichos derechos. Así por ejemplo, en el Auto del 3 de mayo de 2003, la Corte advirtió lo siguiente:

“... La oportuna realización de las notificaciones o actos de comunicación procesal es una de las manifestaciones más importantes del respeto al debido proceso y lo es tanto en relación con las partes que intervienen en el proceso como respecto de los terceros a quienes les asista un interés legítimo en él.

Esta relevancia de las notificaciones se potencia en el ámbito de los procesos de tutela dado que en ellos se debate el amparo constitucional de los derechos fundamentales, siendo, por lo tanto, prioritario que se configure debidamente el contradictorio y que se notifique a las partes y a los terceros con interés legítimo, las decisiones proferidas.

Respecto a la autoridad o particular contra el que se dirija la acción, lo ordinario es que el

actor la determine al ejercer la acción pero si no tiene claridad al respecto y en la demanda existen elementos de juicio que le permiten al juez de tutela determinar contra quién debe dirigirse, su deber es integrar el contradictorio contra la autoridad o particular que se infiera de tales elementos de juicio. De lo contrario, puede suceder que a pesar de verificarse una efectiva vulneración de derechos fundamentales, no haya lugar a amparo constitucional alguno por no haberse vinculado al proceso a quien estaba llamado a actuar u omitir para poner fin a esa vulneración. Y es claro que una situación de esta índole es contraria a la finalidad que el constituyente le imprimió a la acción de tutela”.

Así las cosas, como ha reiterado esta Corporación es deber del juez, desde la primera instancia, integrar el contradictorio, de manera que garantice el pleno ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción desde el inicio del proceso; si no lo hace, corresponde al de segunda instancia adoptar el remedio procesal y, si la falencia persiste, necesariamente deberá procederse a ello en sede de revisión, evento éste que es excepcional y responde a criterios específicos, que buscan ponderar la satisfacción de los derechos fundamentales del afectado en el caso concreto y la protección del debido proceso de la parte vinculada.

3.3.3. Para que se declare la nulidad de una sentencia de tutela por indebida integración del contradictorio, la Corte, al igual que acontece con las causales que viabilizan dicha figura jurídica, ha venido desarrollando reglas que sirven de orientación a los jueces, las cuales se hallan recogidas, entre otras providencias, en los Autos 055 de 1997 y 025 de 2002, que en palabras del reciente Auto 536 de 2015, se presentan así:

La primera regla impone al juez de tutela el deber de integrar el contradictorio en virtud del principio de oficiosidad. Esto debido a que “si bien la demanda de tutela debe dirigirse contra el sujeto a quien se puede imputar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, puede ocurrir que se entable contra un sujeto distinto y entonces mal podría prosperar la tutela, aunque, si en el caso concreto el término lo permite, una vez se ha percatado de la situación, bien puede el juez de oficio, antes de resolver, vincular al proceso a la persona o entidad contra la cual ha debido obrar el demandante, otorgándole suficientes elementos de defensa dentro del mismo, con arreglo a la garantía constitucional.

Sólo en ese evento podría otorgarse el amparo contra ella (Sentencia T-578 del 10 de noviembre de 1997).”

Conforme a la segunda regla, la Corte ha considerado que el deber judicial de integración del contradictorio se aplica, no solo en el caso en que el accionante haya omitido vincular a quien esté real o aparentemente involucrado en los hechos, sino también en el caso que “aparezca demandado otro ente que, por su actividad, su función o sus actos, ha debido serlo, en otros términos, cuando no se ha integrado debidamente el contradictorio, el juez de tutela, según el análisis de los hechos y de la relación entre las funciones que se cumplen o las actividades que se desarrollan y la invocada vulneración o amenaza de derechos fundamentales (nexo causal), está en la obligación de conformar el legítimo contradictorio, en virtud de los principios de oficiosidad e informalidad que rigen la acción de tutela.”

De acuerdo a la tercera regla, la Corte evidencia en su jurisprudencia que en el derecho común la indebida integración del contradictorio lleva a la adopción de fallos inhibitorios. Esta conclusión no es posible en el caso de la acción de tutela, pues el parágrafo único del artículo 29 del Decreto Ley 2591 de 1991 lo prohíbe de manera expresa. En ese sentido, el juez debe ejercer sus poderes oficiosos con el fin de garantizar que los sujetos afectados por la decisión o que tengan interés directo en la misma puedan ejercer el derecho “a que se resuelvan las pretensiones formuladas en la demanda y a que, por la otra parte, se le admita como legítimo contradictor de tales pretensiones.”

En el precedente analizado, se expresa una cuarta regla, según la cual si en el trámite de la acción de tutela puede deducirse razonablemente que se está ante una vulneración de derecho fundamental y, no obstante ello, el juez de tutela de primera instancia omitió integrar adecuadamente el contradictorio, dicha integración puede ser adelantada por el juez de segunda instancia o incluso por la Corte. De manera general, de acuerdo con este precedente, una decisión de esta naturaleza involucra “revocar la decisión o decisiones sometidas a su examen y ordenar al juez de primera instancia la integración del contradictorio para configurar la legitimación en la causa de la parte demandada. La adopción de esta conducta se adecua y armoniza con el postulado legal de que en el proceso de tutela no pueden expedirse fallos inhibitorios, pero cabría señalar que mientras no se vincule debidamente a la parte demandada no es posible proferir sentencia de mérito, estimatoria o desestimatoria de las pretensiones de la demanda”.

3.4 Soluciones dadas por la jurisprudencia constitucional sobre la indebida integración del

contradictorio en acciones de tutela

3.4.1. Acorde con lo anterior, la Corte ha explicado que si se constata la omisión de vincular a una persona que puede resultar afectada con los resultados de la sentencia, es imperativo para los jueces de instancia, así como para la Corte en sede de revisión, proceder a su vinculación: “Si el juez advierte que el sujeto o entidad demandada no es el único responsable de la posible vulneración o amenaza sino que además, existe otro posible sujeto responsable debe vincularlo al proceso para así, de una parte, cumplir con el carácter preferente del amparo -la protección de un derecho fundamental- y de otra, permitirle al presunto responsable exponer sus razones y controvertir las pruebas que se hayan practicado.”[150]

Efectivamente, en atención a la necesidad de establecer quienes deben concurrir en un proceso de tutela, cuando en el curso de éste la Corte ha verificado que esa vinculación no se realizó por los jueces de instancia, y que igualmente durante el trámite de la revisión se mantuvo la irregularidad, el correctivo no ha sido otro que la declaratoria de nulidad. Así por ejemplo, en el Auto 097 de 2005[151] se declaró la nulidad de la sentencia T-268 de 2005. En esta decisión se señaló que en el proceso de tutela era posible la intervención de los terceros con interés legítimo como coadyuvantes o como partes (artículos 13 y 16 del Decreto 2591 de 1991), y que sin perjuicio de la prevalencia del procedimiento especial de la acción constitucional sobre los de las otras jurisdicciones, en aras de proteger el derecho al debido proceso se imponía la causal de nulidad por carencia o indebida notificación de persona determinada que debía ser citada en el proceso. En consecuencia, ordenó la vinculación de la incidentante a la acción de tutela, habida cuenta de que las pretensiones del accionante que fueron acogidas en el fallo, la afectaban directamente en razón a que su nombramiento como alcaldesa local había quedado sin efectos por cuenta de la decisión judicial.

Luego, en el Auto 158 de 2005[152], previamente a asumir la revisión de una tutela, esta Corporación procedió a declarar de manera oficiosa la nulidad pero ya para que fuese el juez de conocimiento quien integrara el contradictorio y emitiera un nuevo fallo, pues en el examen preliminar se observó que si bien la tutela fue impetrada contra un empleador, la relación laboral y por tanto el obligado a responder por los derechos reclamados por la accionante, era otra entidad. En dicho pronunciamiento la Corte precisó:

“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en sostener que cuando el demandante no integra la causa pasiva en debida forma, es decir, con todas las entidades cuyo concurso es necesario para establecer la presunta amenaza o violación de los derechos alegados, es deber del juez constitucional proceder a su vinculación oficiosa a fin de garantizarles su derecho a la defensa y de esa manera permitirles establecer el grado de responsabilidad que les pueda asistir.

De allí que cuando tal vinculación no ha tenido lugar, de manera que no se le ha notificado a un tercero con interés legítimo sobre la iniciación de la tutela ni sobre las decisiones adoptadas en el curso de la misma, se constituye una irregularidad que atenta contra el derecho al debido proceso. Tal cuestión da lugar a declarar la nulidad de lo actuado con el fin de garantizar la transparencia del procedimiento”.

Entonces, bajo el entendido que la eficacia del derecho de contradicción y defensa también se predica del desarrollo de la acción de tutela, a través de la jurisprudencia constitucional se ha definido las maneras en que se deben aplicar los remedios de índole procesal que garanticen el derecho material, mediante la vinculación de todas las personas que por tener interés directo en el debate están llamadas como sujetos activos o pasivos y, por consiguiente, en el curso o al final de la acción se dirigen las órdenes tendientes a la protección de derechos fundamentales.

3.4.2. Teniendo en cuenta que producto del desarrollo jurisprudencial esbozado, la falta de integración del contradictorio es causal de nulidad de las sentencias de tutela, en la medida que omitir que una persona con interés directo no pueda hacer valer sus derechos de defensa y contradicción afecta gravemente el derecho fundamental al debido proceso, es preciso recordar que cuando la irregularidad se observa y da lugar a la aplicación de nulidad en sede de revisión, no en todos los casos la Corte ordena retrotraer la actuación a su inicio sino que la misma Sala dispone el correctivo.

Ante la eventualidad en comento se deben analizar los casos concretos de manera que la decisión no afecte desproporcionadamente los derechos fundamentales del accionante, y en ese sentido el precedente constitucional ha concluido que existen dos alternativas posibles ante la nulidad derivada de la indebida integración del contradictorio verificada en sede de revisión. La primera consiste en declarar la nulidad de toda la actuación y ordenar que se

renueve con la concurrencia de la parte que no fue vinculada; la segunda consiste en que una vez identificada la existencia de la causal de nulidad por violación del derecho de defensa y contradicción, la Sala de Revisión encuentre que por las circunstancias de hecho o la afectación de los derechos de un sujeto de especial protección constitucional o de una persona que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, sin retrotraer la actuación, sea posible corregir el yerro disponiendo la vinculación de la parte o del tercero cuya afectación dimana del interés directo en el proceso de tutela.

En estos casos específicos cuando esté acreditada esa condición y se evidencie la afectación que podría generar la orden de retrotraer la actuación, procede la vinculación en sede de revisión. Estos argumentos fueron expuestos por la Corte en el Auto 234 de 2006, reiterado, entre otras providencias, en el Auto 113 de 2012 y más recientemente en el auto 536 de 2015, en los siguientes términos:

“5.- De lo expuesto, fuerza es concluir entonces que la falta u omisión de la notificación de las decisiones proferidas en un proceso de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo, es una irregularidad que vulnera el debido proceso. De allí que por ejemplo la falta de notificación de la providencia de admisión de una acción de tutela, no permite que quien tenga interés en el asunto, pueda enterarse de la existencia de esa actuación y de la consecuente vinculación de una decisión judicial sin haber sido oído previamente.

6.- Cuando la situación anotada se presenta, se dan los fundamentos suficientes para declarar la nulidad de lo actuado y retrotraer de tal manera la actuación que permita la configuración en debida forma del contradictorio, o se vincule al proceso al tercero con interés legítimo, pues sólo de esta manera se permite, de una parte el conocimiento de la demanda y la posibilidad del ejercicio del derecho al debido proceso y defensa, así como la emisión de un pronunciamiento de fondo sobre la protección o no de los derechos fundamentales invocados.

7.- Cuando la nulidad por falta de notificación en los procesos de tutela se detecta en sede de revisión, la Corte Constitucional ha señalado que existen dos caminos a seguir: i) declarar la nulidad de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y ordenar la devolución del expediente al despacho judicial de primera instancia para que una vez subsanada la irregularidad, se surtan de nuevo las actuaciones pertinentes, o, ii) proceder

en revisión a integrar directamente el contradictorio con la parte o con el tercero que tenga interés legítimo en el asunto[153].

8.- La posibilidad de integración del contradictorio en sede de revisión, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, encuentra su sustento en los principios de economía y celeridad procesal que guían el proceso tutelar, y en que tal irregularidad puede ser saneada, de acuerdo a lo reglado en el numeral 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, si una vez practicada la notificación a la parte o al tercero que tenga interés legítimo en el asunto, éstos actúan sin proponer la nulidad.

9.- De allí que esta Corporación directamente en sede de revisión ha integrado la litis en aquellos casos en que las circunstancias de hecho lo ameritan o cuando estén de por medio derechos fundamentales (salud o la vida) de personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta.”

Similares consideraciones fueron realizadas por la Corte en el Auto 271/02, cuando al prever los presupuestos para la aplicación excepcional de la segunda alternativa para sanear la nulidad, señaló que “es criterio de la Corte no tramitar directamente el incidente de nulidad por falta de notificación cuando el vicio se detecta en el trámite de revisión, salvo circunstancias excepcionales como la avanzada edad del actor,[154] sus condiciones de salud,[155] o de debilidad manifiesta,[156] o si se trata de una mujer cabeza de familia.[157]”. También se plantearon consideraciones similares en los Autos 281A/10 y 093/12, que a criterio de la Sala sintetizan los elementos centrales del precedente sobre la procedencia excepcional de la integración del contradictorio en sede de revisión de acción de tutela.

Además de enfatizar que la integración del contradictorio como función judicial tiene un vínculo intrínseco con la protección del derecho al debido proceso, debe sostenerse que ese proceder se justifica desde la perspectiva procedimental, como consecuencia de los principios de informalidad y oficiosidad que son propios de la acción de tutela.

3.4.3. Finalmente, es preciso acotar, en términos esgrimidos en el precitado Auto 536 de 2015, que para la vinculación al proceso de tutela, los remedios previstos por indebida integración del contradictorio, debe distinguirse si se trata de un tercero con interés legítimo o si se está ante un tercero que tiene la potencialidad de convertirse, en caso de un

fallo de tutela que ordene proteger los derechos fundamentales concernidos, en el responsable de dicha protección y, por ende, en parte pasiva dentro del proceso. En este último caso, se exige que la Corte sea especialmente cuidadosa en la integración del contradictorio en sede de revisión, a fin de evitar que la protección excepcional de la vinculación, justificada en la situación especial de vulnerabilidad del accionante, afecte en forma desproporcionada los derechos de contradicción y defensa de la parte vinculada.

Ahora, sobre la calidad y tratamiento que debe darse a los terceros vinculados al trámite de una acción de tutela, en la sentencia T-269 de 2012[158] la Corte expuso:

“1.3 En la teoría general del proceso, el tercero es definido como “aquel que no tenga calidad de parte”[159], esto es, que no es “sujeto del litigio o de la relación jurídica sustancial sobre la que versa la controversia”[160]. De manera general, los terceros incluyen las categorías de intervinientes ad excludendum, que son principales autónomos con intereses opuestos a ambas partes del proceso; los litisconsortes sucesivos o intervinientes, que pretenden un derecho propio vinculado al proceso y participan en él para que se tome una decisión respecto de su derecho, y los coadyuvantes.

Estos últimos son “aquellos terceros que no reclaman un derecho propio para que sobre él haya decisión en el proceso, sino un interés personal en la suerte de la pretensión de una de las partes”[161]. Poseen la facultad de intervenir dentro del trámite procesal, pero cuando lo hacen tienen como fin “sostener las razones de un derecho ajeno”[162]. Por ello, pueden realizar distintas actuaciones dentro del proceso, pero no les es posible intervenir para presentar sus propias pretensiones, cuando quiera que ellas sean totalmente ajenas al contenido del proceso que ha sido delimitado –al menos en principio-, por las peticiones hechas por quien promueve la demanda y los argumentos presentados en ejercicio del derecho de contradicción.

1.4 Precisamente en el trámite de la acción de tutela, reglamentado en el Decreto 2591 de 1991, se prevé que los terceros con interés legítimo pueden intervenir en el proceso de tutela actuando como coadyuvantes. Tal como se señaló anteriormente, el artículo 13 del Decreto 2591 dispone que “quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”.

Esto implica, en principio, que con independencia de la categoría particular dentro de la que pudieran ubicarse en razón de su interés en el proceso y del nombre que se les asigne dentro de los procesos ordinarios, en la acción de tutela los terceros se involucran en el proceso porque sus resultados pueden afectarlos, pero lo hacen apoyando las razones presentadas, bien por el actor o por la persona o autoridad demandadas, y no promoviendo sus propias pretensiones.

1.5 En el trámite de las acciones de tutela esta delimitación del papel de los terceros debe armonizarse con el principio de informalidad y de prevalencia de lo sustancial que rigen el proceso. Es por esto que una persona que no solicitó el amparo y que luego es vinculada a su trámite, bien por solicitud de las partes o por decisión oficiosa del juez, puede advertir que su interés no se reduce al resultado del proceso, sino que también es titular de los derechos que se ven vulnerados o amenazados en el caso concreto. Esto ocurre en virtud de los mismos hechos más o menos delimitados desde la instauración de la tutela, y porque es la misma persona o autoridad pública accionada quien con su conducta ha generado esta situación presentada al juez de tutela.” (Subrayas no originales)”.

De lo anterior se colige que la intervención de un tercero en el proceso de tutela puede desplazar a quien tenía la calidad de parte y convertirlo en el titular de los derechos fundamentales invocados, con exclusión del accionante primigenio, o, lo que es más frecuente, constituirlo en el obligado a responder por la vulneración de derechos, excluyendo a quienes inicialmente fueron convocados como accionados. En otros eventos, el vinculado se contará como otro accionado sobre el cual recaerán las consecuencias del amparo constitucional, pues a pesar de no haber sido señalado por el accionante como el llamado a resarcir sus derechos amenazados o vulnerados, la sustancial y estrecha relación entre causa y efecto, conlleva su concurrencia al proceso.

Cabe recordar que conforme al actual ordenamiento procesal civil, además de los litisconsortes facultativos y de los litisconsortes necesarios, atendiendo la doctrina y la jurisprudencia especializada, el artículo 62 del Código General del Proceso estableció la categoría del litisconsorte cuasinecesario, a quien en determinados momentos lo podría afectar la sentencia en que resultó vinculado, en materia constitucional no es dable hacer esa distinción, pues la concurrencia al proceso de tutela que se rige por un especial procedimiento libre de trabas formales, se hace por la existencia de un interés legítimo que

lo convierte o bien en titular de derechos objeto de protección, o bien en aquel llamado a responder por su conculcación.

3.4.4. Hasta aquí queda claro que todos los argumentos esbozados conducen a señalar que el precedente de esta Corte ha considerado y aceptado durante el trámite en sede de revisión de tutelas, la posibilidad de resolver acerca de la nulidad por indebida integración del contradictorio, establecida como causal en razón a la vulneración del derecho al debido proceso. También se concluye que para el saneamiento de las nulidades suscitadas en esos términos, la jurisprudencia ha planteado dos alternativas: una de carácter general, la cual consiste en retrotraer la actuación judicial a su inicio, a fin de que la acción de tutela se tramite en su integridad con la concurrencia de la parte que no fue llamada originalmente, y otra de carácter excepcional, que opta por la vinculación en sede de revisión, para que la parte se pronuncie directamente ante la Corte sobre la acción de tutela y las decisiones de instancia, y con ello las posibles vicisitudes ya resumidas.

3.5. Caso concreto

En esta oportunidad la Sala Plena examina las solicitudes de nulidad formuladas contra la sentencia T-438 de 2015, dentro de las cuales se discute particularmente la indebida integración del contradictorio respecto del señor Alberto Castro Saldarriaga, y la consecuente afectación de su derecho fundamental al debido proceso. Específicamente, se argumenta que el señor Castro Saldarriaga, era cotitular del título minero CHG-081 de 2002, cuya área de influencia es la mina Villonza ubicada en el Cerro El Burro del municipio de Marmato -Caldas-, y que fue afectado con la decisión de tutela por cuanto en la sentencia se dispuso la suspensión de las actividades mineras que él venía desarrollando en dicha mina.

Con base en tales circunstancias y conforme a los fundamentos jurisprudenciales y normativos reseñados en esta providencia, la Corte abordará el estudio de los respectivos cargos. Para este propósito, en primer lugar se procederá a determinar si las solicitudes presentadas a la Sala satisfacen o no los presupuestos formales de procedencia de las nulidades de las sentencias de tutela[163], para, posteriormente, constatar la existencia de los presupuestos materiales constitutivos de alguna de las causales de nulidad propuestas por los solicitantes.

3.5.1. Presupuestos formales

3.5.1.1. En lo que atañe a Minerales Andinos de Occidente S.A., los requisitos formales para viabilizar su estudio se encuentran cumplidos. En primer término, la Corte encuentra que (i) la solicitud fue presentada dentro del término, pues la sentencia T-438 de 2015 fue notificada a dicha empresa el 4 de septiembre de 2015[164] y la solicitud de nulidad por ella presentada fue radicada en la Secretaría General de la Corte el 9 de septiembre de 2015, estableciéndose así que se impetró dentro del término previsto para ser objeto de estudio, esto es, dentro de los 3 días siguientes a su notificación; de igual modo, observa la Sala que (ii) la incidentante está legitimada para actuar en razón a que funge como parte accionada en el trámite del amparo constitucional, y, por último, (iii) la nulidad la presentó con suficiente carga argumentativa.

3.5.1.2. En lo que se refiere a la coadyuvancia de la anterior solicitud, esto es, a la presentada por el Ministerio de Minas y Energía, debe precisarse que no se satisface el requisito de oportunidad, toda vez que la notificación de la sentencia en cuestión tuvo lugar el 4 de septiembre de 2015[165] y la solicitud se radicó en esta Corporación el 18 de septiembre de 2015, razón por la cual su interposición es extemporánea. Lo anterior, con base en lo dispuesto por el magistrado ponente mediante autos del 22 de septiembre y 7 de octubre de 2015, el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio –Caldas–, que conoció la tutela en primera instancia, y la empresa “472 Red Postal de Colombia”, quienes informaron sobre la remisión de las respectivas planillas de notificación de la sentencia T-438 de 2015.

3.5.1.3. Respecto de la solicitud de nulidad incoada por el señor Alberto Castro Saldarriaga el 18 de septiembre de 2015, debe indicarse que se procederá a su estudio, habida cuenta que no fue vinculado en ninguna de las dos instancias, así como tampoco se hizo en la etapa de revisión ante esta Corporación. Lo anterior, teniendo en cuenta que el fallo que tutela contiene órdenes que sin mencionarlo de manera específica, lo afectan de manera directa en la medida en que debe suspender la actividad minera que dice viene realizando como cotitular del permiso minero CHG-081. Su legitimación en la causa dentro del trámite de la acción constitucional de la referencia se encuentra configurada por pasiva como se explicará posteriormente en los apartados pertinentes.

3.5.1.4. Frente a la nulidad invocada por la Agencia Nacional Minera, la Corte encuentra que

la misma resulta extemporánea pues las planillas 0118 y 0119 remitidas por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio –Caldas–, así como la información reportada a la Corte por la empresa de correos “472 Red Postal de Colombia”, mediante escrito del 27 de octubre de 2015, evidencian que la notificación de la sentencia de tutela se realizó el 7 de septiembre de 2015, mientras que el escrito contentivo de la solicitud de nulidad solo vino a presentarse el 24 de septiembre del mismo año[166].

3.5.1.5. Respecto a los argumentos expuestos por el Ministerio de Minas y Energía al coadyuvar la solicitud de nulidad de la empresa accionada, al igual que aquellos que fueron incorporados en la solicitud elevada por la Agencia Nacional de Minería no serán objeto de análisis por la Sala. Lo anterior, en primer lugar porque no se satisface el presupuesto formal que refiere al término hábil para proponer la nulidad, y en segundo lugar, porque a excepción del cargo referido a la integración del contradictorio, sus argumentos no están dirigidos a discutir la existencia de una causal de nulidad en los términos que ha delineado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En este sentido, conforme al estudio realizado por esta Corporación y que se rememora en este pronunciamiento acerca de la procedencia de la nulidad de sentencias de tutela, no hay cabida para la presentación de problemas jurídicos tendientes a reabrir el debate procesal y menos para sustituir por esta vía incidental la sentencia cuestionada, pues, se reitera, para analizar la nulidad se deben invocar vicios que conlleven una verdadera afectación al derecho del debido proceso y no al replanteamiento de los problemas ya discutidos y decididos en el fallo.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte encuentra que es procedente analizar la solicitud de nulidad presentada por Minerales Andinos de Occidente S.A. y el señor Alberto Castro Saldarriaga debido a que satisface los requisitos formales respecto del presunto vicio de nulidad por indebida integración del contradictorio. En consecuencia, la Sala procede a constatar la existencia de los presupuestos materiales y, por tanto, a verificar la existencia de la causal invocada.

4.5.2. Presupuestos materiales. Configuración de la causal de nulidad por indebida integración del contradictorio

3.5.2.1. Superado el examen de procedibilidad formal, la Sala Plena debe analizar si la

sentencia T-438 de 2015 incurrió en la causal de nulidad por indebida integración del contradictorio al no haber vinculado al correspondiente trámite de revisión al señor Alberto Castro Saldarriaga. En el asunto, la empresa Minerales Andinos de Occidente S.A. advirtió que en el trámite de la acción de tutela solamente se vinculó, a ella, y a la sociedad Mineros Nacionales SAS, quienes son los cotitulares del título minero CHG-081. Sin embargo, no se vinculó a los demás cotitulares del mencionado título, dentro de los cuales se encontraba el señor Alberto Castro Saldarriaga. En este sentido, al no vincular al proceso a este último se vulneró su derecho fundamental al debido proceso pues no se le permitió ejercer su derecho de contradicción dentro del proceso.

3.5.2.2. Al analizar dicha situación, la Sala encuentra que en la sentencia T-438 de 2015, además de la Alcaldía Municipal de Marmato -Caldas-, la Agencia Nacional de Minería y la empresa Minerales de Occidente S.A., vinculados como parte accionada, era necesario vincular a aquellas personas naturales que también estaban interesadas en responder por la posible vulneración a los derechos fundamentales materia de tutela, habida cuenta de la relación sustancial que mantenían frente a la actividad minera que se cuestionaba.

Como lo pone de manifiesto la empresa solicitante, conforme al certificado de registro minero CHG-081[167], expedido bajo la modalidad “contrato en virtud de aporte”, con vigencia desde el 4 de febrero de 2002 y hasta el 3 de febrero de 2032, el señor Alberto Castro Saldarriaga, figura como cotitular del mismo, lo cual, implica que cualquier determinación relacionada con el área de influencia de dicho permiso minero, concretamente a las actividades de exploración y explotación de la mina Villonza cuestionadas por vía del amparo, tienden necesariamente a afectarlo.

3.5.2.3. A pesar de esta situación evidente y manifiesta, la Sala Plena encuentra que el señor Castro Saldarriaga no fue vinculado al proceso de tutela por ninguno de los jueces de instancia que conocieron del proceso, y tampoco por la Corte en sede de revisión. Por tal motivo, no tuvo la oportunidad de intervenir y exponer sus argumentos en relación con el amparo concedido mediante la sentencia proferida por la Sala Séptima de Revisión, con el agravante de que, como consecuencia del fallo en comentario, se dispuso la suspensión inmediata de las actividades de explotación minera en la mina Villonza donde el peticionario venía laborando, en virtud del permiso obtenido legítimamente por parte del Estado -registro minero CHG-081-.

3.5.2.4. En criterio de la Sala Plena, en este caso la Sala Séptima de Revisión tenía el deber de vincular en sede de revisión al señor Castro Saldarriaga, a fin de que ejerciera adecuadamente su derecho de contradicción respecto de los aspectos de hecho y de derecho expresados por los accionantes. Esta omisión tuvo un efecto directo y definitivo en la sentencia T-438 de 2015, pues la imposibilidad de que el señor Castro Saldarriaga pudiera ejercer adecuadamente sus derechos, en su condición de tercero interesado en las resultas del proceso, no le permitió que interviniera en las oportunidades procesales pertinentes, ni en las diferentes etapas de la acción de tutela. Adicionalmente, las órdenes de protección de derechos fundamentales emitidas en el fallo de la referencia, afectaron sus intereses jurídicos y económicos, lo que hace más palpable la necesidad de contar con la posibilidad de controvertir las diferentes actuaciones, así como presentar elementos de prueba y ejercer las demás competencias asignadas a las partes.

3.5.2.5. Ahora bien, como ha señalado la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, la debida integración de la parte pasiva en la acción de tutela y la vinculación de los interesados que pudieran resultar afectados por la decisión, se encaminan a proteger su derecho fundamental al debido proceso. Por tal motivo, en este caso es necesario decretar la nulidad de la decisión para que el afectado pueda ejercer adecuadamente sus derechos a la contradicción y defensa, y por lo tanto hacer eficaz e idónea la protección de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 Superior.

3.5.2.6. Como se explicó en los fundamentos de esta decisión existen dos posibles medidas a adoptar, una vez evidenciada la nulidad por indebida integración del contradictorio. La primera consiste en la declaratoria de la invalidez de todas las actuaciones para que desde la primera instancia se vincule debidamente la parte pasiva del proceso, y la segunda implica la vinculación en sede de revisión ante la Corte Constitucional.

3.5.2.7. En esta oportunidad, la Sala Plena observa que el mecanismo adecuado es la vinculación en sede de revisión, por las razones que se exponen a continuación. Para empezar, las circunstancias de hecho del proceso de tutela hacen referencia a la presunta vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, la libertad para ejercer profesión u oficio, el mínimo vital y a la consulta previa de un conjunto de personas habitantes del municipio de Marmato –Caldas–, quienes alegan que son mineros artesanales e informales cuyo único sustento personal y familiar corresponde a la actividad minera por ellos ejercida

en la mina Villonza.

En este sentido, la Corte considera que en este caso se está frente a una situación que pone en riesgo derechos de la máxima relevancia constitucional respecto de un grupo de personas que se encuentran en una situación de indefensión debido a su dependencia de la actividad económica, que puede resultar afectada por la decisión adoptada en el proceso de tutela. Con base en dicha circunstancia, y teniendo en cuenta los principios de economía y celeridad procesal que caracterizan al proceso de tutela[168], la Corte considera que en este evento es procedente la vinculación en sede de revisión. Lo anterior, debido a que la excesiva prolongación en la resolución del problema objeto de la acción de tutela, puede resultar en una grave e intensa afectación de los derechos de los accionantes, que resulta desproporcionada e inadmisibles desde la perspectiva constitucional.

3.5.3. En consecuencia, al haber comprobado la omisión en la vinculación del señor Alberto Castro Saldarriaga quien tenía interés directo en el proceso que dio lugar a la sentencia T-438 de 2015, y a quien se le impidió que ejerciera sus derechos de defensa y de contradicción como parte dentro del proceso, la Sala Plena encuentra procedente la solicitud de nulidad de tutela propuesta por la empresa Minerales Andinos de Occidente S.A., razón por la que ordenará su integración al contradictorio en sede de revisión. Adicionalmente, se ordenará remitir el expediente al despacho sustanciador para que se proyecte nuevamente la sentencia que pasará a estudio de la Sala Plena, teniendo en cuenta el acervo probatorio existente, junto con el que eventualmente aporte el solicitante a quien se vinculará al proceso.

En mérito de lo expuesto la Sala Plena de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad de la sentencia T-438 proferida por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional el 13 de julio de 2015, que comprende la actuación surtida en el expediente T-4.561.330, correspondiente a la acción de tutela promovida por Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos Ortiz, José Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero Gaviria contra la Alcaldía Municipal de Marmato -Caldas-, la Agencia Nacional de Minería y la Empresa Minerales Andinos de Occidente S.A.

SEGUNDO.- ORDENAR, en consecuencia, a la Secretaría General de la Corte Constitucional que gestione lo pertinente para la integración del contradictorio, vinculando como parte dentro del proceso de tutela al señor Alberto Castro Saldarriaga, a quien se le otorgará el término de tres (3) días contados a partir de su notificación personal, para que ejerza sus derechos de defensa y contradicción frente a las pretensiones de la demanda de tutela de la referencia.

TERCERO.- Una vez cumplida la orden anterior, por Secretaría General de la Corte Constitucional, REMITIR el expediente al despacho del Magistrado sustanciador para que proyecte la nueva sentencia, que deberá ser estudiada y decidida por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta (E)

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado (P)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folios 57-69 del cuaderno 2.

[2] Folios 103-119 del cuaderno 2.

[3] Folios 175-175 del cuaderno 2.

[5] Folio 22 del cuaderno 2.

[6] Folios 23-24 del cuaderno 2.

[7] Folio 25 del cuaderno 2.

[8] Folios 76-78 del cuaderno 2.

[9] Folios 87-100 del cuaderno 2.

[10] Folios 112-129 del cuaderno 2.

[11] Folios 144-146 del cuaderno 2.

[12] 148-159 del cuaderno 2.

[13] Folios 181-192 del cuaderno 2.

[14] Folios 193-195 del cuaderno 2.

[15] Folios 196-198 del cuaderno 2.

[16] Folios 279-282 del cuaderno 2.

[17] Folios 287-288 del cuaderno 2.

[18] Folio 301 del cuaderno 2.

[19] Folios 62-74 del cuaderno 1.

[20] Folios 71-77 del cuaderno 1.

[21] Folios 97-119 del cuaderno 1.

[22] Folios 120-128 del cuaderno 1.

[23] Folios 129-140 del cuaderno 1.

[24] Folios 141-179 del cuaderno 1.

[25] Folios 180-214 del cuaderno 1.

[26] Folios 2015-222 del cuaderno 1.

[27] Folios 223-263 del cuaderno 1.

[28] Folios 223-263 del cuaderno 1. Como anexo se tiene el Decreto 2223 de 1954, el certificado de registro minero, la lista de las solicitudes de legalización minera que se superponen en el título CHG-081, en la que no se encuentran los accionantes, y el programa

básico de contratación –contrato de mediana explotación con exploración adicional entre la Empresa Nacional Minera Ltda. y los señores Martha Fabiola Gallego, Jorge Eliécer Sánchez, Alfredo Gallego, Carlos Arturo Gallego y otros.

[29] Folios 265-270 del cuaderno 1.

[30] Procuraduría General de la Nación. “Minería Ilegal en Colombia. Informe Preventivo”.

Disponible en:

<http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MINERIA%20ILEGAL%20EN%20COLOMBIA%20%20DOCUMENTO.pdf>

[31] La Minería Ilegal en Colombia. Informe Preventivo. Procuraduría General de la Nación.

Disponible en:

<http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MINERIA%20ILEGAL%20EN%20COLOMBIA%20%20DOCUMENTO.pdf>

[32] Defensoría del Pueblo de Colombia. “La minería de hecho en Colombia”. Diciembre de 2010. Pág. 66.

[33] Artículo 6.

[34] Artículo 79.

[35] Artículo 80.

[36] Artículo 8.

[37] Artículo 339.

[38] Artículo 80, inciso 1º Constitucional.

[39] Artículo 334 Constitucional.

[40] Ver sentencia C-123 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

[42] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[43] M.P. Álvaro Tafur Galvis. Esta sentencia declaró la exequibilidad del el inciso primero

del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001 bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991. En relación con la obligatoriedad de la consulta previa en el caso analizado, la sentencia expresó, entre otros argumentos, los siguientes:

“Como quedó establecido en la reseña de la demanda, para el actor la norma acusada viola las reglas constitucionales enunciadas por él toda vez que la facultad de declarar una zona minera indígena sin que se consulte tal decisión con los posibles afectados, tal y como lo exigen las normas superiores referidas “podría vulnerar de manera irremediable las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, cultural, social y económico” y deja al arbitrio de la administración la calificación sobre cuáles zonas “son dignas de protección especial” en las que la exploración y explotación del suelo y subsuelo deberán ajustarse a las disposiciones especiales que versan sobre protección y participación de comunidades y grupos indígenas. Así mismo arguye que el derecho al ambiente sano (artículo 79 de la Constitución) impone hacer partícipes a las comunidades en la toma de decisiones tan trascendentales como la delimitación de zonas de protección para los indígenas.

Al retomar el análisis de la disposición acusada y confrontarla con las reglas constitucionales invocadas por el demandante, cabe formular las siguientes puntualizaciones:

- Las zonas mineras indígenas son sectores que se establecen dentro de un territorio indígena.

- La norma acusada prevé un mecanismo para proyectar un régimen especial de exploración y explotación de los recursos naturales yacientes en el suelo y el subsuelo de los territorios indígenas. En efecto, mediante la delimitación y alindramiento de “zonas mineras indígenas” se reconoce a las comunidades indígenas del respectivo territorio un derecho de prelación para exploración y explotación frente a otros posibles explotadores pues existiendo interés de aquellas, la autoridad minera debe celebrar el correspondiente contrato de concesión. Y de todos modos se señala que toda propuesta de particulares será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades

indígenas.

-Si bien puede argumentarse, como lo hacen los intervinientes, que la sola delimitación de la zona minera indígena no afecta bien alguno constitucionalmente protegido pues la delimitación no implica el adelantamiento de proyectos concretos de exploración y explotación para los cuales se garantiza la participación directa de la respectiva comunidad, a juicio de esta Corporación no se puede desconocer que como en la medida en que el señalamiento y delimitación de la zona minera indígena están llamados afectar el régimen de explotación del suelo y el subsuelo minero en los territorios indígenas no es indiferente la participación de la comunidad indígena respectiva. En efecto, a menos que la zona minera indígena comprenda todo el ámbito de un “territorio indígena” es claro que, en el ámbito territorial no comprendido en la “zona minera indígena” pueden yacer minerales en el suelo y en el subsuelo que estarían sometidos a un régimen de explotación diferente del previsto para la “zona minera indígena”, conforme a lo establecido en esta providencia a propósito del entendimiento y proyección de la disposición acusada.

-La circunstancia de que la norma acusada en cuanto forma parte del Código de Minas haya sido objeto de consulta en las mesas de concertación -como pone de presente en su intervención el Ministerio de Minas y Energía- con participación de representantes de las comunidades indígenas si bien satisface en cuanto al estudio del Código el requisito constitucional de participación en la formulación del régimen normativo especial, no es suficiente cuando de la precisión de ámbitos y regímenes concretos de explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se trata.

-Ahora bien, cabe preguntarse si en la medida en que el señalamiento y delimitación de “la zona minera indígena” debe basarse en estudios técnicos y sociales, la consulta a la comunidad indígena interesada resultaría inocua. Al respecto se ha de responder que si bien la decisión debe soportarse en dichos estudios tal como lo prevé la norma acusada, de tal manera que sin que medien dichos estudios aquella no podrá adoptarse, es evidente que los mismos no arrojan un contenido que imponga o descarte per se, en forma directa y automática el señalamiento y delimitación de la zona minera indígena.

-En armonía con lo anteriormente expuesto, para la Corte resulta claro que si la delimitación y señalamiento de la “zona minera indígena” dentro de un determinado

territorio indígena tiene por directa finalidad la de determinar el específico régimen de la explotación de los recursos naturales que se hallen en el suelo o en el subsuelo de aquel debe darse aplicación a la regla contenida en el Artículo 330 de la Constitución en armonía con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) y en aplicación de lo dispuesto en los Artículos 93 y 94 del Estatuto Superior.”

[44] Sobre este tópico dicha sentencia concluyó que: ““Está demostrado que las entidades oficiales brindaron suficientes e idóneos canales de discusión a las comunidades indígenas en relación con los asuntos de fondo que atañen a la nueva legislación minera; sin embargo, nunca se concretó tal discusión, y no por voluntad del Gobierno, sino por circunstancias ajenas a éste, como lo fue la permanente insistencia de los pueblos indígenas en discutir otros asuntos generales relacionados con distintas políticas que supuestamente se han erigido en su contra.

Sumado a lo anterior, luego de esclarecerse el fracaso de las reuniones y la imposibilidad de llegar a un acuerdo sustancial sobre el proyecto de ley, el Gobierno justificó en reiteradas oportunidades la necesidad de conservar en el nuevo Código Minero la legislación previa relacionada con grupos étnicos, dado su carácter garantista y el subsecuente beneficio que ella prodiga a los pueblos indígenas. Así se lo hizo saber a las organizaciones indígenas mediante varias comunicaciones y al Congreso de la República en la exposición de motivos del referido proyecto.

Respecto de los mecanismos propiciados por el Gobierno, tales como los talleres preparatorios y las mesas de concertación, la Corte los encuentra apropiados al fin perseguido, esto es, llevar a ley de la República un proyecto que armonizara con los intereses de los pueblos indígenas, a la par que fuera respetuoso del principio de participación que a ellos cobija. Amén de que en el acervo probatorio no se advierte asomo alguno de mala fe por parte de las entidades gubernamentales sino, por el contrario, un reiterado interés por alcanzar un acuerdo con los representantes de las comunidades indígenas.

Por otra parte, debe señalarse que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que en el Congreso

de la República dicho proceso participativo no se interrumpe. Justamente es también éste un escenario de discusión y participación que campea en el marco de un Estado democrático, como el colombiano, en el que los pueblos indígenas pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos.

No sobra recordar que en nuestro órgano legislativo, por mandato del inciso segundo del artículo 171 de la Constitución, los indígenas tienen dos senadores que participan en la creación de la ley antes de su expedición, haciendo oír su voz.

Consecuentemente, la Corte no encuentra ningún reproche constitucional que admitir frente al proceso de consulta que se surtió en relación con la expedición de la ley parcialmente demandada, por cuanto los canales de participación indígena fueron razonables y suficientes, a pesar de no haberse podido llegar a un acuerdo entre los interlocutores. Vale decir, se respetó cabalmente el principio de participación y el derecho fundamental de consulta que tienen los pueblos indígenas respecto de la explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios.

[45] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[46] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[47] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[48] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[49] En relación con el segundo factor transversal, en el documento enviado a la Corte Constitucional, “se resalta como uno de los factores que ha contribuido a aumentar la violencia contra el pueblo afro colombiano en su territorio, las presiones legales e ilegales para promover patrones de desarrollo impulsados por la visión de productividad que caracteriza en las regiones correspondientes al modelo económico mayoritario y desconoce modelos de producción propios de las comunidades afrocolombianas, que favorecen el autoabastecimiento y promueven la protección de la diversidad cultural y biológica de sus territorios”.

[50] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[51] En dicho Auto la Corte precisó que: “El desarrollo de actividades económicas lícitas o ilícitas en territorios indígenas es especialmente preocupante (...). A menudo estas actividades afectan los lugares sagrados de los grupos étnicos, con el consiguiente impacto destructivo sobre sus estructuras culturales; de por sí, se ha reportado que generan altos índices de deforestación y daño ambiental dentro de sus resguardos. También, múltiples grupos indígenas han denunciado estrategias de violencia por parte de los actores armados interesados, o bien en la realización directa de megaproyectos agrícolas y de explotación de recursos naturales, o bien en el apoyo a ciertas empresas y actores económicos que desarrollan estos proyectos, y con los cuales se han asociado para lucrarse con los beneficios de tales actividades. Según se denuncia, aparentemente algunos actores económicos se han aliado con los actores armados irregulares para generar, dentro de las comunidades indígenas, actos de violencia que eliminan o desplacen a los indígenas de sus territorios ancestrales, despejando así el camino para la implementación de estos proyectos productivos. Ello se deriva, esencialmente, de la existencia de intereses comerciales extensivos en los recursos naturales de sus territorios. En algunos lugares del país es claro que se han vinculado los actores del conflicto armado con intereses económicos, vinculación que es una de las principales causas de desplazamiento forzado”.

[52] Artículos 7º y 70 de la Constitución de 1991.

[53] Sentencia T-462 A de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[54] Ratificado por Colombia mediante la Ley 31 de 1967.

[55] Aprobado por Colombia mediante Ley 21 de 1991.

[56] Sentencia SU-383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[57] “Existe un creciente reconocimiento internacional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. El ejemplo más reciente es la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2007, que en su artículo 3 establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. “Al respecto ver, Imai, Shin. “Pueblos indígenas en Canadá: Libre determinación y derechos a la tierra”. Research paper No.

2/2013, Osgoode Hall Law School, Comparative Research in Law & Political Economy, York University. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2180659

[58] Ver los artículos 26, 27, 28 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

[59] Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 149. Cfr. También Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 131.

[60] Corte IDH. Caso Yatama contra Nicaragua. Sentencia del 23 de junio de 2005, párr. 225.

[61] Ver Corte IDH. Caso Saramaka contra Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 129.

[62] “En el caso Saramaka, la Corte interamericana dio ejemplos de la gama de medidas estatales que requieren consulta previa, cuando ordenó al Estado de Surinam que consultara con el pueblo Saramaka “al menos acerca de los siguientes seis asuntos”: a) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka; b) el proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran; c) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; d) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; e) en relación con los estudios previos de impacto ambiental y social; y f) en relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, el territorio Saramaka”. Tomado del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”, párr. 279.

[63] Cfr. Corte IDH. Caso Saramaka, párr. 143.

[64] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[65] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[66] Ver sentencia SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell reiterada en la sentencia T-1080 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[67] Ver sentencias SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[68] Ver sentencia C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[69] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[70] Ver sentencia C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[71] Ver sentencia T-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[72] Ver sentencias SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-652 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-769 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

[73] C-461 de 2008, ya referida.

[74] 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.”

[75] 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.”

[76] 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 daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.”

[77] 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 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.”

[78] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[79] Sobre la protección de la referida diversidad, expuso la Corte en esa oportunidad que: “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)".

[80] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[81] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[82] M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta providencia se revisó una demanda contra la Ley General Forestal, debido a que en el proceso legislativo se había omitido el trámite de consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes. La Corte declaró la inexecutable de la Ley con base en las siguientes consideraciones: "En cuanto tiene que ver con el derecho general de participación cabe señalar que el Convenio se orienta a obtener que se garanticen 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. De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales (...)".

[83] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[84] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[85] Sobre el particular, afirmó la Corte que a pesar de que la licencia ambiental para el proyecto ya se había emitido, debía realizarse una consulta en relación con los impactos y la manera de evitarlos o mitigarlos. Sobre ello, recordó que cuando existan dudas sobre la

procedencia de la consulta, debe adelantarse un escrutinio, preliminar pero formal, con las comunidades, en orden a establecer si existe una potencial afectación de sus derechos que haga imperativa el proceso consultivo. Igualmente, adujo que el proceso de consulta debe respetar un límite temporal porque, a partir de la identificación precisa de los elementos que se encuentran en juego, es menester llegar a una definición, sin que quepa mantener en suspenso, de manera indefinida, las expectativas de las distintas partes.

[86] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. La Corte en este caso, ordenó suspender la realización del proyecto hasta tanto se hiciera una consulta previa acorde con los criterios y requisitos jurisprudenciales.

[87] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[88] En palabras de la Corte: “se reconoce un ámbito esencial del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural propia de los pueblos indígenas y de otras comunidades étnicas, que no puede ser objeto de disposición por parte del ius imperium del Estado, ya que se pondría en peligro su preservación y se quebrantaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural y la necesidad del reconocimiento del otro”.

[89] Cfr. T-129 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[90] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[91] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[92] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[93] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[94] En la sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte explicó que “en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios”.

[95] M.P. María Victoria Calle Correa.

[96] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[97] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[98] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[99] Expediente de Plan de Manejo Ambiental, Auto No. 2158 del 12 de octubre de 2006, cuaderno 1, fl. 108.

[100] Esto lo confirma la EPSA a través de su escrito allegado el 14 de enero de 2014 en el que relata que “El proceso de elaboración, socialización y concertación del PMA de la CH Salvajina, se ha venido desarrollando por hitos, en un primer momento, se realizaron estudios preliminares que concluyeron en un documento preliminar, el cual, luego de un ejercicio de socialización con las comunidades se complementó hasta obtener el documento actual, que será sometido a la consulta previa con las comunidades étnicas que asentadas en el área de influencia del embalse, fueron certificadas por el Ministerio del Interior durante el 2012 y 2013, así como con los Resguardo Indígenas Chimborazo, Agua Negra y Honduras del municipio de Morales y las Comunidades Negras de Suárez y Morales, respectivamente” (fl. 120/163).

[101] 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.”

[102] 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.”

[103] Folio 104 del cuaderno 2.

[104] Folio 287 del cuaderno 2.

[106] Folio 57 del cuaderno 1.

[107] Folios 120-128 del cuaderno 1.

[108] “También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

[109] Sentencia T-583 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[110] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[111] Sentencia T- 417 del 25 de mayo de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa.

[112] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[113] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[114] M.P. Mauricio González Cuervo.

[115] Sentencia T-049 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[116] En la sentencia C-030 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil, 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”. Al respecto también se puede revisar la sentencia T-1045 A de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[117] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[118] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[119] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[120] Folios 97-119 del cuaderno 1.

[121] Informe de la Problemática Minera realizado por la Defensoría del Pueblo de Colombia. Folios 148-179 del cuaderno 1.

[122] Documento de Propuesta Política Nacional para la Formalización de la Minería en

Colombia. Disponible en:
<http://www.minminas.gov.co/documents/10180/154252/DocumentoPoliticaFMV204Feb2014.pdf/60f2975a-ce7c-4d08-8f9a-816cd2e70be3>

[123] Sentencias C-418 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-891 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla; C-366 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

[124] En su artículo 1º el Decreto 933 de 2013 define: “La minería tradicional es aquella que se ha ejercido desde antes de la vigencia de la Ley 685 de 2001, en un área específica en forma continua o discontinua, por personas naturales o grupos de personas naturales o asociaciones sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional, en yacimientos minerales de propiedad del Estado y que, por las características socioeconómicas de estas y la ubicación del yacimiento, constituyen para dichas comunidades la principal fuente de manutención y generación de ingresos, además de considerarse una fuente de abastecimiento regional de los minerales extraídos. Esta minería es también informal y puede ser objeto de procesos de formalización a los que hacen referencia los artículos 31 y 257 de la Ley 685 de 2001, así como los programas de que trata el Capítulo XXIV de la Ley 685 de 2001 – Código de Minas. Por lo anterior, se entiende que la minería tradicional es una especie de la minería informal”.

[125] La incidentante recuerda que en la sentencia C-366 de 2011, mediante la cual se declaró inexecutable la ley 1382 de 2010, se analizó la procedencia de la consulta previa y que a través de la sentencia T-547 de 2010, se estableció la necesidad de consulta previa a las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta por tratarse de un territorio ancestral donde se llevaban a cabo prácticas culturales.

[126] En este aparte se adopta la compilación de reglas sobre requisitos para la procedencia excepcional de la declaratoria de nulidad de una sentencia de la Corte Constitucional y que han sido desarrolladas y aplicadas reiteradamente, teniendo en cuenta en esta oportunidad la redacción consignada sobre el punto en el auto 536 del 19 de noviembre de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[127] Acerca de la declaratoria oficiosa de nulidad de las sentencias, Cfr. Corte Constitucional, Auto 050/00 y 062/00.

[128] La doctrina sobre la nulidad de las sentencias de revisión puede consultarse, entre otros, en los Autos 031A de 2002 M.P., 002A, 063 de 2004 y 131 de 2004, 008 de 2005 y 042 de 2005. La clasificación utilizada en esta providencia está contenida en el Auto 063/04.

[129] Corte Constitucional, auto del 22 de junio de 1995.

[130] Corte Constitucional, auto A-031a de 2002.

[131] Ibídem.

[132] Auto 031A de 2002.

[133] Cfr. Corte Constitucional, Auto 008/05. Esta regla fue reiterada en el Auto 183/07.

[134] Cfr. Corte Constitucional, Autos 031A/02 y 063/04.

[135] El saneamiento de las nulidades no alegadas oportunamente fue sustentado por la Corte al afirmar que “i) en primer lugar, atendiendo el principio de seguridad jurídica y de necesidad de certeza del derecho[135]; (ii) en segundo lugar, ante la imposibilidad presentar acción de tutela contra las providencias de tutela[135]. Y finalmente, (iii) porque es razonable establecer un término de caducidad frente a las nulidades de tutela, si incluso esa figura aplica en las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma”. Cfr. Corte Constitucional, Auto 031 A/02.

[136] Una explicación ampliada de los fundamentos de este requisito puede encontrarse en los Autos del 13 de febrero de 2002, y del 20 de febrero del mismo año, M.P. Jaime Araujo Rentería.

[137] Cfr. Auto 031 A/02.

[138] Al respecto la Corte señaló en el Auto que se cita que “[e]l artículo 34 del decreto 2591 de 1991 establece que todo cambio de jurisprudencia debe ser decidido por la Sala Plena; en consecuencia, si una de las salas de revisión se apropia de esa función, se extralimita en el ejercicio de sus competencias con una grave violación al debido proceso. Sin embargo, no toda discrepancia implica cambio de jurisprudencia, puesto que ella debe

guardar relación directa con la ratio decidendi de la sentencia de la cual se predica la modificación; en caso contrario, '[L]as situaciones fácticas y jurídicas analizadas en una sentencia de una Sala de Revisión y que sirven de fundamento para proferir un fallo son intangibles, porque son connaturales a la libertad, autonomía e independencia que posee el juez para evaluarlas y juzgarlas'." (Auto de 30 de abril de 2002; M.P. Eduardo Montealegre Lynett; A-031a de 2002).

[139] Cfr. Auto 062 de 2000 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

[140] Cfr. Auto 091 de 2000 MP. Antonio Barrera Carbonell.

[141] Cfr. Auto 022 de 1999 MP. Alejandro Martínez Caballero.

[142] Cfr. Auto 082 de 2000 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[143] Auto de 30 de abril de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; A-031a de 2002).

[144] Cfr. Corte Constitucional, Auto 031 A/02. Fundamentos jurídicos 13 a 20.

[145] Cfr. Sentencia C-040 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, y Auto A-414A de 2015, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[146] Auto del 13 de marzo de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

[147] Sentencia T-461 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[148] Sentencia C-617 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[149] Sentencia C-799 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería

[150] Auto 107 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

[151] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[152] M.P. Jaime Córdoba Triviño

[154] Ver entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional, T-424 de 2002, MP. Álvaro Tafur Galvis, en la que la Corte vinculó en la etapa de revisión al Instituto de Seguros

Sociales, al tener en cuenta la avanzada edad del actor, su estado de salud y que llevaba esperando el reconocimiento de su pensión desde hacía casi 3 años; T-272 de 2002, MP: Rodrigo Escobar Gil, en la que se vinculó a la Secretaría de Educación del Casanare, a la Gobernación del Casanare y a la Empresa de Energía de Boyacá, ante la avanzada edad del actor (77 años) y el hecho de que llevaba esperando más de 2 años por el reconocimiento de la pensión de vejez.

[155] Ver entre otros, el fallo T-426 de 2001, MP: Clara Inés Vargas Hernández, en el que la Corte Constitucional vinculó en la etapa de revisión al Ministerio de Hacienda, por tratarse de una mujer cabeza de familia, que tenía a su cargo el cuidado de un hijo con diabetes, no contaba con otro ingreso y llevaba esperando el reconocimiento de su pensión más de dos años;

[156] Ver entre otras, la sentencia T-603 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, donde la Corte vinculó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la etapa de revisión, teniendo en cuenta la edad del actor (68 años), su grave situación económica y el hecho de que llevaba 7 años esperando el reconocimiento de su pensión

[157] Ver entre otras, la sentencia de la Corte Constitucional T-1044 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, donde la Corte vinculó en la etapa de revisión al Instituto de Seguros Sociales para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de una viuda de la tercera edad, que llevaba esperando tres años por el reconocimiento de su pensión, que era el único ingreso familiar; T-687 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil, donde la Corte vinculó en la etapa de revisión al Municipio de San Gil, en el caso del reconocimiento de una pensión de una persona de la tercera edad, que no tenía otro ingreso familiar y llevaba esperando el reconocimiento de su pensión más de dos años.

[158] M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[159] Devis Echandía, Hernando. Compendio de derecho procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981. pp. 357

[160] Ibídem. pp. 333.

[161] Ibídem pp. 359.

[162] Ibídem pp. 362.

[163] Cfr. Supra “3.3.2. Presupuestos formales de procedencia.”

[164] Atendiendo las diligencias previas que adelantó el magistrado ponente para obtener la información del Juzgado Penal del Circuito de Riosucio – Caldas, soportado en la verificación de las planillas de correo remitidas para esos efectos y en la certificación expedida por la empresa de correo visibles a folios 116, 117 y 129 del respectivo cuaderno de nulidad, la solicitud presentada por Minerales Andinos de Occidente S.A., se presentó en oportunidad ya que la notificación de la sentencia se realizó el 4 de septiembre de 2015, y el escrito de nulidad se radicó el día 9 del mismo mes y año, es decir, dentro de los tres (3) días previstos para llevar a cabo dicha proposición de nulidad.

[165] Folios 116, 117 y 132 del cuaderno de la solicitud de nulidad de Minerales Andinos de Occidente S.A.

[166] Folios 116, 117 y 132 del mismo cuaderno de solicitud de nulidad.

[167] Folios 5 a 21 del cuaderno de nulidad solicitada por Alberto Castro Saldarriaga.

[168] Cfr. Autos A-234 de 2006, A-113 de 2012 y A-536 de 2015.