



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Bogotá, D. C., noviembre veintitrés (23) de dos mil dieciséis (2016)

Expediente 11001-03-15-000-2016-03415-00

Actor: Anglogold Ashanti Colombia S.A.

ACCIÓN DE TUTELA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Mediante escrito radicado el dieciocho (18) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) en la Secretaría General de esta Corporación, e ingresado al despacho el veintidós (22) de noviembre siguiente, el señor José Gregorio Flórez Fernández, actuando como apoderado Anglogold Ashanti Colombia S.A., interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Tolima con el fin de que se proteja el derecho fundamental de dicha sociedad al debido proceso.

Sostuvo que tal derecho ha sido desconocido con ocasión de la providencia dictada por esa corporación el cuatro (4) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), a través de la cual se declaró ajustado a la Constitución el texto de la "Consulta Popular sobre Minería en Cajamarca – Tolima", dentro del proceso de control previo de constitucionalidad con radicado 73001-23-33-006-2016-00565-00.

Lo anterior por cuanto, en su concepto, (i) se aprobó un texto cuya redacción y contenido son inconstitucionales, (ii) se desconoció el precedente fijado por la Corte Constitucional en la sentencia T-445 de 2016 y (iii) se decidió con fundamento en una norma derogada tácitamente, como lo es el artículo 33 de la ley 136 de 1994.

Por tal razón, solicitó como medida provisional la suspensión de los efectos de dicha sentencia y, adicionalmente, que se ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil abstenerse de efectuar cualquier convocatoria encaminada a la realización de la consulta popular objeto de controversia.

En lo referido a la medida provisional que pide decretar la parte actora en su favor, se precisa que la posibilidad de su decreto se estableció en el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991 con el fin de asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales y garantizar de manera temporal el amparo solicitado.



Conforme con lo anterior, para que el juez constitucional acceda al decreto de una medida provisional, según lo ha dicho la Corte Constitucional, debe verificar que existe posibilidad de que la solicitud de amparo prospere y, por ello, es necesario evitar que la amenaza que se cierne sobre los derechos fundamentales que se solicita proteger, se concrete.

En específico la Corte Constitucional, en el Auto 259 del 12 de noviembre de 2013, con ponencia del doctor Alberto Rojas Ríos, sobre la materia, expresó:

“2.5 Las medidas provisionales han sido establecidas como un medio excepcional para que el derecho fundamental pueda ser hecho efectivo en el caso de que en la decisión de tutela se advierta la necesidad del amparo ante la afectación o puesta en peligro del derecho fundamental invocado. En este sentido, las medidas provisionales constituyen una herramienta adecuada para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, pues justamente aseguran provisionalmente el amparo solicitado y el efectivo cumplimiento de la futura resolución adoptada en el proceso. Por lo anterior, las medidas provisionales deben encaminarse a evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en violación o a que, habiéndose constatado la existencia de una violación, ésta se torne más gravosa, mediante la irrogación de perjuicios.

En este sentido, para que proceda el decreto medidas provisionales se requiere:

a) Que, con base en los elementos de juicio existentes en el proceso, se advierta la probabilidad de que el amparo prospere porque surja una duda razonable sobre la legalidad de la actuación de la cual se deriva la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados.

b) Que concurra alguna de las siguientes hipótesis: (i) que sea necesario evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o; (ii) cuando, constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su agravación”.

Atendiendo la jurisprudencia transcrita, en el asunto bajo examen el despacho considera que no procede el decreto de la medida cautelar deprecada por el apoderado de la sociedad Anglogold Ashanti Colombia S.A., pues de los hechos que sustentan la solicitud de amparo constitucional no se advierte una amenaza inminente a sus derechos fundamentales y, en todo caso, en el expediente de tutela no obran las pruebas necesarias de las cuales se pueda inferir que la actuación del Tribunal Administrativo del Tolima, haga imperioso el decreto de una medida provisional de protección.



Por último, en criterio del despacho, sólo será posible determinar si el derecho fundamental cuya protección se solicita está en amenaza o riesgo cuando se cuente con el debido caudal probatorio y se haya garantizado el derecho a la defensa de la parte accionada mediante su participación efectiva en el trámite de la presente acción, por lo cual no es posible decretar la medida provisional solicitada.

Ahora bien, el Consejo de Estado conoce de las acciones de tutela promovidas contra los Tribunales Administrativos, según el numeral segundo del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 "[p]or medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho" y como la aquí presentada lo es contra el Tribunal Administrativo del Tolima, es competente esta Sección para conocerla y fallarla.

Como la solicitud cumple con los requisitos que señala el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, se

RESUELVE

Primero. Admítase la acción de tutela interpuesta por la sociedad Anglogold Ashanti Colombia S.A. contra el Tribunal Administrativo del Tolima.

Segundo. Notifíquese por el medio más expedito y eficaz a los magistrados que integran el Tribunal Administrativo del Tolima, quienes podrán contestar la presente tutela y allegar los documentos que pretendan hacer valer como pruebas, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del respectivo oficio.

Tercero. Comuníquese por el medio más expedito y eficaz la iniciación del presente trámite procesal al alcalde de Cajamarca, Tolima, al presidente del Concejo de dicho municipio y al registrador nacional del Estado Civil, o a los funcionarios en los que éstos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, con el fin de que dentro del término de tres (3) días, contados a partir de la fecha de recibo de la correspondiente comunicación, manifiesten lo que consideren pertinente frente al mismo.

Lo anterior, en atención al interés que les asiste en las resultas de este proceso por cuanto pueden verse afectados con la decisión definitiva que se adopte dentro de éste.

Cuarto. Comuníquese la iniciación del presente trámite procesal a los intervinientes en el control previo de constitucionalidad con radicado 73001-23-33-006-2016-00565-00 – relacionados en los folios 1 vuelto a 5 del cuaderno anexo del expediente –, mediante publicación en un diario de amplia circulación nacional y en la página web del Consejo de Estado.



Expediente 11001-03-15-000-2016-03415-00
Actor: Anglogold Ashanti Colombia S.A.
Tutela – Auto admisorio

Quinto. Solicítese al Tribunal Administrativo del Tolima que allegue en calidad de préstamo el expediente número 73001-23-33-006-2016-00565-00 correspondiente al proceso de control previo de constitucionalidad del texto de la "Consulta Popular sobre Minería en Cajamarca – Tolima".

Sexto. Ténganse como pruebas los documentos aportados con la solicitud de amparo, con el valor probatorio que les corresponda según la ley. (ff. 1 a 109 del cuaderno anexo del expediente).

Séptimo. Niégase el decreto de la medida provisional solicitada por la parte actora.

Octavo. Reconócese al doctor José Gregorio Flórez Fernández para actuar como apoderado de la Sociedad Anglogold Ashanti Colombia S.A., en los términos del certificado de existencia y representación visible a folios 51 a 55 vuelto del cuaderno anexo del expediente.

Noveno. Notifíquese por el medio más expedito y eficaz esta decisión a la sociedad actora y a su apoderado judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado



Ibagué,

Honorables Magistrados

CONSEJO DE ESTADO

E. S. D.

ASUNTO	Acción de Tutela	SECRETARIA GENERAL
ACCIONADO	Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima – Sentencia del 4 de Noviembre de 2016	
ACCIONANTE	Jose Gregorio Flórez Fernández, como apoderado general de ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A.	

2016NOV 18 02:47PM

CONSEJO DE ESTADO

SECRETARIA GENERAL

Respetados Magistrados:

JOSE GREGORIO FLÓREZ FERNÁNDEZ, ciudadano en ejercicio, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.591.339, domiciliado en Ibagué, Tolima, abogado con tarjeta profesional No. 107.606 del C.S.J., actuando como apoderado general para asuntos judiciales de **ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A.**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el cual adjunto, acudo Ante esta Corporación para reclamar mediante la **ACCIÓN DE TUTELA** consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, la protección inmediata del derecho constitucional fundamental al DEBIDO PROCESO de mi representada, así como el de los potenciales votantes de Cajamarca, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, vulnerado por la sentencia proferida el 04 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del expediente con radicado No. 73001-23-33-006-2016-00565-00 al realizar la revisión previa de constitucionalidad de la Consulta Popular sobre actividades mineras promovida por la organización social “Corporación Cajamarca despensa Hídrica y Agrícola de Cajamarca”.

Al proferir la sentencia materia de la presente acción de tutela, el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en vías de hecho violatorias del debido proceso por defectos de naturaleza

Original
(260 plus)

Ante Firma

45 plus + 1 onx + 1 opa

sustantiva, razón por la cual esta acción de tutela se enfoca en demostrar tales vías de hecho violatorias al debido proceso al avalar la constitucionalidad de la pregunta objeto de la convocatoria a consulta popular en el Municipio de Cajamarca, que hacen procedente la protección del derecho fundamental vulnerado al darse las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.



Los supuestos de hecho que soportan los fundamentos jurídicos que acreditan los elementos y argumentos que hacen procedente la presente acción de tutela en contra de la citada sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, son los siguientes:

HECHOS

1º La organización social *Corporación Cajamarca despensa hídrica e agrícola de Cajamarca* actuando como grupo promotor para la iniciativa de una consulta popular de origen ciudadano, inscribió ante la Registraduría Nacional del Estado Civil la propuesta para la convocatoria a una consulta popular sobre actividades mineras en el Municipio de Cajamarca.

El texto de la consulta es el siguiente:

“Está usted de acuerdo, SI o NO, con que en el Municipio de Cajamarca se ejecuten actividades que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas, o afectación de la vocación tradicional agropecuaria del municipio, con motivos de proyectos de naturaleza minera?”

2º El 23 de mayo de 2016, una vez acreditado el número de firmas exigido por la ley para promover la consulta popular, la Registraduría Municipal del Estado Civil de Cajamarca remitió al Presidente del Concejo Municipal de Cajamarca la Resolución 03 de 2016 contentiva de la propuesta de una convocatoria a consulta popular de iniciativa ciudadana amparada por 3.384

firmas certificadas por esa Registraduría.

3º El 30 de agosto de 2016 en sesión del Concejo Municipal se procedió a resolver sobre la convocatoria a la consulta popular de iniciativa ciudadana, y se tomó la decisión mayoritaria de avalar la realización de dicha consulta.

4º Mediante oficio del 05 de septiembre de 2016, fue radicada ante el Tribunal Administrativo del Tolima solicitud de concepto sobre la constitucionalidad de la convocatoria a la consulta popular en el Municipio de Cajamarca.

5º El 02 de septiembre de 2016, el Tribunal Administrativo del Tolima procedió a efectuar el reparto del proceso, asignando la ponencia al Magistrado Jose Aleth Ruiz Castro, integrante de la correspondiente Sala de Decisión. No obstante, obra constancia secretarial en el expediente que el proceso fue repartido posteriormente al Magistrado Belisario Beltrán Bastidas, quien avocó el conocimiento del caso y procedió a ordenar fijar en lista el asunto por el término de 10 días.

6º El 04 de noviembre de 2016 el Tribunal Administrativo del Tolima, en sala de decisión compuesta por los magistrados Belisario Beltrán Bastidas, Carlos Leonel Buitrago Chávez y Carlos Arturo Mendieta Rodríguez, declaró ajustado a la Constitución el mecanismo de participación de origen ciudadano denominado “Consulta Popular sobre Minería en Cajamarca – Tolima”, junto con el texto de la pregunta que se pretende someter a consideración y que se refiere a:

“Está usted de acuerdo, SI o NO, con que en el Municipio de Cajamarca se ejecuten actividades que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas, o afectación de la vocación tradicional agropecuaria del municipio, con motivos de proyectos de naturaleza minera?”

II. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA OBJETO DE TUTELA

Los fundamentos de la decisión que el Tribunal Administrativo del Tolima utilizó para avalar la constitucionalidad de la pregunta incorporada en la Consulta Popular que se pretende convocar en el Municipio de Cajamarca, fueron los siguientes:

En primer lugar, que se cumplieron los requisitos formales exigidos para el trámite de la consulta popular.

En segundo lugar, **en cuanto a la viabilidad jurídica de la consulta popular sobre temas mineros en los entes territoriales**, señaló el Tribunal accionado que *“cuando se realicen en un municipio proyectos de naturaleza minera, no puede desconocerse lo previsto en el artículo 33 de la Ley 136 de 1994 que obliga a los municipios a efectuar una consulta popular la cual no es meramente facultativa sino incluso obligatoria. En ese orden de ideas, es claro que en la actualidad no existe prohibición legal para las entidades territoriales en poder participar de forma activa sobre asuntos de carácter minero dentro de su territorio, siendo viable que tanto los mandatarios locales como la ciudadanía puedan ser promotores de iniciativas de participación ciudadana, como lo es precisamente la promoción de consultas populares y la razón para que se admita esta forma de intervención radicada principalmente en quienes sufren las consecuencias del ejercicio de actividades de exploración y explotación minera son precisamente los habitantes de las entidades territoriales en las que se ejecutan¹”*.

Fundamentó esta afirmación el Tribunal Administrativo del Tolima en la sentencia C-035 de 2016 de la Corte Constitucional.

Finalmente, respecto a la legalidad de la pregunta, afirmó el Tribunal en la sentencia impugnada por vía de tutela que:

¹ Tribunal Administrativo del Tolima. Sentencia Expediente 73001-23-33-006-2016-00565-00 de 4 de noviembre de 2016. M.P. Belisario Beltrán bastidas. Folio 34.

(i) *“al efectuar el estudio de legalidad de la misma (el texto de la pregunta que se somete a consideración) resulta menester traer a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-445 de 2016² en la que se analizó de forma concreta una pregunta que en similares términos fue planteada en la consulta popular promovida por el Alcalde del Municipio de Pijao, y analizada por el Tribunal Administrativo del Quindío que consideró que la misma era inconstitucional, y respecto del cual el alto tribunal constitucional precisó:*

“(…) teniendo en cuenta lo anterior para esta Sala, tal y como lo manifestaron varios intervinientes, la pregunta formulada por el Alcalde del Municipio de Pijao... denota una inconstitucionalidad flagrante porque contiene elementos valorativos, sugestivos, subjetivos y capciosos lo cual genera en el votante una predisposición, calificando la actividad minera como la causante de la pérdida o la contaminación de fuentes hídricas y la afectación a la salubridad de la población o modificación de la vocación agropecuaria...”

De cara a lo reseñado, es de advertir que frente a las consideraciones expuestas por esa alta corporación el Tribunal le da una lectura distinta a la argumentada, en tanto que si bien la Corte determinó que la pregunta sugería a los votantes la adopción de una determinada respuesta, a juicio de la Sala ello no es así.

*Interrogar a través de este mecanismo de participación ciudadana, por ejemplo: **si están de acuerdo si o no, en el desarrollo de actividades o proyectos mineros en sus territorios, es a juicio de la Sala, planteada desde una óptica bastante indeterminada**, pues es claro que el ejercicio de la actividad minera constituye uno de los grandes motores de desarrollo de un país, siempre y cuando sea ejercida de manera responsable y se garantice el desarrollo sostenible del medio ambiente.*

² Corte Constitucional. Sentencia T-445 de 2016 del 19 de agosto de 2016. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Y este resulta ser precisamente el punto medular sobre el cual se edifica la inconformidad en relación con actividades mineras y su impacto en los ecosistemas y en el medio ambiente...³



Frente al texto de la pregunta que se pretende someter en consulta popular, “considera esta Corporación que la articulación de la misma, se refiere a un aspecto que consideran trascendental en relación con el ejercicio de este tipo de actividades, y que como se adujo en similares términos en la decisión de fecha 28 de junio de 2016, en la cual se declaró ajustado a la constitución el texto de la pregunta contenida en la consulta popular a realizar en el municipio de Ibagué, la misma no ofrece reparo alguno.....”. Y concluyó el mismo Tribunal Administrativo del Tolima respecto de la pregunta, que ésta:

- Es clara, en la medida que interroga a los habitantes del municipio de Cajamarca, si están de acuerdo con el desarrollo de actividades mineras en dicho territorio.
- No es sugestiva, porque se pone de presente el escenario sobre el cual se ejerce actividades mineras, dando la opción a los electores de contestar con un SI o con un NO.
- No induce en error a la ciudadanía, porque se clarifica las condiciones en que es ejercida dicha actividad.
- No es imprecisa, porque define las circunstancias en que se desarrollan proyectos de naturaleza minera, y que puedan implicar contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas o afectación agropecuaria del municipio⁴.

Concluye entonces el Tribunal del Tolima en la citada sentencia que, apartándose de lo decidido por la Corte Constitucional con fundamento en lo expuesto, la consulta popular de

³ Tribunal Administrativo del Tolima. Sentencia citada. Folio 37.

⁴ Tribunal Administrativo del Tolima. Sentencia citada. Folio 39.

Cajamarca se ajusta a la constitución no sólo el mecanismo de participación ciudadana, sino también el texto de la pregunta que se procura someter a consideración a través de la consulta popular.



III. LEGITIMIDAD PARA INTERPONER LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA

La legitimidad en la causa para interponer una acción de tutela está determinada por la lesión, afectación o peligro de uno o varios derechos fundamentales de quien es su titular.

Nuestra constitución política en su artículo 86 establece con claridad que la acción de tutela la puede interponer cualquier persona (natural o jurídica) que considere lesionados o puestos en peligro sus derechos fundamentales, por lo que sólo el titular del derecho (o quien tenga su representación) tiene el interés directo para solicitar la protección de los mismos.

En ese sentido, está legitimada en la causa en cuanto a la providencia contra la que se dirige el amparo (la proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 04 de noviembre de 2016 que avaló la convocatoria a la consulta popular que se promueve en el Municipio de Cajamarca), (i) cualquier persona que tenga la calidad de habitante en la jurisdicción del Municipio de Cajamarca, y (ii) cualquier persona jurídica que, como consecuencia de los efectos de la consulta, puedan resultar afectados gravemente en la actividad económica o comercial que desarrollen en cumplimiento de su objeto social, al considerar que la decisión judicial que los afecte no se ajustó a los presupuestos constitucionales o legales para ser convocados los ciudadanos de una entidad territorial para votar afirmativa o negativamente la pregunta propuesta en virtud de una consulta popular.

En ese orden de ideas, en la medida en que mi poderdante, **ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A.**, ejerce las actividades propias de su objeto social como es la minería, en el Municipio de Cajamarca, está habilitada para reclamar la protección de sus derechos fundamentales e interponer válidamente la acción de tutela.

En efecto, el interés y afectación al derecho fundamental al debido proceso de ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A., lo acreditan los siguientes elementos o presupuestos:



Anglogold Ashanti Colombia S.A. (AGA S.A.) suscribió los contratos de concesión minera EIG-163, EIG-166, EIG-167, GLN-09261X, GGF-151 y HEB-169, los cuales conjuntamente se denominan "LA COLOSA". Todos los contratos están ubicados, geográficamente, en el municipio de Cajamarca, Tolima.

PROPIEDAD MINERA PROYECTO LA COLOSA				
CONTRATO	TITULAR	ESTADO	RMN	AREA
EIG-163	AGA S.A. (100.00%)	Área Registrada - Exploración	1-Mar-07	2,581.83 Ha
EIG-166	AGA S.A. (100.00%)	Área Registrada - Exploración	26-Jun-07	21.96 Ha
GGF-151	AGA S.A. (100.00%)	Área Registrada - Exploración	2-Mar-07	1,831.62 Ha
GLN-09261X	AGA S.A. (100.00%)	Área Registrada - Exploración	25-Jan-08	3.6270 Ha
HEB-169	AGA S.A. (100.00%)	Área Registrada - Exploración	12-Feb-08	7,578.32 Ha
EIG-167	AGA S.A. (100.00%)	Área Registrada - Exploración	26-Jun-07	3,207.67 Ha
Total Ha				15,220.66 Ha

Dichos títulos fueron otorgados por el Estado para la exploración de minerales de oro y sus concentrados y demás minerales concesibles, cobre, platino, plata, zinc, y molibdeno y fueron debidamente registrados en el Registro Minero Nacional (RMN) en las fechas indicadas en la anterior tabla.

- b) **Anglogold Ashanti Colombia S.A.** desde la suscripción de los contratos de concesión minera que conforman el proyecto La Colosa, EIG-163, EIG-166, EIG-167, GLN-09261X,

GGF-151 y HEB-169, ha realizado la inversión por los conceptos que se indican en la siguiente tabla:



Concepto	Valor (En USD\$)
Exploración (Geología, Operaciones, HSE)	106,511,740
Ingeniería (Minería, Metalurgia, I&E)	45,914,572
Responsabilidad Social Empresarial (Legal, Asuntos Corporativos, Proyectos sociales, Comunidades)	58,267,775
Ambiental	31,896,672
Acceso a la tierra (Adquisición de Inmuebles, servidumbres)	13,655,490
Otros (Gastos Administrativos, Financieros, Tecnológicos, Recursos Humanos, Impuestos)	111,176,378
Inversión Total Proyecto La Colosa hasta Oct 2016	367,422,627

La Colosa		Tonnes	Grade	Contained gold	
as at 31 December 2014	Category	million	g/t	Tonnes	Moz
<i>Open pit</i>	Measured	-	-	-	-
	Indicated	940.23	0.84	791.29	25.44
	Inferred	314.34	0.76	239.64	7.70
La Colosa	Total	1,254.56	0.82	1,030.93	33.15

- c) Las actividades de exploración realizada por **AngloGold Ashanti Colombia S.A.** en sus títulos mineros, han demostrado recursos inferidos en La Colosa de treinta y tres millones (33.000.000) de onzas.

En consecuencia, **AngloGold Ashanti Colombia S.A.** como titular de los contratos de concesión minera en Cajamarca que antes se indicaron, ha realizado una gran inversión para la exploración de los mismos y sus actividades de exploración han demostrado la existencia de minerales, razón por la cual la consulta popular que pretende realizarse podría llegar a afectar las actividades mineras en el municipio y con ello, las actividades de las empresas mineras titulares de contratos de concesión en Cajamarca, Tolima.

Finalmente, H. Magistrado, sólo a título de demostración del interés que legitima a ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A. a interponer la presente acción de tutela, como afectado potencial por el resultado de una consulta popular cuya pregunta es abiertamente inconstitucional, me permito traer a colación lo afirmado por el diario El Espectador el 10 de noviembre de 2016 (página 14):



El 30 de agosto de este año, el Concejo municipal de Cajamarca, Tolima, aprobó la realización de una consulta popular para que los ciudadanos decidan si están o no de acuerdo con los proyectos mineros dentro del territorio, entre los que se encuentran los de la multinacional AngloGold Ashanti.

La minera realiza labores de exploración desde 2008 en La Colosa, donde se estima que hay 28 millones de onzas de oro y actualmente se encuentra en fase de exploración. Aunque la empresa todavía no se ha pronunciado frente a la decisión del Concejo, en su página oficial afirman hacer minería responsable en el proyecto de La Colosa.

Esta semana el Tribunal Administrativo del Tolima declaró constitucional la pregunta para convocar a los cajamarconos, que dicta...." (negrillas son mías)

IV. ARGUMENTOS JURÍDICOS

La acción de tutela es procedente contra providencias judiciales como mecanismo extremo, excepcional y extraordinario. Para que ello ocurra, la Corte Constitucional ha elaborado jurisprudencialmente una serie de reglas (tanto procedimentales como sustantivas) que buscan salvaguardar esta acción constitucional para ser usada en caso de verdaderas violaciones a los derechos fundamentales.

Con fundamento en lo anterior, presento y analizo a continuación los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales se cumplen para esta tutela en contra de la providencia del Tribunal Administrativo del Tolima que emitió concepto favorable

de constitucionalidad a la convocatoria a la consulta popular en el Municipio de Cajamarca.

Así mismo, planteo los requisitos especiales de procedibilidad, que permitan sentar las bases suficientes para tutelar el derecho fundamental al debido proceso de AngloGold Ashanti Colombia S.A., de los mineros del municipio, así como de toda la comunidad que se beneficiará de la explotación minera, dentro de la cual se incluye al Estado colombiano, como a continuación se expone:

4.1 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA

Ha establecido la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, deben darse los siguientes requisitos de procedibilidad⁵:

*"24. Los **requisitos generales** de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:*

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.... En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁶. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos....

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración⁷. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre

⁵ Corte Constitucional Sentencia C-590 de 2.005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

⁶ Sentencia T-504/00.

⁷ Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁸... No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales..., la protección de tales derechos se genera independientemente de la providencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible⁹...

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁰...

25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de **requisitos o causales especiales de procedibilidad**, las que deben quedar plenamente demostradas. **En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.**

a. **Defecto orgánico**, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. **Defecto procedimental absoluto**, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. **Defecto fáctico**, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. **Defecto material o sustantivo**, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹¹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. **Error inducido**, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos

⁸ Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

⁹ Sentencia T-658-98

¹⁰ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

¹¹ Sentencia T-522/01

fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹².

i. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales. Esta evolución de la doctrina constitucional fue reseñada de la siguiente manera en un reciente pronunciamiento de esta Corte:

(E)n los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una “violación flagrante y grosera de la Constitución”, es más adecuado utilizar el concepto de “causales genéricas de procedibilidad de la acción” que el de “vía de hecho.” En la sentencia T-774 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) se describe la evolución presentada de la siguiente manera:

“(...) la Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no (...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos

¹² Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.



fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.¹³ En este caso (T-1031 de 2001) la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando 'su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados.'

"Este avance jurisprudencial ha llevado a la Corte a reemplazar '(...) el uso conceptual de la expresión vía de hecho por la de causales genéricas de procedibilidad.' Así, la regla jurisprudencial se redefine en los siguientes términos...

"...todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución."¹⁴¹⁵

(Sentencia citada en los apartes correspondientes con las referencias de dicha sentencia)

4.2 INEXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL PARA CONTROVERTIR LA DECISIÓN OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

¹³ Sentencia T-1031 de 2001. En este caso se decidió que "(...) el premitir la utilización de los medios ordinarios de defensa, torna en improcedente la acción de tutela. Empero, la adopción rigurosa de éste postura llevaría, en el caso concreto, a una desproporcionada afectación de un derecho fundamental. En efecto, habiéndose establecido de manera fehaciente que la interpretación de una norma se ha hecho con violación de la Constitución, lo que llevó a la condena del procesado y a una reducción punitiva, no puede la forma imperar sobre lo sustancial (CP. art. 228). De ahí que, en este caso, ante la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales del demandado, la Corte entiende que ha de primar la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa."

¹⁴ Sentencia T-949 de 2003. En este caso la Corte decidió que "(...) la infracción del deber de identificar correctamente la persona sometida al proceso penal, sumada a la desafortunada suplantación, constituye un claro defecto fáctico, lo que implica que está satisfecho el requisito de procedibilidad exigido por la Jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales."

¹⁵ Sentencia T-453/05.

El primero de los requisitos que se cumple en el presente caso para sustentar la tutela contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima es que contra la decisión arbitraria e irregular proferida el 04 de noviembre de 2016 al emitir concepto favorable sobre la convocatoria a consulta popular de iniciativa ciudadana en el Municipio de Cajamarca, NO existe medio de defensa judicial alguno para la protección del derecho constitucional al debido proceso de mi representada.

Lo anterior, habida cuenta que el ordenamiento jurídico vigente a saber: las Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015, no prevén ningún recurso ordinario o extraordinario contra la decisión contentiva del concepto sobre la constitucionalidad de la pregunta que hace parte de la consulta popular.

Esto, por cuanto según la ley estatutaria que regula los mecanismos de participación ciudadana, una vez se profiera el concepto sobre la constitucionalidad de la consulta popular, en caso de ser positivo a los intereses del convocante, y el mismo sea remitido al Alcalde Municipal, éste deberá solicitarle al Registrador del Estado Civil que proceda a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a fijar fecha para llevar a cabo el pronunciamiento ciudadano.

Así entonces, contra el concepto de constitucionalidad emitido por el Tribunal Administrativo del Tolima accionado, no procede recurso alguno. Y ello hace procedente acudir como mecanismo único de defensa judicial de que dispone mi representada contra la decisión abiertamente inconstitucional de 4 de noviembre de 2016, a la acción de tutela.

4.3 INMEDIATEZ

La protección de los derechos fundamentales reclamados con la presente acción de tutela reviste carácter extraordinario y urgente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33, literal c), de la Ley 1757 de 2015, por cuanto la Consulta Popular convocada en el Municipio de Cajamarca

“se realizará dentro de los tres meses siguientes a la fecha del concepto previo de la corporación pública respectiva o del vencimiento del plazo indicado para ello”.

En la presente acción de tutela se cumple con el principio de inmediatez, toda vez que se ejerce dentro de la semana siguiente a la ejecutoria de la sentencia del Tribunal Administrativo del

Tolima.

V. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA UNA PROVIDENCIA JUDICIAL QUE DEFINE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONVOCATORIA A UNA CONSULTA POPULAR DEL ORDEN TERRITORIAL

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en garantizar el derecho de las personas naturales y de las personas jurídicas para reclamar mediante acción de tutela la protección de derechos fundamentales vulnerados con providencias emitidas por los Tribunales Administrativos al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la convocatoria a consulta popular.

Particularmente, la Sección Quinta del H. Consejo de Estado en sentencia del 23 de septiembre de 2015 (radicación número 11001-03-15-000-2015-02257-00), se pronunció al respecto en los siguientes términos:

“Huelga señalar que, en casos como que ahora analiza la Sala, la tutela se dirige contra el pronunciamiento que debe emitir el Tribunal Contencioso Administrativo en el marco del proceso que impuso el legislador estatutario para llamar o convocar a la consulta, pronunciamiento que si bien se hace desde la óptica del control constitucional difuso, no impide que pueda resultar objeto de tutela, dado que ese juicio no se puede equiparar al que realiza el órgano de cierre en materia constitucional, es decir, la Corte Constitucional.

En ese sentido, aceptar que contra la decisión que profieren los Tribunales Administrativos en los casos de los mecanismos de participación no procede la tutela, sería admitir que fuera de los pronunciamientos que emite la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, existen decisiones de jueces de inferior rango a esta que,

pese a desconocer principios axiales al Estado de Derecho, pueden mantenerse incólumes pese a sus defectos.

Se pregunta la Sala, qué pasaría en aquellos eventos en que los Tribunales Administrativos en ejercicio de sus competencias en esta materia, desconocen por ejemplo, la prohibición expresa de afectar derechos fundamentales, o avalen la consulta sobre materias que excedan o rebasen el ámbito territorial o que no sean de competencia de las autoridades locales, como por ejemplo el tema de las licencias ambientales, analizado en la sentencia T-123 de 2009, o materias no susceptibles de este mecanismo, como la revocatoria del mandato de un alcalde, sentencia T-470 de 1992.

No admitir la procedencia de la acción de tutela en estas circunstancias, es subvertir el sistema de cierre en materia constitucional y asentir que estas decisiones son carentes de control, pese a que ellas, en sí mismas, representen un riesgo para la democracia y el sistema de valores en que se funda nuestro ordenamiento constitucional.

Por tanto, es claro que, salvo en aquellas situaciones en donde la consulta popular ya se ha efectuado, la tutela se erige como un mecanismo de protección y garantía de los derechos constitucionales que puedan resultar en juego ante la implementación o uso indebido de un mecanismo de participación ciudadana". (las negrillas son mías)

Basado en lo anterior y para el caso que ocupa la presente acción de tutela, el Tribunal Administrativo del Tolima al proferir la sentencia del 04 de noviembre de 2016 superó el concepto de vía de hecho, vulneró derechos fundamentales, en especial el del debido proceso, y cumple con los requisitos de procedibilidad de la tutela contra la sentencia por violación de nuestra normatividad superior, por las siguientes razones:

- a) Desconoció, en el estudio de la constitucionalidad de la pregunta objeto de la convocatoria a consulta popular en el Municipio de Cajamarca, el precedente jurisprudencial fijado por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-445 de 2016 respecto de la redacción y contenido de la pregunta objeto de la consulta popular;
- b) Fundamentó su decisión en una norma evidentemente inaplicable por derogatoria tácita, como lo es el artículo 33 de la Ley 136 de 1994.

c) La Acción de Tutela es el único medio de defensa judicial viable para la protección y garantía de los derechos constitucionales que se ven gravemente afectados en este caso, y para impedir que se materialice una decisión contraria a la ley, a la Constitución y a los precedentes jurisprudenciales como lo es la providencia del Tribunal Administrativo del Tolima que viabiliza la convocatoria a la consulta popular en el Municipio de Cajamarca.

En consecuencia, no admitir la procedencia de la acción de tutela en estas circunstancias, como lo afirmó el H. Consejo de Estado en la sentencia antes citada, sería ***"subvertir el sistema de cierre en materia constitucional y asentir que estas decisiones son carentes de control, pese a que ellas, en sí mismas, representen un riesgo para la democracia y el sistema de valores en que se funda nuestro ordenamiento constitucional"***. (negritas son mías)

VI. VÍAS DE HECHO EN QUE INCURRIÓ EL TRIBUNAL DEL TOLIMA VIOLATORIAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

Las equivocaciones en que incurrió el Tribunal Administrativo del Tolima al proferir la sentencia del 04 de noviembre de 2016 de revisión de constitucionalidad de la pregunta de la consulta popular que se pretende convocar en el Municipio de Cajamarca objeto de la presente acción de tutela, se estudiarán partiendo del análisis de sus defectos sustantivos.

Dice la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto lo siguiente:

"(...) para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican".

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que no sólo se está ante la trasgresión de la Carta Política, sino que además se trata de una decisión ilegítima y abiertamente violatoria que afecta derechos fundamentales, en especial el del debido proceso.

Las irregularidades constitutivas de verdaderas vías de hecho o defectos en la decisión judicial cuestionada, las relaciono a continuación a efectos de que se otorgue el amparo constitucional solicitado, para posteriormente analizar cada una de ellas y acreditar los elementos que hacen procedente el amparo constitucional invocado.

1. VIA DE HECHO POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

- Al declarar ajustada a nuestra Constitución Política la convocatoria a una consulta popular cuya pregunta es inconstitucional en cuanto a su redacción y contenido.

2. VÍA DE HECHO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

- Por desconocimiento expreso del precedente jurisprudencial fijado por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-445 de 2016.

3. VIA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO

- Por avalar la constitucionalidad de la pregunta de la consulta popular convocada por iniciativa ciudadana en el Municipio de Cajamarca basándose en una norma derogada, inexistente e inconstitucional.

1. VIA DE HECHO POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

El Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en vía de hecho al proferir la sentencia de 4 de noviembre de 2016 objeto de la presente tutela, por violación directa de la Constitución al declarar ajustada a nuestra Constitución Política la convocatoria a una consulta popular cuya pregunta es abiertamente inconstitucional en cuanto la misma contiene elementos valorativos que inducen a la ciudadanía a votar por el NO, y sólo permiten como opción de voto válida el NO.

Afirmo que incurrió el fallo proferido por el Tribunal accionado en una vía de hecho por defecto sustantivo violatoria del debido proceso al haber conceptuado favorablemente sobre la pregunta contenida en la consulta popular que se pretende convocar en el Municipio de Cajamarca, cuando ésta contiene elementos valorativos que buscan persuadir ilegal e irregularmente la voluntad del elector, afectando la libertad que debe acompañar todo proceso democrático. Por las siguientes razones:

La Ley estatutaria 134 de 1994 en su artículo 52 se ocupa de definir los elementos y características que debe reunir la pregunta objeto de una consulta popular, en los siguientes términos:

"Artículo 52.- Forma del texto que se someterá a votación. Las preguntas que se formulen al pueblo estarán redactadas en forma clara, de tal manera que puedan contestarse con un "sí" o un "no"."

Así pues, la redacción de la pregunta en una consulta popular debe plantearse en términos generales, sin que pueda deducirse de ella una intención, hipótesis o conclusión anticipada, ni que la pregunta sugiera la respuesta de la ciudadanía. Al respecto ha dicho la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado a partir de lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley 134 de 1994 lo siguiente:

- (i) que el texto de la pregunta debe ser redactado de forma tal que sea fácilmente comprendida por la ciudadanía;
- (ii) que la pregunta debe ser de carácter general, y su contenido tiene que ser claro de manera que pueda comprenderse fácilmente y responderse con un SI o NO para garantizar que el ciudadano pueda comprender el texto;
- (iii) que cuando se deje al pueblo sin elementos de juicio suficientes que le permitan tener un conocimiento cierto acerca del tema por el cual se le consulta, debe declararse la inconstitucionalidad de la convocatoria a la consulta popular, y
- (iv) que cuando la pregunta es capciosa o sugiere una respuesta hacia un sentido, o se observa en ella una intención, hipótesis o conclusión anticipada, debe ser declarada inconstitucional.

En un caso similar al que ocupa la atención de esa H. Corporación, donde se introdujeron elementos en la pregunta relacionada con el tema de si se está de acuerdo o no con la explotación y exploración minera en el Municipio de Pijao que pueda conllevar la *“pérdida o contaminación de fuentes hídricas, afectación a la salubridad de la población, o afectación de la vocación agropecuaria”*, concluyó el Tribunal Administrativo del Quindío en sentencia del 20 de marzo de 2015 al estudiar la constitucionalidad de la pregunta objeto de consulta popular, que *“desde un principio se está sugiriendo una respuesta hacia un sentido, sin que el ciudadano tenga la posibilidad de razonar y valorar la temática, motivo por el cual **los ciudadanos no expresarán su voluntad de manera libre y espontánea, lo que caracteriza y legitima todo proceso democrático.** Por lo tanto, **al observarse en el texto de la pregunta de consulta popular aspectos que condicionan, incomodan y predisponen al receptor, formalmente es inconstitucional**”*. (Subrayo para resaltar)

Esta conclusión, como paso a demostrarlo a continuación, fue avalada en su integridad por la H. Corte Constitucional en la citada sentencia T-445 de 2016.

2. VÍA DE HECHO POR VIOLACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL FIJADO POR LA H CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA T-445 de 2016

En el presente caso, es evidente sin la menor duda, con una simple lectura y confrontación del texto de la pregunta objeto de la consulta que se pretende convocar en el Municipio de Cajamarca, que al proferir la sentencia del 4 de noviembre de 2016 el Tribunal Administrativo del Tolima vulneró en forma flagrante y abierta el precedente jurisprudencial recientemente fijado por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-445 de 2016, lo que hace viable la acción de tutela para que se ampare el derecho al debido proceso de mi representada y en consecuencia, se deje sin efectos la convocatoria a la consulta.

Para demostrar esta afirmación, y por ende que el Tribunal accionado incurrió en una evidente y abierta vía de hecho por defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial, es preciso (i) examinar el contenido de la pregunta objeto de la consulta; (ii) revisar los argumentos expuestos por el Tribunal accionado con respecto a la pregunta; (iii) verificar el precedente jurisprudencial vigente de la Corte Constitucional, y (iv) concluir que la pregunta es inconstitucional.

(i) La pregunta objeto de la consulta popular en el Municipio de Cajamarca

El siguiente es el texto de la pregunta que a través de la consulta popular de orden local de iniciativa ciudadana pretende someterse a consideración de los ciudadanos habitantes en el Municipio de Cajamarca:

“Está usted de acuerdo, SI o NO, con que en el Municipio de Cajamarca se ejecuten actividades que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas, o afectación de la vocación tradicional agropecuaria del municipio, con motivos de proyectos de naturaleza minera?”

(ii) **Fundamentos del Tribunal Administrativo del Tolima para avalar la constitucionalidad de la pregunta objeto de la consulta popular en el Municipio de Cajamarca**

Fundamentó su decisión el Tribunal accionado para avalar la constitucionalidad de la pregunta objeto de la consulta popular en el Municipio de Cajamarca, con los siguientes argumentos:

(a) Que *“al efectuar el estudio de legalidad de la misma (el texto de la pregunta que se somete a consideración) resulta menester traer a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-445 de 2016 en la que se analizó de forma concreta una pregunta que en similares términos fue planteada en la consulta popular promovida por el Alcalde del Municipio de Pijao, y analizada por el Tribunal Administrativo del Quindío que consideró que la misma era inconstitucional, y respecto del cual el alto tribunal constitucional precisó:*

“(…) teniendo en cuenta lo anterior para esta Sala, tal y como lo manifestaron varios intervinientes, la pregunta formulada por el Alcalde del Municipio de Pijao... denota una inconstitucionalidad flagrante porque contiene elementos valorativos, sugestivos, subjetivos y capciosos lo cual genera en el votante una predisposición, calificando la actividad minera como la causante de la pérdida o la contaminación de fuentes hídricas y la afectación a la salubridad de la población o modificación de la vocación agropecuaria...”

(b) Que frente al texto de la pregunta que se pretende someter a consulta popular, *“considera esta Corporación que la articulación de la misma, se refiere a un aspecto que consideran trascendental en relación con el ejercicio de este tipo de actividades, y que como se adujo en similares términos en la decisión de fecha 28 de junio de 2016, en la cual se declaró ajustado a la constitución el texto de la pregunta contenida en la consulta popular a realizar en el municipio de Ibagué, la misma no ofrece reparo alguno.....”*. Y concluyó respecto de la pregunta sometida a juicio de constitucionalidad, que ésta:

“Es clara, en la medida que interroga a los habitantes del municipio de Cajamarca, si están de acuerdo con el desarrollo de actividades mineras en dicho territorio.



No es sugestiva, porque se pone de presente el escenario sobre el cual se ejerce actividades mineras, dando la opción a los electores de contestar con un SI o con un NO.

No induce en error a la ciudadanía, porque se clarifica las condiciones en que es ejercida dicha actividad.

No es imprecisa, porque define las circunstancias en que se desarrollan proyectos de naturaleza minera, y que puedan implicar contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas o afectación agropecuaria del municipio”.

- **Argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo del Tolima para desobedecer y no acatar el precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional que por mandato legal y jurisprudencial es obligatorio para los Jueces y demás autoridades (Ley 1495 de 2010)**

Afirmó el Tribunal accionado, luego de hacer una breve cita de la ya referenciada sentencia de la Corte Constitucional T-445 de 2016 (donde se pronunció sobre los alcances de la pregunta objeto de la consulta popular del municipio de Pijao), como único argumento para no acatar el precedente jurisprudencial vigente fijado en la sentencia, que:

“De cara a lo reseñado, es de advertir que frente a las consideraciones expuestas por esa alta corporación el Tribunal le da una lectura distinta a la argumentada, en tanto que si bien la Corte determinó que la pregunta sugería a los votantes la adopción de una determinada respuesta, a juicio de la Sala ello no es así. Interrogar a través de este mecanismo de participación ciudadana..., es a juicio de la Sala planteada desde una óptica bastante indeterminada, pues es claro que el ejercicio de la actividad minera constituye uno de los

grandes motores de desarrollo de un país...”.

La verdad, H. Magistrado, es que el Tribunal abierta y flagrantemente incurre en una vía de hecho por desconocimiento del precedente jurisprudencial, sin justificación válida alguna, pues se aparta del precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional que es obligatorio y vinculante para todos los jueces, afirmando que dicho Tribunal *le da una lectura distinta a la argumentada por la Corte.*

No esgrime el Tribunal accionado razón jurídica ni de ningún otro tipo para apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional. A diferencia de lo expuesto por el Tribunal accionado y como se demostrará más adelante, se trata de dos preguntas, la de Pijao y Cajamarca, casi idénticas, con pequeñas diferencias que no dan lugar a que aparezcan argumentos que permitan afirmar que el precedente de la Corte Constitucional no es aplicable al caso de Cajamarca, y que le es válido al Tribunal Administrativo del Tolima afirmar que puede darle una lectura distinta al precedente vinculante de la Corte, cuando ello no es legalmente procedente.

- **Sobre los efectos y el carácter vinculante del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional como órgano de cierre**

Ha dicho la Corte Constitucional, respecto de la obligatoriedad de su precedente, al analizar la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1495 de 2010 (Sentencia C-539/11), que:

*“...la jurisprudencia constitucional ha concluido que **todos los funcionarios públicos, y por tanto todas las autoridades administrativas, deben acatar el precedente judicial,** esto es, están en la obligación de aplicar e interpretar las normas, en el sentido dictado por la autoridad judicial, para todas las situaciones fácticas análogas o similares”.*
(Subrayas y negrillas para destacar)

En el mismo sentido, ha reafirmado la Corte Constitucional que:

"(...) el desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte puede conllevar, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, casos en los cuales se configura igualmente el delito de prevaricato por acción.¹⁶" (negritas y subrayas fuera del texto)



Con respecto a la Jurisprudencia constitucional en relación con la fuerza vinculante del precedente judicial (como fuente de derecho), ha dicho la Corte Constitucional que *"a partir de una interpretación armónica de los artículos constitucionales mediante los cuales se consagra el principio de legalidad en Colombia, esta Corporación concluyó que **todos los servidores públicos, incluidos por supuesto los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas, pueden incurrir en el ilícito de prevaricato por acción, a causa de la emisión de una providencia, resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales, la ley o un acto administrativo de carácter general.**"*

Finalmente, ha insistido la Corte Constitucional *"en el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional, cuyo desconocimiento puede implicar incluso la responsabilidad penal de los servidores públicos, no solo de los jueces sino de las autoridades administrativas y de los particulares que desarrollen funciones públicas. Lo anterior, por cuanto las pautas jurisprudenciales fijadas por la Corte, la cual tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, determinan el contenido y alcance de la normatividad fundamental, de tal manera que cuando es desconocida, se está violando la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquella en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad"*.

Así pues, H. Magistrado, la fuerza vinculante de los precedentes garantiza la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes garantiza una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.

¹⁶ Ver sentencia C-335 de 2008.

En efecto, "Sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Sin embargo, el juez o tribunal no puede ignorar el precedente del órgano de cierre de su jurisdicción - la ordinaria, la contenciosa administrativa, la jurisdiccional disciplinaria, y en todo caso, la constitucional-: tienen frente a ella el deber de desarrollar una argumentación explícita justificativa de su inobservancia..."

Se hace evidente, H. Magistrado, como paso a demostrarlo, que el Tribunal accionado incurrió en una violación de la Ley 1495 de 2010 al desconocer el carácter y fuerza vinculante del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional consignado en la ya aludida sentencia T-445 de 2016 como paso a demostrarlo a continuación.

(iii) El Precedente Jurisprudencial vigente de la H. Corte Constitucional respecto del contenido y alcance de las preguntas objeto de consultas populares del orden local

La H. Corte Constitucional revisó los fallos proferidos en primera instancia por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado y por la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado en la impugnación, al decidir la acción de tutela interpuesta contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Quindío mediante la cual declaró inconstitucional la consulta popular pretendida en el Municipio de Pijao, Quindío¹⁷.

En el citado caso, al resolver (en un asunto absolutamente similar al que ocupa la presente acción de tutela), el contenido y alcance de la pregunta objeto de la consulta, nuestra Corte Constitucional decidió lo siguiente:

¹⁷ Sentencia T-445 del 19 de agosto de 2016. Expediente T-5.498.864 - Acción de tutela interpuesta por Liliana Mónica Flores Arcila contra el Tribunal Administrativo del Quindío. MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.



“TERCERO.- PRECISAR que la pregunta puesta a consideración del Tribunal Administrativo del Quindío vulnera la Carta del 91 por atentar contra la libertad del votante y no por desconocer las competencias constitucionales respecto del uso del suelo y la protección del medio ambiente del municipio de Pijao”.

QUINTO.- INSTAR al municipio de Pijao a que si en el futuro desea realizar una consulta popular con el objeto de reglamentar el uso del suelo y garantizar una mayor protección a los recursos naturales, **se abstenga de redactar la pregunta con términos valorativos o cargas apreciativas que induzcan al elector a una respuesta determinada.** (negrillas y subrayas son mías)

Para arribar a esta conclusión, señaló la Corte Constitucional en la parte motiva de su providencia, constituyéndose en precedente jurisprudencial vinculante para todos los jueces de la República (aún para los del Tribunal Administrativo del Tolima), que:

“15.3.2. La pregunta puesta a consideración del Alcalde de Pijao vulneraba la libertad de configuración del votante al inducir a una respuesta determinada.

La pregunta a puesta a consideración de los habitantes del municipio de Pijao establecía lo siguiente: “¿Está usted de acuerdo, sí o no, con que en el municipio de Pijao se ejecuten actividades que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de fuentes hídricas, afectación a la salubridad de la población, o afectación de la vocación agropecuaria del municipio, con motivo de proyectos mineros?”.

En el caso sub examine la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío de fecha 20 de marzo de 2015 precisó respecto a la forma en la cual estaba redactada la pregunta lo siguiente:

“Ab initio, el Tribunal advierte que la pregunta que se propone a los habitantes de la localidad referida formalmente es inconstitucional. En efecto, evidentemente se trata de poner en consideración una pregunta **capciosa**, ya que el emisor (alcalde



municipal) mediante elementos valorativos y subjetivos incorporados en la pregunta, pretende que el receptor, en este caso los habitantes de la localidad, den una respuesta que los predispone, por tal motivo, el art. 8 de la Ley 134 de 1994¹⁸ advierte que la redacción de la pregunta que se pone en consideración, debe plantearse en términos generales respecto a un tema, sin que pueda observarse en la misma una intención, hipótesis o conclusión anticipada.

Consecuentemente, al introducirse elementos en la pregunta relacionada con el tema de si se está de acuerdo o no con la explotación y exploración minera en el municipio de Pijao, como los siguientes: **“pérdida o contaminación de fuentes hídricas, afectación a la salubridad de la población, o afectación de la vocación agropecuaria”**, desde un principio se está sugiriendo una respuesta hacia un sentido, sin que el ciudadano tenga la posibilidad de razonar y valorar la temática, motivo por el cual, los ciudadanos no expresarán su voluntad de manera libre y espontánea, lo que caracteriza y legitima todo proceso democrático¹⁹.

Lo anterior, sin perjuicio de que antes de adoptarse la decisión democrática, las autoridades y/o grupos de ciudadanos manifiesten argumentos que justifiquen la necesidad de adoptar una decisión en sentido negativo o positivo en torno al tema de interés local, de modo que cada ciudadano habitante de la localidad de manera consiente expresará libremente su voluntad. Por lo tanto, al observarse en el texto de la pregunta de consulta popular aspectos que condicionan, incomodan y predisponen al receptor, formalmente es inconstitucional”. (Negrillas del texto original)

Para esta Sala, las consideraciones adoptadas por el Tribunal Administrativo del Quindío son adecuadas y en esa medida, no será posible revocar la decisión del 20 de marzo de 2015, esto por cuanto:

- (i) La jurisprudencia constitucional establece el deber de claridad en la formulación de las preguntas sometidas a la consideración del pueblo, a fin de evitar que la

¹⁸ “La consulta popular es la institución mediante la cual, una pregunta de **carácter general** sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometido por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto.”

¹⁹ C-592/12. “La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas y en el desarrollo del conocimiento y la cultura sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa.”

ciudadanía sea manipulada o que, por no ser experta en derecho constitucional, pueda sentirse confundida frente a la falta de claridad.



La exigencia de lealtad y claridad apunta a garantizar que esa deliberación se realice partiendo de una base neutral sin inducir al elector a engaños o equívocos.

- (iii) Puede suceder que según los términos en que sean redactadas las preguntas, éstas puedan ser manipulativas o directivas de la voluntad del ciudadano, inductivas de la respuesta final, tendenciosas o equívocas, lo cual puede conducir a la desinformación, al error, o a una falsa percepción del fenómeno político.

Teniendo en cuenta lo anterior, para esta Sala, tal y como lo manifestaron varios intervinientes, la pregunta formulada por el Alcalde del Municipio de Pijao, estudiada por el Tribunal Administrativo del Quindío denota una inconstitucionalidad flagrante porque contiene elementos valorativos, sugestivos, subjetivos y capciosos lo cual genera en el votante una predisposición, calificando la actividad minera como la causante de la pérdida o la contaminación de fuentes hídricas y la afectación a la salubridad de la población o modificación de la vocación agropecuaria.

....

Así las cosas, aunque es claro que el actual estado de la ciencia y tecnología permiten establecer que la minería sí tienen la potencialidad de generar: (i) contaminación del suelo, (ii) pérdida o contaminación de fuentes hídricas, (iii) afectación a la salubridad de la población y (iv) afectación de la vocación agropecuaria del municipio, este tribunal considera que una pregunta que de antemano determine y resalte dichas consecuencias, si tiene la vocación de dirigir la respuesta del electorado en un sentido determinado.

Es claro que de admitir que se puedan establecer en la pregunta expresiones que aunque verdaderas, dirijan el sentido del voto en una dirección específica, se correría el riesgo de reducir al absurdo las garantías constitucionales que propenden por la emisión de una decisión popular libre y espontánea, la cual este ajena a todo tipo de injerencias externas. Lo anterior no quiere decir que a los promotores de una determina consulta popular les este vedado explicar las ventajas y desventajas de determina actividad, industria o persona, lo que si se cuestiona es que estas se precisen en la pregunta a apoyar o rechazar por el pueblo.

No puede entenderse desde ningún punto de vista que el derecho fundamental a la

participación se vea desarrollado en su mínima o máxima expresión cuando el ciudadano no tiene libertad para crearse su propio criterio y cuando el mismo le es impuesto con fundamento en premisas inductivas, como sucede en el interrogante que adecuadamente declaró inconstitucional el Tribunal Administrativo del Quindío.

En este orden de ideas, esta Sala considera que respecto a la existencia de un posible defecto sustantivo originado en la sentencia del Tribunal Administrativo del Quindío relacionado con la neutralidad de la pregunta puesta a consideración de los habitantes de Pijao, no se concederá el derecho.

....
En este sentido, aunque se precisó que la posibilidad de excluir la actividad minera de un municipio es una competencia constitucional que surge de una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales, **en el asunto sub examine la Corte confirmará la sentencia proferida por los jueces de instancia por cuanto la pregunta puesta a consideración de los habitantes del municipio inducía a una respuesta determinada y no partía de una base neutral**" (negritas y subrayas fuera del texto).

En síntesis, para la Corte Constitucional, constituyéndose en un precedente jurisprudencial vinculante para todos los jueces de la República, respecto de las preguntas sometidas a la consideración del pueblo mediante el mecanismo de la consulta popular (como el caso que ocupa la presente acción de tutela):

- (i) "La jurisprudencia constitucional establece el deber de claridad en la formulación de las preguntas sometidas a la consideración del pueblo, a fin de evitar que la ciudadanía sea manipulada o que, por no ser experta en derecho constitucional, pueda sentirse confundida frente a la falta de claridad".
- (ii) "La exigencia de lealtad y claridad apunta a garantizar que esa deliberación se realice partiendo de una base neutral sin inducir al elector a engaños o equívocos.
- (iii) Puede suceder que según los términos en que sean redactadas las preguntas, éstas puedan ser manipulativas o directivas de la voluntad del ciudadano, inductivas de la respuesta final, tendenciosas o equívocas, lo cual puede conducir a la desinformación, al error, o a una falsa percepción del fenómeno político".

(iv) De cómo es evidente que el Tribunal Administrativo del Tolima en su fallo del 4 de



noviembre de 2016 objeto de la acción de tutela incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo al desconocer el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional consignado en la sentencia T-445 de 2016

Para el caso concreto, como paso a demostrarlo al comparar los dos textos de preguntas, de un lado, la pregunta formulada por el Alcalde del Municipio de Pijao (que fuera objeto de estudio por el Tribunal Administrativo del Quindío y de análisis a través de la sentencia T-445 de 2016 de la Corte Constitucional), y del otro, la pregunta formulada por un grupo significativo de ciudadanos para ser sometida a votación de los ciudadanos de Cajamarca (Tolima – objeto de la presente demanda de tutela) denota una inconstitucionalidad flagrante porque contiene elementos valorativos, sugestivos, subjetivos y capciosos lo cual genera en el votante una predisposición, calificando la actividad minera como la causante de la pérdida o la contaminación de fuentes hídricas y la afectación a la salubridad de la población o modificación de la vocación agropecuaria. Veamos:

TEXTO PREGUNTA CONSULTA POPULAR MUNICIPIO DE PIJAO (Sentencia T-445 de 2016)	TEXTO PREGUNTA CONSULTA POPULAR MUNICIPIO DE CAJAMARCA
<i>"¿Está usted de acuerdo, sí o no, con que en el municipio de Pijao se ejecuten actividades que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de fuentes hídricas, afectación a la salubridad de la población, o afectación de la vocación agropecuaria del municipio, con motivo de proyectos mineros?"</i>	<i>"Está usted de acuerdo SI o NO con que en el Municipio de Cajamarca se ejecuten actividades que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas o afectación de la vocación tradicional agropecuaria del municipio, con motivos de proyectos de naturaleza minera?"</i>

A partir del cuadro comparativo hecho entre los textos de las preguntas a someter a consideración de los habitantes de los municipios de Pijao (Quindío) y Cajamarca (Tolima), se

encuentra que son iguales en la mayoría de su contenido y en la forma de su redacción, con las siguientes diferencias que no afectan en nada las consideraciones que hizo la Corte Constitucional en la ya aludida sentencia T-445 de 2016 sobre la inconstitucionalidad de la pregunta:



- (i) en el caso de la consulta de Pijao se habla de "fuentes hídricas", mientras que en el caso de la consulta de Cajamarca se usa el término "aguas";
- (ii) en la pregunta de la consulta de Pijao se habla de ejecutar actividades que produzcan "afectación a la salubridad de la población o afectación de la vocación agropecuaria del municipio", mientras que en el caso de la pregunta objeto de la consulta de Cajamarca se habla de "afectación de la vocación tradicional agropecuaria del municipio".

En conclusión, H. Magistrado, por tratarse en el caso de la pregunta que pretende someterse a la consideración de los ciudadanos del Municipio de Cajamarca de un texto absolutamente similar al que fue analizado y considerado como inconstitucional por la H. Corte Constitucional al estudiar el texto de la pregunta materia de la consulta popular del Municipio de Pijao, Quindío mediante la sentencia T-445 de 2016, debe aplicarse el mismo rasero y por ende el mismo precedente jurisprudencial respecto de la pregunta objeto de la consulta para el Municipio de Cajamarca, ya que:

Una pregunta, como la que eludió en su análisis el Tribunal accionado, si y absolutamente Sí tiene la vocación de dirigir la respuesta del electorado en un sentido determinado.

Al admitir, como lo reconoció la sentencia T-445 de 2016 que se puedan establecer en la pregunta expresiones que dirijan el sentido del voto en una dirección específica, se corre el riesgo de reducir al absurdo las garantías constitucionales que propenden por la emisión de una decisión popular libre y espontánea, la cual este ajena a todo tipo de injerencias externas.



En este orden de ideas, según se infiere de la sentencia de la Corte Constitucional, se configura una vía de hecho por defecto sustantivo originado en la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima relacionado con la carencia de neutralidad de la pregunta puesta a consideración de los habitantes de Cajamarca. Pero además, se incurre en una vía de hecho por desconocimiento del precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional en la sentencia T-445 de 2016.

No se haya explicación alguna que avale la argumentación expuesta por el Tribunal accionado para afirmar que dicho precedente no es aplicable al caso de la consulta del Municipio de Cajamarca, pues no sólo no la da con argumentación sólida y razonable, sino que sus razones para apartarse de dicho precedente jurisprudencial no tienen fundamentación alguna, incurriéndose en lo que la Corte califica como un posible prevaricato por omisión o por desconocimiento de la fuerza vinculante que tienen los precedentes fijados por los órganos de cierre de la rama judicial, en este caso, de la Corte Constitucional.

En conclusión:

Es evidente, respecto de la pregunta que hace parte de la consulta que pretende realizarse en el Municipio de Cajamarca, que ésta contiene elementos que evidentemente predisponen la voluntad del elector al momento de ejercer su derecho al sufragio. En efecto, la expresión *“que impliquen la contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas o afectación de la vocación agropecuaria y turística del Municipio”* induce a la ciudadanía a votar por el NO, pues es natural y lógico que el ser humano busque la protección de los recursos naturales de los cuales puede llegar a depender su subsistencia”. Y concluye afirmando que *“estimo que la expresión “que impliquen la contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas o afectación de la vocación agropecuaria y turística del Municipio” debió declararse no ajustada a la Constitución, pues sólo de esa manera se hubiera garantizado la libertad en el proceso democrático que se somete a la voluntad popular”*.

H Magistrados, es lógico concluir, contrario sensu a lo afirmado por la Corporación accionada, que la pregunta que hace parte de la consulta popular es inconstitucional, ya que:



1º De la redacción de la pregunta, es fácil concluir y deducir de ella una intención, hipótesis o conclusión anticipada, pues del contenido de la pregunta se sugiere la respuesta de la ciudadanía.

2º Es capciosa y sugiere una respuesta hacia un sentido, el NO, observándose en ella una intención y una conclusión anticipada, motivo por el cual los ciudadanos no expresarán su voluntad de manera libre y espontánea en las urnas. Hay en el texto de la pregunta aspectos que condicionan y predisponen al elector.

3. VIA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO:

Al avalar la constitucionalidad de la consulta popular convocada en el Municipio de Cajamarca basándose en una norma derogada e inconstitucional, incurrió el Tribunal Administrativo del Tolima en una vía de hecho por defecto sustantivo, por cuanto la convocatoria a la consulta se fundamentó en una norma derogada como lo es el artículo 33 de la Ley 136 de 1994.

En efecto, como lo señalara la H. Corte Constitucional en Auto de 11 de julio de 2016 emanado del Despacho del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, respecto de la demanda interpuesta contra el artículo 33 de la Ley 136 de 1994:

“En el caso presente, el suscrito Magistrado advierte que, en principio, se ha presentado un fenómeno de derogatoria orgánica o por regulación integral, pues la Ley 1454 de 2011 pretendió unificar todo el marco regulatorio referente al ordenamiento territorial. Particularmente, en relación con las competencias de los municipios en materia de ordenamiento territorial, su artículo 29 reza (...)

Vistas así las cosas, el suscrito magistrado considera que sería razonable entender –en principio– que el artículo 33 de la Ley 136 de 1994 estaría derogado.



De este modo, si se considera que el texto normativo acusado no pertenece al ordenamiento jurídico vigente, como una posible derivación de lo explicado, la Corte carecería de competencia, para iniciar el juicio de constitucionalidad en el caso sub examine. En consecuencia, siendo un presupuesto indispensable de toda demanda de inconstitucionalidad la existencia de las normas cuya validez se cuestiona, para poder así recibir los efectos de los fallos de exequibilidad o inexecuibilidad, habría que rechazar la presente demanda por incoarse contra una disposición que pudo perder vigencia, al configurarse un caso de incompetencia por sustracción de materia....” (Negrillas y subrayas fuera del texto)

H. Magistrados, en el caso de la consulta popular que se pretende convocar en el Municipio de Cajamarca, la misma se fundamenta en lo preceptuado en el artículo 33 de la Ley 136 de 1994, como así además lo avala y reconoce el Tribunal Administrativo del Tolima en el fallo accionado al señalar que:

“... cuando se realicen en un municipio proyectos de naturaleza minera, no puede desconocerse lo previsto en el artículo 33 de la Ley 136 de 1994 que obliga a los municipios a efectuar una consulta popular la cual no es meramente facultativa sino incluso obligatoria. En ese orden de ideas, es claro que en la actualidad no existe prohibición legal para las entidades territoriales en poder participar de forma activa sobre asuntos de carácter minero dentro de su territorio, siendo viable que tanto los mandatarios locales como la ciudadanía puedan ser promotores de iniciativas de participación ciudadana, como lo es precisamente la promoción de consultas populares y la razón para que se admita esta forma de intervención radicada principalmente en quienes sufren las consecuencias del ejercicio de actividades de exploración y explotación minera son precisamente los habitantes de las entidades territoriales en las que se ejecutan” (...).” (negrillas y subrayas fuera del texto).

Así pues, H. Magistrados, si (como lo señala la H. Corte Constitucional) el artículo 33 de la Ley 136 de 1994 se encuentra derogado por la Ley 1454 de 2011, y dicho precepto es el que constituye el

fundamento de la decisión impugnada, es lógico concluir que dicha convocatoria carece en absoluto de fundamento legal, y por ende, la convocatoria como la pregunta misma incluida en la consulta resultan inconstitucionales.

Conviene agregar que con respecto al artículo 33 de la Ley 136 de 1994, conforme al cual se regulan los usos del suelo y se dispone que *“Cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la Ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio”*, el análisis, como lo hizo en su Auto el Magistrado de la Corte Constitucional Gabriel Eduardo Mendoza, ha de conllevar a la misma conclusión: en la medida en que la regulación de los usos del suelo ***afecta de manera directa y definitiva la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios. Por lo tanto, es una decisión que afecta bienes jurídicos de especial importancia constitucional, y en esa medida, está sujeta a reserva de ley orgánica.***

Por consiguiente, esta norma contenida en el artículo 33 de la Ley 136 de 1994, está sujeta a reserva de ley orgánica, y en consecuencia si lo está, deviene en una norma derogada por la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial 1454 de 2011, por lo que resulta inaplicable, y en consecuencia, al haberse fundamentado el fallo accionado que avala la consulta popular que se pretende convocar en el Municipio de Cajamarca, la misma resulta inconstitucional.

VII. DERECHO VULNERADO POR EL TRIBUNAL ACCIONADO

La sentencia proferida el 04 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Tolima y objeto de la presente demanda de tutela, vulnera el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO de ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A., reconocido como tal por el Artículo 29 del ordenamiento superior y por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional.

Básicamente, considero vulnerado en forma flagrante el derecho fundamental al **debido proceso** consagrado en el artículo 29 de la Carta Fundamental, a cuyo tenor:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa. Ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio..."

Dentro de este principio, tenemos el apego a la ritualidad de las formas propias de cada juicio o proceso, cuya vulneración da lugar a la declaratoria de nulidad en algunas oportunidades, y en otras, como en el caso que nos ocupa, cuando no existen recursos en su contra porque no los prevé el ordenamiento jurídico (Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015), se configura una **vía de hecho**, que debe ampararse o tutelarse, para volver por el fuero del derecho el error cometido, y así garantizarse los derechos fundamentales conculcados por la autoridad judicial.

VIII. PETICION

Solicito al Juez Constitucional, teniendo en cuenta la argumentación expuesta en precedencia:

PRIMERO. Que se conceda la acción de tutela interpuesta contra la sentencia del 04 de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima por la violación al derecho fundamental al debido proceso (CP. Art. 29) como consecuencia de las sendas vías de hecho en que incurrió al desconocer los precedentes jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional y avalar la pregunta objeto de la consulta popular convocada para el Municipio de Cajamarca la que es abiertamente inconstitucional.

SEGUNDO: Que se ampare el derecho fundamental vulnerado a mi representada al debido proceso como consecuencia de la decisión irregular y contraria a derecho proferida el 04 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante la cual se emitió concepto

favorable a la convocatoria a la consulta popular en el Municipio de Cajamarca y en consecuencia se disponga dejar sin efectos dicha providencia judicial.

TERCERO. Como consecuencia del amparo dispuesto en el numeral anterior, se ordene dejar sin efectos la sentencia proferida el 04 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Tolima en el marco del control constitucional de la consulta popular de iniciativa popular para preguntar a los habitantes de Cajamarca: *¿ Está usted de acuerdo SI o NO con que en el Municipio de Cajamarca se ejecuten actividades que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas o afectación de la vocación tradicional agropecuaria del municipio, con motivos de proyectos de naturaleza minera?*

CUARTO. Se ordene dejar sin efectos cualquier actuación administrativa a cargo de la Registraduría Especial del Estado Civil del Municipio de Cajamarca, o Departamental del Tolima, encaminada a la realización de la consulta popular en ese municipio.

IX. MEDIDA PROVISIONAL

Por las razones anteriormente expuestas y para evitar que se generen los efectos de la ejecución de la sentencia del 4 de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante la cual se conceptúa favorablemente sobre la convocatoria a consulta popular de iniciativa ciudadana en el municipio de Cajamarca, solicito al Honorable Consejo de Estado en su calidad de Juez de Tutela, que ordene la suspensión de los efectos de la sentencia emanada del Tribunal accionado mientras se decide de fondo en instancia de tutela²⁰, en los términos del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, y en consecuencia, se ordene a la Registraduría Municipal del Estado Civil de Cajamarca (y en su defecto a la Delegación departamental del Estado Civil del

²⁰ Es conveniente manifestar que con la ejecución del fallo se sufrirá de un mal irreparable y grave de manera injustificada. El fundamento del perjuicio irremediable es la inminencia de un daño o menoscabo graves para el Municipio y para el ordenamiento jurídico. El fin que se persigue es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas.

Tolima o Registraduría Nacional del Estado Civil), suspender cualquier convocatoria a elecciones encaminadas a la realización de la consulta popular convocada en el Municipio de Cajamarca.

La medida provisional se hace necesaria, habida consideración del peligro inminente que representa para los ciudadanos del Municipio de Cajamarca la ejecución de la sentencia del Tribunal del Tolima, lo cual generaría una situación caótica en relación con la actividad de minería en el Municipio de Cajamarca, particularmente para mi representada.

La acción de tutela permite a todas las personas reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en el último caso, cuando así expresamente lo autorice la ley.

El Decreto 2591 de 1991 facultó al juez de tutela para que de oficio o a petición de parte ordenara «lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante». El artículo 7 de dicho decreto dice:

“Artículo 7o. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.



El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado”.

Como se ve, el juez de tutela está facultado para decretar, en cualquier estado del proceso, las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos fundamentales invocados.

Especialmente, podrá: i) suspender la ejecución del acto, actuación o procedimiento que amenace o vulnere un derecho fundamental; ii) ordenar que se mantenga la situación para proteger el interés público, iii) ordenar la adopción de medidas para la protección de los derechos fundamentales y no hacer nugatorio el efecto de la sentencia, iv) y, en general, imponer cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger un derecho o a evitar que se causen otros daños como consecuencia de los hechos realizados.

Por supuesto, para que el juez de tutela dicte cualquiera de esas medidas provisionales se requiere que *prima facie* advierta la vulneración manifiesta de derechos fundamentales y que encuentre que esas medidas son necesarias, pertinentes y urgentes para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Esto es, las medidas provisionales previstas en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 buscan evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en violación o que la vulneración del derecho fundamental sea más gravosa y que pueda traducirse en un perjuicio irremediable.

Con fundamento en lo anterior, por las siguientes razones es procedente decretar la medida provisional solicitada:

1º Porque a simple vista, se advierte que la decisión objeto de la presente acción de tutela emanada del Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto avaló la constitucionalidad de la pregunta que pretende someterse a consideración de los ciudadanos de Cajamarca, siendo esta abiertamente inconstitucional y con desconocimiento del precedente jurisprudencial fijado por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-445 de 2016.



En atención a la proximidad de la fecha para realizarse la consulta popular relacionada con proyectos y actividades mineras en el municipio de Cajamarca, esto es, no más de tres (3) meses contados a partir de la fecha del fallo del Tribunal del Tolima, estimo que es necesario que se decrete una medida de urgencia, pues, de lo contrario, los efectos de la sentencia de tutela serían nugatorios, y más grave aún, de no decretarse la medida provisional, la Registraduría Nacional del Estado Civil estaría desarrollando todas las actividades logísticas y administrativas para llevar a cabo el proceso de convocatoria y realización de consulta popular, con la contratación de lo necesario para desarrollar el evento electoral, incurriéndose en gastos que eventualmente no puedan ejecutarse.

3º La demanda de tutela tiene por objeto que esa H. Corporación dicte una sentencia que dictamine que vulnera el derecho fundamental al debido proceso la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima de declarar constitucional la pregunta objeto de la consulta popular que pretende desarrollarse en el municipio de Cajamarca, y a cuyo tenor literal *«“Está usted de acuerdo, SI o NO, con que en el Municipio de Cajamarca se ejecuten actividades que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de las aguas, o afectación de la vocación tradicional agropecuaria del municipio, con motivos de proyectos de naturaleza minera?”*

4º Se aproxima el inicio de la vacancia judicial, por lo que de no adoptarse la medida provisional, para la fecha que se reinicie el calendario judicial, si no se ha producido la sentencia de fondo respecto de la presente acción de tutela, podría ya estar realizándose la consulta popular en Cajamarca siendo esta abiertamente inconstitucional.

5º Es pertinente y necesario, como medida de urgencia, suspender la votación que pretende programarse para los próximos tres meses para garantizar no solo la efectividad de la sentencia de tutela, sino también los derechos fundamentales que puedan resultar afectados si se permite participar en la consulta popular sin que el H. Consejo de Estado haya

examinado la providencia del 4 de Noviembre de 2016.



Como se afirmara en un asunto similar a este, que cursa actualmente en la Sección Cuarta del Consejo de Estado al decretarse la medida provisional solicitada: *"Podría resultar mucho más caótico que se someta a consulta la pregunta, a pesar de que la providencia que la declaró constitucional está siendo cuestionada mediante varias acciones de tutela, pues la votación prácticamente culmina con el trámite de la consulta popular²¹".*

En consecuencia, se cumplen los presupuestos del artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 para proteger de manera provisional los derechos fundamentales de mi representada, así como el interés público, pues la consulta popular involucra los derechos de toda la comunidad del Municipio de Cajamarca, por lo que es procedente que por su despacho se disponga de manera preventiva la suspensión de la convocatoria a votación de la consulta popular relacionada con proyectos y actividades mineras en el municipio de Cajamarca, hasta que mediante fallo de tutela se decida sobre las acusaciones presentadas por el suscrito contra la providencia del 4 de Noviembre de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima.

IX. JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad del juramento, que no he incoado acción similar por esta misma situación fáctica.

X. COMPETENCIA

²¹ Ley 1757 de 2015. Artículo 41. Carácter de la decisión y requisitos. La decisión del pueblo será obligatoria en todo mecanismo de participación democrática cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

(...)

c) En la Consulta popular que la pregunta sometida al pueblo haya obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral.

De acuerdo a las reglas previstas en el Decreto 1382 de 2000, es competente el Honorable Consejo de Estado para asumir el conocimiento de la presente acción de Tutela.

XI. PRUEBAS

Anexo las siguientes pruebas para que sean valoradas por el honorable Consejo de Estado al momento de decidir de fondo sobre la presente tutela:

PRUEBA DOCUMENTAL: Ley 446/98 Art.11

1. Copia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 4 de noviembre de 2016, Expediente 73001-23-33-006-2016-00565-00.
2. Copia de la decisión del Concejo Municipal de Cajamarca, por la cual se emite concepto favorable a la realización de la consulta popular de iniciativa ciudadana.
3. Copia de la convocatoria de la iniciativa, junto con la exposición de motivos a la misma
4. Certificaciones que acreditan la operación de exploración de mi representada ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA en el Municipio de Cajamarca.
5. Copia de la Sentencia T-445 de 2016 del 19 de agosto de 2016, proferida por la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

XII. ANEXOS

1. Los documentos aducidos como prueba.
2. Copia de la demanda de tutela y sus anexos para traslado.
3. Certificado de Existencia y Representación legal de **ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A.** expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, en el cual consta el registro del Poder General para actuar en la presente acción de tutela.

XIII. NOTIFICACIONES

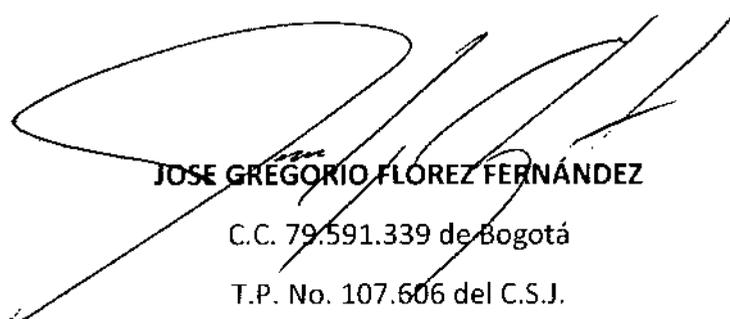
EL ACCIONANTE: El suscrito apoderado en la Carrera 5ª No. 37A Bis – 19 Oficina 303, Edificio Fontainebleau, Ibagué.

Correo Electrónico: jflorez@anglogoldashanti.com

Mi representada ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA en la Carrera 5ª No. 37A Bis – 19 Oficina 303, Edificio Fontainebleau, Ibagué.

EL ACCIONADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA: En el Palacio de Justicia de Ibagué

Atentamente,



JOSE GRÉGORIO FLOREZ FERNÁNDEZ
C.C. 79.591.339 de Bogotá
T.P. No. 107.606 del C.S.J.