

**LA LEGISLACIÓN MINERA EN COLOMBIA Y SUS REPERCUSIONES EN EL
PLURALISMO CONSTITUCIONAL: LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN A
LOS DERECHOS SOBRE EL TERRITORIO DE LAS COMUNIDADES
INDÍGENAS.**

ANDRÉS EDUARDO GÓMEZ ALARCÓN

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ MANCIPE

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
BUCARAMANGA**

2015

**LA LEGISLACIÓN MINERA EN COLOMBIA Y SUS REPERCUSIONES EN EL
PLURALISMO CONSTITUCIONAL: LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN A
LOS DERECHOS SOBRE EL TERRITORIO DE LAS COMUNIDADES
INDÍGENAS.**

ANDRÉS EDUARDO GÓMEZ ALARCÓN

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ MANCIPE

Trabajo de Grado para optar por el título de
ABOGADO

LUIS RAÚL CARVAJAL

Director

JAVIER AGUIRRE ROMÁN

Codirector

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
BUCARAMANGA
2015**

AGRADECIMIENTOS

Al estar tan cerca de culminar el objetivo primario del camino escogido para hacerme profesional, no está de más agradecer sinceramente a las personas que con su colaboración hicieron posible la realización de este escrito. En primer lugar, estas breves palabras están dirigidas a mis padres quienes me ofrecieron su apoyo en este largo además de hermoso recorrido; en segundo lugar, a mi pareja quien con su compañía llenó de color la estructura gris de la monotonía; y por último, a los maestros, amigos y compañeros que tuve la oportunidad de conocer dentro de estos más de cinco años.

Andrés Eduardo Gómez Alarcón

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	16
1. OBJETIVOS	18
1.1. GENERAL	18
1.2. ESPECÍFICOS	18
2. METODOLOGÍA	19
2.1. ETAPA 1: ANÁLISIS Y ARQUITECTURA DE LA INFORMACIÓN	19
2.1.1. METAS, OBJETIVOS Y PÚBLICO DEL PROYECTO	19
2.1.2. IDENTIFICACIÓN DEL CONTENIDO Y NECESIDADES	20
2.1.3. ORGANIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN	20
2.2. ETAPA 2: DISEÑO DE POSTURAS	21
2.3. ETAPA 3: DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN	21
2.4. ETAPA 4: DOCUMENTACIÓN	21
3. MARCOS DE REFERENCIA	22
3.1. MARCO DE ANTECEDENTES	22
3.2. MARCO TEÓRICO	33
3.3. MARCO CONCEPTUAL	57

4. CAPÍTULO I: LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS QUE FUNDAMENTAN LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN A SU TERRITORIO

.....	68
4.1. LOS DESC – DEFINICIÓN Y APLICABILIDAD	68
4.1.1. ¿QUÉ SON LOS DESC?	69
4.1.2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LOS DESC	70
4.1.3. RELACIÓN DE LOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA QUE CONSAGRAN O GUARDAN ARMONÍA CON LOS DESC	71
4.2. LOS DESC Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS	72

5. CAPÍTULO II – MECANISMOS DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS SOBRE SU TERRITORIO DENTRO DE LA LEGISLACIÓN MINERA EN COLOMBIA

.....	90
5.1. EL TERRITORIO COMO NÚCLEO FUNDAMENTAL	90
5.2. LA RESERVA INDÍGENA Y EL RESGUARDO INDÍGENA COMO FIGURAS DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOBRE EL TERRITORIO	92
5.2.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA FIGURA DEL RESGUARDO INDÍGENA EN COLOMBIA.....	95
5.3. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DEL ORDEN INTERNACIONAL QUE VERSAN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.....	104
5.4. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DEL ORDEN NACIONAL QUE VERSAN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN D E LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS	108

5.5. RESERVA INDÍGENA- CONCEPTO	121
5.5.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA FIGURA DE LA RESERVA INDÍGENA EN COLOMBIA.....	122
5.6. CONSULTA PREVIA- CONCEPTO	123
5.6.1. MANEJO DE LA CONSULTA PREVIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL E INTERNO.....	125
5.6.2. MARCO LEGISLATIVO DE LA CONSULTA PREVIA	132
5.7. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN LA HISTORIA MINERA DE COLOMBIA	139
5.8. ZONA MINERA INDÍGENA	152
 6. CAPÍTULO III – PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA CONSTITUCIÓN, REESTRUCTURACIÓN, AMPLIACIÓN Y SANEAMIENTO DE RESGUARDOS INDÍGENAS Y LA DECLARATORIA DE ZONAS MINERAS INDÍGENAS, ADEMÁS DEL DECRETO 2333 DEL 2014.....	163
6.1. CONSTITUCIÓN, REESTRUCTURACIÓN, AMPLIACIÓN Y SANEAMIENTO DE RESGUARDOS INDÍGENAS	164
6.1.1. AUTORIDAD COMPETENTE	166
6.1.2. PROGRAMAS Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS REFERENTES A LOS RESGUARDOS INDÍGENAS	167
6.1.3. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, REESTRUCTURACIÓN, AMPLIACIÓN Y SANEAMIENTO DE RESGUARDOS INDÍGENAS.	171
6.1.4. FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA	176
6.1.5. ELEMENTOS GENERALES DE LOS RESGUARDOS	179
6.1.6. BREVE RESEÑA SOBRE LA TITULACIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA ..	182

6.2. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARATORIA Y DELIMITACIÓN DE ZONAS MINERAS INDÍGENAS POR LOS PUEBLOS ÉTNICOS QUE HABITAN EL TERRITORIO.....	186
6.3. LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL DECRETO 2333 DEL 19 DE NOVIEMBRE DEL 2014.....	214
7. CONCLUSIONES	230
BIBLIOGRAFÍA	236

LISTA DE IMÁGENES

IMAGEN No. 1: MAPA DE RESGUARDOS INDÍGENAS-CENSO DANE 2005.....	185
IMAGEN No. 2: SOLICITUD DE DELIMITACIÓN DE ZONA MINERA INDÍGENA.....	203

LISTA DE TABLAS

TABLA No. 1: DISPOSICIONES INTERNACIONALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.....	105
TABLA No. 2: DISPOSICIONES NACIONALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.....	108
TABLA No. 3: MARCO LEGISLATIVO DE LA CONSULTA PREVIA.....	132
TABLA No. 4: REGULACIÓN DE ZONA MINERA INDÍGENA.....	155
TABLA No. 5: PROCEDIMIENTO	172
TABLA No. 6: ELEMENTOS GENERALES DE LOS RESGUARDOS.....	180
TABLA No. 7: RESGUADOS INDÍGENAS LEGALMENTE CONSTITUIDOS SEGÚN DANE	184
TABLA No. 8: PROCEDIMIENTO.....	188
TABLA No. 9: ZONAS MINERAS INDÍGENAS EN COLOMBIA.....	212
TABLA No. 10: PROCEDIMIENTO.....	218

LISTA DE ESQUEMAS

ESQUEMA No. 1: TRÁMITE.....	201
-----------------------------	-----

RESUMEN

TITULO:

LA LEGISLACIÓN MINERA EN COLOMBIA Y SUS REPERCUSIONES EN EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL: LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS SOBRE EL TERRITORIO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.*

AUTORES:

GÓMEZ Alarcón, Andrés Eduardo

SÁNCHEZ Mancipe, Miguel Ángel**

PALABRAS CLAVES:

MECANISMO DE PROTECCIÓN, RESGUARDO INDÍGENA, ZONA MINERA INDÍGENA, POLÍTICA MINERA, TERRITORIO, EXPLOTACIÓN MINERA.

DESCRIPCION:

La siguiente propuesta investigativa tiene como fin determinar los mecanismos de protección de los derechos atribuidos a las comunidades indígenas sobre su territorio, encontrados en la normatividad colombiana especialmente en la legislación minera. Por lo tanto, en la primera parte del trabajo, se enuncian los principios jurídicos que propugnan por el reconocimiento y protección de los derechos territoriales indígenas. Aunado a lo anterior, en la segunda parte, se analiza el desarrollo normativo de los mecanismos de protección a los derechos territoriales de los pueblos indígenas desde la expedición de la Constitución Política de 1991 e incluso antes de ésta, que evidenció la existencia de una gran cantidad de normas jurídicas que reconocen y protegen los derechos indígenas.

Posteriormente, en un tercer momento, se describen los procedimientos para la constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas, sumados al de delimitación y declaratoria de zonas mineras indígenas que demostraron el trámite lento y tedioso que desde la norma se consagra.

Asimismo, se analiza el Decreto 2333 del 19 de Noviembre del 2014 entendido como una aceptación tácita del gobierno nacional a la inoperancia del trámite administrativo frente a las necesidades actuales de las comunidades indígenas en Colombia.

Por último, se presentan las conclusiones de la investigación en torno a la crítica de la excesiva normativización de los mecanismos de protección que dista en demasía de la aplicación práctica de los mismos, al tiempo que se recomienda dar cumplimiento riguroso a los términos legalmente establecidos sin presentar obstáculos a las solicitudes presentadas por las comunidades indígenas en su afán de hacerse a la protección de su territorio.

* Trabajo de grado

** Facultad de ciencias humanas, Escuela de derecho y ciencias políticas, Director CARVAJAL Luis Raúl. Codirector AGUIRRE Javier.

ABSTRACT

TITLE:

THE MINING LEGISLATION IN COLOMBIA AND HIS IMPLICATIONS IN THE CONSTITUTIONAL PLURALISM: THE MECHANISMS OF PROTECTION TO THE RIGHTS ON THE TERRITORY OF THE INDIGENOUS COMMUNITIES.*

AUTHORS:

GÓMEZ Alarcón, Andrés Eduardo

SÁNCHEZ Mancipe, Miguel Ángel**

KEY WORDS: MECHANISM OF PROTECTION, INDIGENOUS SHELTER, MINING INDIGENOUS ZONE, MINING POLITICS, TERRITORY, MINING EXPLOITATION.

DESCRIPTION:

The following investigative proposal aims to determine the protection mechanisms of the rights attributed to the indigenous communities on their territory, found in the Colombian normativity especially in the mining legislation. Therefore, in the first part of the essay, it is enunciated the legal principles advocate for the recognition and protection of indigenous land rights. United to the previous thing, in the second part, there is analyzed the normative development of the mechanisms of protection to the territorial rights of the indigenous people since the expedition of the Political Constitution of 1991 and before this one, was demonstrated the existence of a big quantity of juridical norms that recognize and protect the indigenous rights.

Later , in a third moment, the procedures are described for the constitution, enlargement, restructurings and sanitation of indigenous shelter, joined to the delimitation and declaration of mining indigenous zones that demonstrated the slow and tedious step that from the norm devotes itself

Also, the Decree 2333 of November 19th, 2014 is analyzed and is understood as a tacit acceptance of the national government to the ineffectiveness of the administrative step opposite to the current needs of the indigenous communities in Colombia.

Finally, the conclusions of the investigation appear concerning the critique of the excessive standardization of the protection mechanisms that are distant in excess of the practical application of the same ones, while it is recommended the strict compliance with the terms legally established without presenting obstacles to applications submitted by the indigenous communities in his emulation to do to the protection of his territory.

* Work degree

** Faculty of human Sciences, School of Law and Politics Sciences. Director CARVAJAL Luis Raúl. Codirector AGUIRRE Javier.

INTRODUCCION

La minería en Colombia no es un tema nuevo ni mucho menos su legislación, sin embargo desde la época del barequeo y el aprovechamiento de pequeñas minas para usufructo de los propietarios y sus familias hasta la fecha, es evidente que se presenta un cambio a nivel social, económico, político e incluso jurídico producto de la avanzada globalizadora y el interés que suscita para el capital extranjero un estado como el colombiano, donde los yacimientos minerales abundan y hay pocas, por no decir que ninguna, empresas nacionales que aprovechen debidamente esta riqueza.

Este cambio, que abarca muchos campos del ser humano como parte de una sociedad, afecta la realización de una práctica social como lo es la “pequeña minería” frente a lo conocido como “locomotora minera” y la legislación que las regula, al presentar vacíos y ambigüedades, por lo tanto, fragilizarse cada vez más. Tan es así, que en la actualidad, a la luz de la Carta Política de 1991 y el establecimiento de principios acordes a un Estado Social de Derecho tales como los llamados Derechos Integrales o Universalidad de Derechos, se presenta un conflicto generado por la colisión de dos principios fundamentales, por un lado, el pluralismo además del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural siendo representado por las comunidades indígenas que aún se conservan en el territorio colombiano, algunas de ellas reconocidas como resguardos y/o reservas indígenas y las comunidades afrocolombianas, al defender su territorio para no ser explotado; y por el otro, el derecho a explotar los recursos mineros con el fin de obtener un lucro personal representado por los grandes capitales extranjeros que deciden invertir en la explotación de los yacimientos minerales del territorio. De lo anterior, y con el fin de dar solución a este choque, el legislativo y el ejecutivo se han encargado de expedir leyes y decretos respectivamente, pero los resultados han devenido que en la actualidad, la ley 685 del 2001 o Código Minero, siga marcando la pauta para la explotación de los recursos mineros dejando como

requisito para las comunidades indígenas, la opción de iniciar el trámite para que se les declare reserva indígena y así poder ser consultados en un trámite donde se soliciten permisos de exploración y explotación minera en sus territorios.

La investigación a realizar busca determinar la incidencia de la llamada “locomotora minera” en la normatividad nacional, cuyo articulado aborde temas relativos a la explotación de recursos naturales en territorios habitados por comunidades indígenas. Con base en este objetivo central, se presenta de gran utilidad esta labor debido a la importancia suscitada en el debate público, de hace algunos años hasta la actualidad, que tienen los derechos constitucionalmente establecidos para las comunidades indígenas frente a los derechos que le hacen parte a los capitales interesados en dichas exploraciones y explotaciones; de ahí, que la repercusión social de estas discusiones, sea el tema tratado por esta investigación, con el fin de presentar otra perspectiva o afirmar alguna que actualmente este planteada con fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinales, entre otros.

Por otro lado, con la presentación de esta investigación se promueve el replanteamiento metodológico que tiene actualmente la academia frente a un tema que conforme a la expansión del derecho como disciplina que posee distintas vertientes, parece ser abordado solamente en cursos de posgrado, y es, la necesidad de que el estudiante de pregrado pueda acercarse a áreas del derecho novedosas o distintas a las que se esgrimen en las escuelas de Derecho, en este caso el derecho minero y el ambiental con la guía de un maestro, que intervenga en su formación como profesional con el fin de que pueda aportar opiniones que den salida a debates como el que se está abordando y que necesitan más compromiso de las escuelas de Derecho a nivel nacional.

1. OBJETIVOS

1.1. GENERAL:

- Realizar un estudio crítico de los mecanismos de protección a los derechos atribuidos a las comunidades indígenas sobre su territorio, que tienen origen constitucional y son desarrollados en la normatividad colombiana.

1.2. ESPECIFICOS:

- Enunciar, los derechos atribuidos constitucionalmente a las comunidades indígenas que sirven de base para la incorporación de mecanismos de protección a su territorio.
- Analizar, el desarrollo normativo que ha tratado aspectos relativos a la explotación de los recursos naturales en territorios habitados por comunidades indígenas, identificando los mecanismos de protección establecidos en la legislación colombiana y que encuentran asidero en la Carta Política de 1991.
- Describir, el procedimiento administrativo a seguir por las comunidades indígenas que habitan el territorio colombiano para constituirse en resguardos indígenas además del trámite para delimitar y declararse zona minera indígena.

2. METODOLOGÍA

La presente investigación es de tipo jurídica, para ello requiere el análisis documental de los diferentes libros, sentencias, códigos y demás elementos que nos ayuden a complementar y lograr el análisis de la teoría jurídica que nos encaminamos a desarrollar.

2.1. ETAPA 1: ANÁLISIS Y ARQUITECTURA DE LA INFORMACIÓN

2.1.1. METAS, OBJETIVOS Y PÚBLICO DEL PROYECTO.

El primer paso del proceso de investigación es comprender una imagen global de la minería en lo que respecta a la explotación de los recursos, así como las comunidades indígenas y su contexto socio cultural. Para ello debemos conocer:

- Los conceptos claves del marco conceptual
- Metas y Objetivos estratégicos
- Recursos disponibles
- Limitaciones

El análisis de toda esta información marcará el rumbo del Proyecto, unificando las necesidades y expectativas de la investigación.

La identificación del público es otro pilar fundamental del proyecto, ya que éste es la razón de la elaboración de cualquier producto o servicio. En este punto se busca identificar sus necesidades, capacidades (experiencia y limitaciones), y el uso que harán del mismo (tareas).

2.1.2. IDENTIFICACIÓN DEL CONTENIDO Y NECESIDADES.

Esta etapa de investigación busca identificar todo el contenido funcional para obtener un mapa claro de los conceptos.

2.1.3. ORGANIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN.

Se realizará la organización de la información, con el fin de generar una actividad con categorías o tópicos.

- El contenido: La organización y la estructura que se traza para contener la información.
- La utilización: Las categorías temáticas y las rutas de acceso que el público querrá encontrar.
- La usabilidad: La facilidad de uso para el usuario en específico y la tarea en particular

2.2. ETAPA 2: DISEÑO DE POSTURAS

Siguiendo las pautas de la Identidad de conceptos, y en consonancia con los lineamientos generados en la etapa de la organización de la información, se llevará a cabo el diseño de dichas posturas, dando forma y coherencia al contenido expuesto, generando recorridos cognoscitivos que permitan una correcta lectura de la información.

2.3. ETAPA 3: DESARROLLO DE LA INVESTIGACION

Esta etapa lleva adelante la construcción de los argumentos en el lenguaje más simple. Por lo que, minimiza los errores y mejora el tiempo de comprensión.

Poseemos 2 funciones claves para los desarrollar la investigación:

1- ¿Cómo debe entenderse la investigación?

2- ¿Cómo será su estructura?

2.4. ETAPA 4: DOCUMENTACIÓN

La implementación de las distintas etapas requiere que éstas estén avaladas y documentadas. Por tal razón, se lleva a cabo por medio de informes manuales.

3. MARCOS DE REFERENCIA

3.1. MARCO DE ANTECEDENTES

La investigación a realizar busca determinar la incidencia de la llamada “locomotora minera” en la normatividad nacional, cuyo articulado aborde temas relativos a la explotación de recursos naturales en territorios habitados por comunidades indígenas. Con base en este objetivo central, se presenta de gran utilidad esta labor debido a la importancia suscitada en el debate público, de hace algunos años hasta la actualidad, que tienen los derechos constitucionalmente establecidos para las comunidades indígenas frente a los derechos que le hacen parte a los capitales interesados en dichas exploraciones y explotaciones; de ahí, que la repercusión social de estas discusiones, sea el tema tratado por esta investigación, con el fin de presentar otra perspectiva o afirmar alguna que actualmente este planteada con fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinales, entre otros.

En un primer momento, serán presentados los trabajos de grado recopilados y la importancia que representan para la investigación. Así las cosas, en la Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho de la Universidad Industrial de Santander, fue trabajada la tesis, “ANÁLISIS SUSTANCIAL Y PROCESAL DE LOS REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL PEQUEÑO MINERO PARA QUE MEDIANTE LA FIGURA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN, LE SEA PERMITIDA LA EXPLOTACIÓN AURÍFERA EN UN ÁREA DETERMINADA”, por Diego Fernando Durán Salazar y Oscar Enrique Moreno Anaya, a través de la cual se abordaron temas importantes para nuestra investigación, tales como: un marco conceptual utilizado comúnmente en el argot del derecho minero, tales como, la

denominación legal de “pequeño minero”, desde la entrada en vigencia de la Ley 685 del 2001; el contrato de concesión y los requisitos propios de la persona natural o jurídica que desee explotar oro en el área determinada; requisitos que debe cumplir el pequeño minero en lo referente a la sostenibilidad del medio ambiente y los planes de manejo ambiental. Sin embargo, la investigación a realizar está orientada a la explotación minera por parte de las grandes multinacionales, las políticas mineras que en la actualidad fundamentan la vigencia de la Ley 685 del 2001, y los mecanismos de protección que ofrece la legislación colombiana para las reservas indígenas en cuya área de asentamiento se encuentran yacimientos minerales.¹

De igual forma, en esta misma institución, también fue trabajada la tesis, “LA EXPLOTACIÓN MINERO AURÍFERA ILEGAL EN EL SUR DE BOLÍVAR COLOMBIANO; ANÁLISIS EN EL DISTRITO MINERO DE SANTA ROSA”, por Jeisson Sulficar Rey Quijano, donde se tocó la siguiente temática: el desarrollo y en el contexto por medio del cual se entienden los procesos de las características de la explotación del oro, técnicas y modalidades de explotación, el barequeo, moto bombeo y chorreo, dragas de succión, aluvión mecanizado, pequeña minería de veta así como los sistemas jurídicos que regulan la explotación del oro en Colombia².

¹DURÁN SALAZAR, Diego Fernando; MORENO ANAYA, Oscar Enrique. Análisis sustancial y procesal de los requisitos que debe cumplir el pequeño minero para que mediante la figura del contrato de concesión, le sea permitida la explotación aurífera en un área determinada. Bucaramanga, 2012, 142 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho.

²REY QUIJANO, Jeisson S. La explotación minero aurífera ilegal en el sur de bolívar colombiano; análisis en el distrito minero de Santa Rosa. (2002-2008). Bucaramanga, 134 p, 2008, trabajo de grado (Abogado), Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política.

En este orden de ideas, siguiendo la línea establecida para esta investigación, es necesario hacer referencia a las Revistas más importantes del país en referencia al tema en cuestión. Por ende, encontramos en la Revista de Estudios Socio Jurídicos de la Universidad del Rosario N° 1 (Enero – Junio del 2008), se destaca el artículo que lleva por nombre “EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA NACIONAL EN COLOMBIA. EL DEBATE DE LA COORDINACIÓN”, cuyo autor fue Carlos Rueda Carvajal, donde se logra abordar los elementos configurativos para el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, conforme al artículo 246 de la Constitución Nacional de Colombia, desde un perspectiva doctrinal y jurisprudencial, para analizar cómo ha sido su reconocimiento dentro del sistema judicial nacional, teniendo en cuenta la ausencia de una la ley de coordinación entre estas dos jurisdicciones. Del mismo modo, determinar cuáles son los derechos de las comunidades indígenas como sujetos colectivos de derechos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional³.

Dentro del mismo año de publicación de la revista anteriormente mencionada, en la edición N° 2 (Julio – Diciembre del 2008), encontramos el artículo que versa sobre la “EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN”, escrito por Clara Quintero Garay, el cual ofrece aportes significativos para nuestra investigación, a saber, el establecimiento de la línea histórica respecto al desarrollo del contrato de concesión minera en la legislación colombiana. Con este objetivo, siempre fue un debate la propiedad del subsuelo y por medio de este artículo se logra analizar el antes y el después de la Ley 20 de 1969, que logró determinar en qué condiciones se era propietario del subsuelo y cuáles eran las pruebas aceptadas para configurar dicho derecho; hasta la actualidad, donde se

³RUEDA CARVAJAL, Carlos E. El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena nacional en Colombia. El debate de la coordinación. En: Revista de Estudios Socio Jurídicos de la Universidad del Rosario. N° 1 (Enero - Junio, 2008); ISSN 0124 – 0579.

entiende la propiedad de las minas a cargo del Estado. De igual forma, este escrito presenta el análisis conceptual del contrato de concesión bajo la mirada profunda de la Ley 685 del 2001 o Código de Minas; indicando que éste es el único que constituye, declara y prueba el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal⁴.

Para el 2010, en la edición N° 2 de la misma revista, se encuentra la siguiente publicación: “LA CONCESIÓN DE AGUAS SUPERFICIALES A LA LUZ DE LA TEORÍA GENERAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO. INCIDENCIA DE LA TRADICIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO PÚBLICO EN EL DERECHO AMBIENTAL”, escrita por Andrés Gómez Rey, en la que se busca determinar las formas en las cuales se presenta atipicidad derivada de la particularidad y la constitucionalización del derecho del medio ambiente, ante la teoría general del acto administrativo. La importancia de los contratos de concesión en la jurisdicción colombiana. Sin embargo, es válido aseverar que este escrito tiene como fin analizar la concesión de aguas superficiales, mientras la investigación a realizar se enmarca en la concesión como contrato en general y los efectos que puede traer consigo la exploración y explotación en territorios otorgados a Reservas indígenas⁵.

Sumado a lo anterior, en la revista PROLEGÓMENOS Derechos y Valores de la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, (Julio – Diciembre del 2011), se publicó el artículo “TIERRA, AUTONOMÍA Y ANCESTRALIDAD, UNA TRIADA DE PODER AL INTERIOR DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN

⁴QUINTERO GARAY, Clara P. Expropiación indirecta en los contratos de concesión. En: Revista de Estudios Socio Jurídicos de la Universidad del Rosario. N° 2 (Julio – Diciembre, 2008); ISSN 0124 – 0579.

⁵GÓMEZ-REY, Andrés. La concesión de aguas superficiales a la luz de la teoría general del acto administrativo. Incidencia de la tradición dogmática del derecho público en el derecho ambiental. En: Revista de Estudios Socio Jurídicos de la Universidad del Rosario. N° 2 (Julio - Diciembre, 2010); págs. 345 – 377. ISSN 0124 – 0579, ISSN 2145 – 4531.

COLOMBIA”, cuyo autor fue Misael Tirado Acero, donde se señala que La Jurisdicción Especial Indígena es el más importante de todos los derechos conquistados por los indígenas colombianos en la Constitución Política de 1991, dado que ésta comienza siendo un marco territorial, al interior del cual se reconoce la práctica autónoma de gobierno, desempeño cultural, y administración fiscal y jurídica. Ciertamente el artículo 7º constitucional reconoce la diversidad cultural del pueblo colombiano, pero no establece la existencia de un sistema paritario, por el contrario, los 18 artículos considerados como “especiales” en razón a su pertinencia para la preservación de las comunidades indígenas, deben guardar absoluta correspondencia con la Constitución que si bien reconoce, protege y preserva la alteridad, lo hace a partir de unos parámetros legítimos que delimitan los niveles de autonomía, para terminar haciendo efectiva una condición de dependencia tanto a la sociedad mayoritaria como al propio Estado⁶.

Continuando las referencias que nos servirán de utilidad en el presente escrito, los informes y textos de los especialistas no son algo que pase desapercibido, por consiguiente, el texto de María C. Galvis, llamado “EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS – LA SITUACIÓN DE BOLIVIA, COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ”, para el Due Process Of Law Foundation, hace referencia a la elaboración de un informe que, partiendo del derecho internacional de los derechos humanos, analiza la situación actual del derecho a la consulta previa en cuatro países de la Región Andina: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. El presente estudio es el producto de la solicitud hecha por la OXFAM al DPLF, y tuvo como objetivo principal, además de ilustrar sobre los obstáculos normativos y prácticos para la vigencia del derecho a

⁶TIRADO ACERO, Misael. Tierra, autonomía y ancestralidad, una triada de poder al interior de la jurisdicción especial indígena en Colombia. En: PROLEGÓMENOS Derechos y Valores, Ph.D, Director Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales. Facultad de Derecho Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, Bogotá, D.C. Volumen XIV - No. 28 - Julio - Diciembre 2011 - ISSN 0121-182X, editorial: Bernardo Vanegas Montoya, Ph.D.

la consulta previa en los cuatro países, ser un insumo que promueva el debate sobre el derecho a la consulta y al consentimiento, su contenido y alcance, su realidad y obstáculos así como la necesidad urgente de contar con mecanismos para que los pueblos indígenas y tribales no sólo sean partícipes de las decisiones que afectan sus derechos sino artífices de su progreso como propietarios reales y -en muchas ocasiones- ancestrales de las tierras en las que habitan⁷.

También, es válido mencionar el escrito de César Rodríguez Garavito, con apoyo de la Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, denominado “JUSTICIA GLOBAL 2: LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS. LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL”, donde se trabajan las fuentes de derecho internacional sobre la consulta previa, los estándares de los órganos del sistema de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la Asamblea General de las Naciones Unidas; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC); Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas; el Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas. También, los temas fundamentales de la consulta previa en el derecho internacional; el alcance territorial de la consulta, tierras, territorios y pueblos indígenas, Derechos y deberes con respecto a las tierras y los territorios, Deberes del Estado respecto a la protección de tierras y territorios, Derechos sobre los recursos naturales; las situaciones en las que debe realizarse la

⁷ GALVIS, María C. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas – La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. DPLF. Washington D.C., 2006; 24 págs. T: 202-462-7701 | F: 202-462-7703.

consultas; los participantes; el procedimiento y los efectos de la consulta previa; por último, aborda las reparaciones por violaciones a este derecho⁸.

Asimismo, el informe dirigido por Luis Guillermo Guerrero Guevara, para el CINEP/Programa por la Paz, de nombre “MINERÍA, CONFLICTOS SOCIALES Y VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA”, aborda algunos de los conflictos sociales que emergen en el proceso de convertir a Colombia en un país minero, situación que enfrentan también otros países de América Latina y el Caribe. La conflictividad exige mostrar los alcances de las formas de resistencia social a partir de la movilización social contra la minería, señalar violaciones a los derechos humanos que se presentan en zonas mineras, las dinámicas de reconfiguración de territorial y, por último, mostrar los cambios en la política y la institucionalidad minera en el nuevo rol del Estado. Se abordan en este documento algunos conflictos del sector minero-energético: el petróleo, el oro y el carbón, por los altos riesgos ambientales, sociales y de exacerbación de la violencia por el control de los recursos. El Estado es el llamado a tratar, a su debido tiempo, los grandes problemas que genere “la denominada locomotora minero-energética” como base del crecimiento económico, pues se avecinan unos conflictos de mayores proporciones en la lucha por el control del negocio de la minería. No basta con afirmar que se excluyan zonas del país de la minería o legalizar la minería informal, tampoco basta con enarbolar un no rotundo a la explotación minera cuando, es un hecho que, avanza con la ausencia de control y de una pertinente participación estatal⁹.

⁸RODRÍGUEZ GARAVITO, César et al. JUSTICIA GLOBAL 2: La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Bogotá D.C.; Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 2010. ISSN: 2145-2369.

⁹GUERRERO G, Luis G. et al. Minería, Conflictos Sociales Y Violación De Derechos Humanos En Colombia. CINEP. Programa por la Paz. Bogotá D.C., 2012; 25 págs.

De igual forma, el texto de Sebastián Rubiano Galvis, escrito con el apoyo del Foro Nacional Ambiental, llamado “LA REGULACIÓN AMBIENTAL Y SOCIAL DE LA MINERÍA EN COLOMBIA: COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE REFORMA AL CÓDIGO DE MINAS”, presenta que la normatividad minera en un país mega-diverso como Colombia debería ser coherente con esa realidad. No obstante, la regulación actual de la minería no lo es. El Gobierno ha elaborado un proyecto de ley de reforma al Código de Minas. Este documento contiene un análisis crítico de algunos aspectos de dicha propuesta, especialmente de aquellos relacionados con la regulación ambiental y social de la actividad minera. El análisis muestra que el proyecto, tal y como está planteado, no está acorde con los estándares nacionales e internacionales de protección ambiental y no contribuye a superar el desbalance que hay entre la intención minera y el estado de avance del ordenamiento ambiental del territorio nacional. En este documento se ofrecen alternativas de regulación y se propone una moratoria minera indefinida hasta tanto no se avance sustantivamente en el ordenamiento territorial ambiental, con el fin de que no se sigan perpetuando los perversos impactos ambientales y sociales de una minería sin controles rigurosos¹⁰.

En cuanto, a los trabajos de aprehensión, se destaca el producido por la Directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental, Gloria Amparo Rodríguez, que lleva por nombre “LA CONSULTA PREVIA CON PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES EN COLOMBIA. DERECHO AMBIENTAL”, consiste en una recopilación de algunos de los documentos que ha publicado en los últimos tiempos (los cuales han sido debidamente actualizados) y se refieren en especial al tema de la consulta previa el cual es de gran actualidad por las Implicaciones y grandes confrontaciones que

¹⁰RUBIANO GALVIS, Sebastián. La regulación ambiental y social de la minería en Colombia: comentarios al proyecto de ley de reforma al Código de Minas. Foro Nacional Ambiental. Bogotá D.C., 2012; 16 págs.

se han generado en el ejercicio de este derecho fundamental. En la primera parte de este texto se incluye una breve reseña de los derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. A continuación se hace un análisis sobre la consulta previa como derecho fundamental y los casos en los cuales se aplica. En los textos siguientes se habla del papel de la consulta previa, de la participación y del consentimiento previo, libre e informado, para culminar esta parte, señalando que la consulta no es un simple requisito y los hechos en los cuales se han presentado problemas en su aplicación. Adicionalmente, se presentan casos como el de los U'wa, el del Tratado de Libre Comercio y se trata de profundizar asuntos relacionados con los derechos territoriales de los pueblos indígenas y el tema de la autonomía. Este es un humilde aporte para el debate que no pretende ser la última palabra, todo lo contrario, es un documento dispuesto para incentivar su ampliación, modificación e incluso crítica constructiva porque considero que esta es la función de la academia. En la parte final se ha unificado la bibliografía de los textos originales. El debate hace mucho que está abierto, espero que éste documento ponga un grano de arena adicional y que sirva en algo para que la consulta previa no se siga viendo como un obstáculo para el desarrollo sino para que permita la protección de la diversidad étnica y cultural de nuestra nación¹¹.

Por su parte el libro de Leonardo Gonzales Perafán sobre “EL IMPACTO DE LA MINERÍA DE HECHO EN COLOMBIA”, publicado el año pasado, es de vital importancia para nuestra investigación, debido a la gran cantidad de información que posee sobre los Principales proyectos minero-energéticos proyectados para el territorio colombiano, divisando de igual forma el contenido de la Política minera en Colombia, distinguiendo muy bien la minería ilegal de la minería artesanal, informal o tradicional; ya que muchas veces se trata de confundir estas formas de

¹¹RODRÍGUEZ, Gloria A. La Consulta Previa con Pueblos Indígenas y Comunidades Afrodescendientes en Colombia. Derecho Ambiental. Facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario. Bogotá D.C., 2010; 203 págs.

minería sin tener en cuenta que la artesanal o tradicional es aquella que las comunidades han venido realizando durante décadas y hacen parte de sus prácticas culturales y medios de subsistencia para luchar contra la pobreza¹².

En un enfoque más político que legal es Julio Fierro Morales quien divisa en su libro, “POLITICAS MINERAS EN COLOMBIA”, una visión sobre política minera en Colombia que es el principal aporte del libro donde encontraremos, la institucionalidad minera, la falta de gobernanza, la corrupción y la debilidad de la institucionalidad, Planes y políticas mineras, Los planes de desarrollo minero, Los documentos de política, El Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014, posteriormente el contraste entre Minería y ambiente es de vital importancia para poder conocer la regulación de esta actividad por medio de las Normas internacionales de protección de los Recursos naturales y el medio ambiente, así como la Normativa y jurisprudencia relacionada¹³.

Un tema de vital importancia como lo es la consulta previa, es tratado en el libro: “EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA”, publicado de autoría latinoamericana donde se encuentran, Vladimir Ameller/Diego Chávez (Bolivia) André Fernando (Brasil) Guillermo Padilla

¹²GONZÁLEZ PERAFÁN, Leonardo. Impacto de la minería de hecho en Colombia: Estudios de caso: Quibdó, Istmina, Timbiquí, López de Micay, Guapi, El Charco y Santa Bárbara. Bogotá, D.C., mayo de 2013. Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz- INDEPAZ

¹³FIERRO MORALES, Julio. POLITICAS MINERAS EN COLOMBIA. Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos - ILSA Bogotá, febrero de 2012.

(Colombia) Guisela Mayén (Guatemala) Leticia Aparicio (México) Jorge Panay (Panamá) Mirva Aranda (Perú) podemos contemplar que la parte específica que toca a la consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales es de vital importancia ya que la comprensión general de dicho concepto desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado da una certera comprensión de lo que este derecho representa para los indígenas¹⁴.

Por último, el texto escrito por Jairo Fierro Morales, de nombre “POLÍTICAS MINERAS EN COLOMBIA”, para el Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, hace referencia a la minería como modelo económico a nivel mundial, tanto en Europa como en América (el caso de países como Chile y Perú); aborda otros temas como la minería en Colombia, su historia, la política minera en Colombia, la institucionalidad minera, la falta de gobernanza, la corrupción y la debilidad de la institucionalidad, planes y políticas mineras, los planes de desarrollo minero, los documentos de política, el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014; minería y grupos étnicos, la complejidad cultural de Colombia, cosmogonía, caso Embera, caso Makuna, normativa sobre grupos étnicos y actividad minera aplicable en Colombia, normas internacionales de protección de los derechos de los grupos étnicos sobre las tierras y los territorios asociadas a las actividades extractivas, en particular la actividad minera, contexto normativo nacional, Derecho a la consulta previa y consentimiento libre, previo e informado, la exploración y explotación de los recursos naturales, en particular los mineros dentro de los territorios de las comunidades étnicas, el Código de Minas (Ley 685 de 2001) y aspectos por revisar, conflicto de minería en zonas indígenas, el caso Embera y el cerro sagrado Careperro, riesgos y afectación de la minería sobre derechos sobre tierras y territorios, el caso Makuna, conflicto de minería en

¹⁴PADILLA, Guillermo. Et al. El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina. Bolivia, 2012: editorial Beatriz Cajías de la Vega y Claudia Heins.

zonas de negritudes: La Toma (Cauca) Sentencia T-1045A/10, los desarrollos normativos y la consulta previa: Sentencia C 366 de 2011, conflictos en zonas étnicas¹⁵.

En conclusión, la revisión hecha arroja resultados importantes y útiles para la investigación, teniendo en cuenta, la información recopilada de los proyectos de grado en la Universidad Industrial de Santander y el apoyo que nos ofrecen, la revista de Estudios Socio-Jurídicos del Rosario, el Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derecho Alternativos, entre otros. Consideramos que la búsqueda realizada, permite servir como punto de referencia y de partida para el proyecto que nos ocupa en esta investigación. Por ende, el marco de antecedentes presentado hasta el momento puede llegar a ser de gran utilidad para alcanzar a cumplir los objetivos de la investigación y plantear las soluciones de manera adecuada.

3.2. MARCO TEÓRICO

La minería en Colombia, el conflicto que se suscita entre esta forma económica y los derechos atribuidos a las comunidades nativas de este país, nacieron desde la colonización española; es decir, cuando los conquistadores españoles ocuparon el territorio habitado de la actual Colombia y despojaron de su oro a los indígenas, a comienzos del siglo XVI, se originó y estableció la extracción de los recursos naturales. Cuando finalizó esta etapa, muchos de aquellos se fueron a los ríos y quebradas que los nativos les señalaron, a lavar sus arenas para obtener el preciado metal en sus fuentes naturales. Así se dio origen a la minería en nuestro

¹⁵ FIERRO MORALES, Julio. Políticas Mineras en Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá, 2012; 264 p. ISBN 978-958-8341-38-5.

país. Los gobiernos de la Colonia trajeron la legislación minera que regía en España desde la Edad Media y la impusieron, al menos formalmente, a la actividad minera de estos territorios.

Desde la llegada de los conquistadores ibéricos hasta la fecha, en Colombia se han establecido una serie de políticas de extracción de minerales, tanto así que en el siglo XIX el oro fue el principal producto de exportación, en parte, por el llamado barequeo aprendido desde la época colonizadora. Autores como Gabriel Poveda hace mención de esto de la siguiente manera:

“Durante casi todo el siglo XIX el oro fue el principal producto de exportación y permitió equilibrar nuestra exigua y vacilante balanza de comercio. Este metal, además de la plata y el platino, atrajeron casi desde el comienzo de la República a inversionistas extranjeros que trajeron capital y tecnología (...) Y en 1886, al expedir la Constitución de ese año, el gobierno de Núñez adoptó para toda Colombia el ya antiguo Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia, que fue así el primer estatuto minero de alcance nacional”¹⁶

Por otro lado, con la llegada de un nuevo siglo, sumado a la aparición de las dos grandes guerras que sacudieron el mundo, cuyo fenómeno separador fue la Gran Depresión; se presentaron cambios sociales, en razón al desempleo, las consecuencias de la guerra y demás. De ahí, que el petróleo se convirtió en el mineral más importante del siglo XX. En Colombia, los metales preciosos, como el oro, siguieron siendo el producto a extraer, aunque a finales de éste el carbón tomó el papel protagónico:

Durante los primeros años del siglo XX los metales preciosos siguieron siendo los únicos productos de la minería nacional (...) En 1930 y 1937 aparecieron

¹⁶POVEDA R., Gabriel. La minería Colonial y Republicana. Cinco siglos de variantes y Desarrollos. Bogotá, 2005. Biblioteca Virtual del Banco de la República.

las dos primeras cementeras que iniciaron la explotación de yacimientos de calizas. En 1941 se llegó al punto máximo de producción de oro, que desde entonces entró en un largo periodo de declinación (...) Entre 1950 y 1990 el aporte de laminaería (incluyendo el petróleo) al producto bruto interno del país permaneció por debajo del 5%. En 1971 Estados Unidos liberó el precio en dólares del oro (que era desde 1934 de 35 dólares la onza troy) y la minería de este metal volvió a reanimarse. Y a mediados de los años ochenta comenzó la exportación engrande de carbón de El Cerrejón.¹⁷

La historia de la minería en Colombia, depende en gran medida de la política minera en Colombia. Ésta se ha definido en función de una apuesta de desarrollo minero sustentada en la participación de la industria privada y en una legislación adecuada para dicha apuesta. Desde finales de la década de 1980 se comenzó a reestructurar la institucionalidad minera con el objetivo de adelgazar la labor del Estado en términos de la participación en el negocio minero a través de la liquidación de entidades o de la venta de activos mineros. Para estas fechas se tiene el primer Código de Minas formal expedido, el Decreto 2655 de 1988 publicado en el Diario Oficial n° 38.626, cuyo artículo 1° señaló como objetivos los siguientes:

(...) Este Código tiene como objetivos: fomentar la exploración del territorio nacional y de los espacios marítimos jurisdiccionales, en orden a establecer la existencia de minerales; a facilitar su racional explotación; a que con ellos se atiendan las necesidades de la demanda; a crear oportunidades de empleo en las actividades mineras; a estimular la inversión en esta industria y a promover el desarrollo de las regiones donde se adelante.

Con lo que se deja ver, la puesta en marcha de una economía minera basada en la extracción de los recursos naturales no renovables y el lucro que esto

¹⁷ Ibídem.

significaba para la Nación. Sumado a lo anterior, en esta norma se destacaban los siguientes aspectos:

- Que todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo pertenecían a la Nación y considerados como inalienables e imprescriptibles:

(...) De conformidad con la Constitución Política, todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo pertenecen a la Nación en forma inalienable e imprescriptible. En ejercicio de esa propiedad, podrá explorarlos y explotarlos directamente a través de organismos descentralizados, o conferir a los particulares el derecho de hacerlo, o reservarlos temporalmente por razones de interés público, todo de acuerdo con las disposiciones de este Código¹⁸.

- Se reguló la actividad de la minería con relación a aspectos como la prospección, exploración, explotación y beneficio.
- Se definió el concepto de Título Minero como acto administrativo mediante el cual se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo mineros de propiedad Nacional y se establecieron diferentes clases de títulos mineros, entre los cuales se encuentran las concesiones, las licencias de exploración y los permisos¹⁹.
- Zonas restringidas para actividades mineras, donde se destacan:

(...) **f) En las zonas que constituyen reserva minera indígena, salvo que sin detrimento de las características y condiciones culturales y económicas de los respectivos grupos aborígenes, se puedan adelantar labores mineras por ellos**

¹⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988). Por el cual se expide el Código de Minas. Diario Oficial n° 44.545. Bogotá D.C. Artículo 3.

¹⁹ Ibídem. Artículo 16.

misimos o con su concurso, con la autorización del Ministerio, previo concepto favorable de la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno. (Negrilla fuera del texto original)

Lo que dejaba abierta la posibilidad para explorar y explotar en los territorios indígenas, si ellos lo hacían o con su concurso, es decir, con su concurrencia.

- Que el Estado sería empresario a través del sistema de aporte.

Con la llegada de la década de 1990 el tema minero empezó a ser llamativo respecto de la inversión monetaria por los minerales tales como el petróleo, níquel, carbón y minerales preciosos como el oro y las esmeraldas. Esta forma de ver la economía minera llevo a que en 1997 el gobierno canadiense interviniera en la formulación de políticas y normativa a través del convenio del Ministerio de Minas y Energía y el Canadian Energy Research Institute (CERI). La inconveniencia de este tipo de convenios fue presentada en primera medida por la Contraloría General de la República, al afirmar, según Julio Fierro Morales:

(...) En términos generales este proyecto pretende el fortalecimiento institucional de los ministerios del Medio Ambiente y Minas y Energía y sus entidades adscritas mediante actividades de consultoría y de promoción de transferencia tecnológica.

El principal objetivo del proyecto es el de fortalecer la capacidad institucional de los ministerios del Medio Ambiente y Minas y Energía para que puedan garantizar el cumplimiento de sus funciones dentro de sus respectivos sectores.

Además:

Ayudar en la implementación de reformas institucionales previstas en los sectores de minas, energía e hidrocarburos.

Fortalecer las capacidades institucionales de los ministerios del Medio Ambiente y Minas y Energía en el diseño e implementación de la política,

normatividad y reglamentación medioambiental aplicables a los sectores de minas y energía

Desarrollar una revisión eficiente de regulaciones y procedimientos de conformidad

Desarrollar nexos con organizaciones e instituciones canadienses.²⁰

Lo anterior, permite argüir la necesidad de un país totalmente inversor y fortalecedor de sus entidades como Canadá frente a uno, cuya economía minera estaba en proceso de desarrollo que a cambio de una ayuda externa ofrece condiciones favorables para la inversión en su territorio, como Colombia. De ahí, que en la actualidad, gran parte del capital extranjero cuyo objeto sea la minería provenga del país Norteamericano.

De la concurrencia del CERI, del sector minero y del financiero en la reglamentación, nació un nuevo Código de Minas: la Ley 685 de 2001, la cual generó un cambio en las políticas con respecto a la minería pues establece un país que promocionará y fiscalizará la minería, pero sin la posibilidad de empresas mineras de capital público o mixto. A cambio, los particulares nacionales y extranjeros pagarán una contraprestación económica por el costo de los recursos naturales no renovables denominada regalía, la cual se tasa en función del tipo de material como un porcentaje del valor de mercado. De igual manera, flexibiliza normas con el fin de facilitar la inversión privada y establece la prelación de quien primero solicite el título minero “primero en tiempo, primero en derecho”.

Empero:

(...) una política minera con estrategias en cuanto a la promoción minera en términos de escoger los mejores postores en relación con el pago de regalías ,cuyo esquema es fijo, a establecer el valor estratégico de minerales en términos del desarrollo tecnológico o

²⁰ FIERRO MORALES, Políticas Mineras en Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Op. Cit.

industrial del país y del mundo o con ofertas de encadenamientos productivos; los indicadores de gestión técnica minera, ambiental o social no han sido construidos por la institucionalidad; la gobernanza y la capacidad fiscalizadoras son muy bajas, lo cual lleva a la vieja paradoja colombiana de tener normas pero no la capacidad institucional para hacerlas cumplir.²¹

Por lo anterior, es comparable la normatividad minera en Colombia en el transcurso de su historia, de la siguiente manera:

✓ **Similitudes entre el Decreto 2655 de 1988 frente a la Ley 685 del 2001**

1. Recursos naturales no renovables considerados como inalienables e imprescriptibles.
2. Dentro del Código de Minas actual, se establece que "*(...) propietarios de predios que de conformidad con el artículo 4° del Decreto 2655 de 1988, hubieren inscrito en el Registro Minero Nacional las canteras ubicadas en dichos predios, como descubiertas y explotadas antes de la vigencia de tal decreto, conservarán su derecho, en las condiciones y términos señalados en el presente Código.*"²²
3. Expropiación de minas y canteras a menos que los títulos hayan sido otorgados antes de la vigencia del Decreto 2655 de 1988.
4. Dentro del Decreto 2655 de 1988, se señala la definición de pequeña, mediana y gran minería.

²¹Ibíd. Página 38.

²²COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001). Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n° 45.273. Bogotá D.C. Artículo 9.

5. Respecto a las Zonas restringidas, el Decreto 2655 de 1988 en su artículo 10 hace mención de las mismas, mientras en la Ley 685 se habla de Zonas Reservadas, excluidas y restringidas en el Título Primero; Capítulo III. Aunque este último permite que se realicen trabajos y obras dentro de algunas Zonas protegidas, como por ejemplo:

(...) **f)** En las zonas constituidas como zonas mineras indígenas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código.²³

6. En lo que concierne a la Prospección o exploración superficial, el Decreto 2655 establece lo siguiente:

(...) La prospección preliminar de depósitos minerales por métodos de superficie, es libre en todo el territorio nacional con excepción de las áreas en las cuales están prohibidas o restringidas las actividades mineras de acuerdo este Código. Los propietarios y ocupantes de los terrenos en donde haya de efectuarse, no podrán oponerse, pero podrán solicitar ante el alcalde del lugar, que el prospector caucione previamente los perjuicios que pueda causarles.

Esta actividad comprende, entre otros, métodos de observación con sensores remotos, tales como, los geofísica aérea y radar, así como trabajos de levantamiento topográfico, geológico y geoquímica.

También comprende la toma de muestras en afloramiento, en la cantidad estrictamente necesaria para su análisis.

²³ Ibídem. Artículo 35.

La prospección no confiere ningún derecho o preferencia a obtener posteriormente títulos mineros.²⁴

Mientras la Ley 685, la establece en su Título Primero en similares condiciones.

7. El Decreto 2655 y la Ley 685 en su artículo 238, identifican la figura de la prenda minera, *“(…) con el exclusivo objeto de garantizar el cumplimiento de obligaciones que se contraigan para el montaje y explotación de la zona otorgada, se podrá gravar con prenda el derecho a explotar emanado del título minero. Esta prenda minera requerirá la autorización previa del Ministerio, podrá constituirse por documento privado y sólo producirá efectos desde el día de su inscripción en el Registro Minero”.*²⁵

✓ **Diferencias y Puntos destacables entre el Decreto 2655 de 1988 frente a la Ley 685 del 2001**

1. Mientras para el Decreto 2655, el Título minero era *“el acto administrativo escrito mediante el cual, con el lleno de los requisitos señalados en este Código, se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo mineros de propiedad Nacional. Lo son igualmente, las licencias de exploración, permisos, concesiones y aportes, perfeccionados de acuerdo con disposiciones anteriores”.*²⁶

Para el nuevo Código de Minas, *“(…) únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad*

²⁴ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit., Artículo 14.

²⁵ Ibídem. Artículo 208.

²⁶ Ibídem. Artículo 16.

*estatal, mediante el con-trato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional”.*²⁷

2. En el Decreto de 1988, la exigencia a los extranjeros de tener una sucursal con domicilio en el país o un apoderado general con domicilio y residencia en el país (menor a un año); mientras en la Ley 685 se le exigen términos más extensos.

3. En lo referente a la cesión y gravámenes, el Decreto 2655 de 1988 señala:

La cesión de los derechos emanados del título minero, la constitución de gravámenes sobre los mismos y la subcontratación de la explotación, **requieren permiso previo del Ministerio**. La cesión de los derechos y sus gravámenes, deberán anotarse en el Registro Minero. Si el Ministerio no se pronuncia dentro de los sesenta (60) días siguientes a la presentación de la solicitud, esta se entenderá aceptada. En la cesión parcial de los derechos, cedente y cesionario serán solidariamente responsables de las obligaciones emanadas del título”.²⁸(Negrilla fuera del texto).

Por su parte, la Ley 685 del 2001 señala; *“La cesión de derechos emanados de una concesión, requerirá aviso previo y escrito a la entidad concedente. Si recibido este aviso dicha entidad no se pronuncia mediante resolución motivada en el término de cuarenta y cinco (45) días, se entenderá que no tiene reparo a la cesión y se inscribirá el documento de negociación en el Registro Minero Nacional”.*²⁹

Cesión parcial, total y de áreas. **Gravámenes, subcontratos y demás no requieren aviso a la autoridad minera.**

²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001), Op. Cit, Artículo 14.

²⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit Artículo 22.

4. La ley 685 del 2001, afirma que los poseedores de título minero con anterioridad a la legislación actual, que dejen de explotar el terreno por 12 meses continuos por causa injustificada, o sea no fundada en caso fortuito y fuerza mayor se le extinguen sus derechos sobre dicho terreno. La providencia que extinga dichos derechos, deberá estar motivada y contra ella procede recurso de reposición³⁰. Mientras, para los concesionarios que suspendan sus actividades no aplica lo mismo³¹.
5. Además, el Decreto 2655 en el Título Segundo, Capítulo III establece, de la licencia de exploración, su duración y su prórroga dependiendo del tipo de minería que sea, prórrogas de máximo 1 año y licencias de máximo 5 años, en base a la cantidad de hectáreas. La solicitud se haría ante el Ministerio de Minas o a quien este delegue. Sumado a esto, señala la Declaración del impacto ambiental, junto con el Informe Final de Exploración y el Programa de Trabajos e Inversiones, el interesado presentará la declaración de impacto ambiental que el proyecto minero pueda causar, con un breve enunciado de los correctivos y medidas que ofrece poner en práctica, para eliminar o mitigar los efectos negativos de la operación extractiva sobre los recursos naturales renovables y el medio ambiente. Esta declaración se hará en formulario diseñado por el Ministerio, de abreviado y fácil diligenciamiento³².
6. En el Decreto de 1988, se da el derecho al interesado, después de evaluado el proyecto y el resultado de la exploración, de acceder a la licencia de explotación si es pequeña minería o contrato de concesión. La licencia de explotación se da por término de 10 años y prorrogable una sola

³⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 del 15 de Agosto del 2001, Op. Cit., Artículo 29.

³¹ Ibídem. Artículo 54.

³² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit., Artículo 38.

vez por un término igual o suscribir el contrato de concesión. Además de esto los trabajos y obras no se toman como tiempo de explotación.

7. Respecto al contrato de concesión, la Ley 685 de 2001 lo asimila a un contrato de adhesión; prueba estar registrado en el Registro minero; área del contrato se otorga por linderos y no por cabida Período de exploración (3 años prorroga de 2 año), período de construcción y montaje (3 años con prorroga de un año) La concesión se puede prorrogar por más de una vez por 30 años a petición del concesionario. En el Decreto se asegura su naturaleza netamente administrativa, distinta a los de obra pública o servicio público, pero conocidos por el Consejo de Estado en única instancia³³.
8. Otro punto destacable del Decreto 2655, lo es el aporte minero, definido como *“el acto por el cual el Ministerio otorga a sus entidades adscritas o vinculadas que tengan entre sus fines la actividad minera, la facultad temporal y exclusiva de explorar y explotar los depósitos o yacimientos de un o varios minerales que puedan existir en un área determinada. Directa o indirectamente por contrato con terceros”*.³⁴ Aporte que no tiene cabida en la actual legislación.
9. El Decreto 2655 de 1988³⁵, en lo que se refiere a las licencias ambientales. Señala las oposiciones administrativas sólo para la autoridad competente en la jurisdicción respectiva, además del titular del derecho minero. En la Ley 685 sólo es la autoridad.

³³ Ibíd. Artículo 61.

³⁴ Ibíd. Artículo 48.

³⁵ Ibíd. Artículo 246.

10. En cuanto a los actos sujetos a registro, la lista era más amplia con el Decreto 2655 de 1988³⁶, que contenía, Las licencias de exploración, las licencias de explotación, los contratos de concesión, los aportes, los subcontratos de explotación que se celebren, en ejecución de los actos antes mencionados, la constitución, reforma y disolución de la sociedad ordinaria de minas, los títulos mineros vigentes, los títulos y providencias definitivas sobre propiedad privada de las minas, los programas de trabajos e inversiones definitivamente aprobados, los gravámenes que pesen sobre el derecho a explorar y explotar o sobre las instalaciones y equipos mineros, las servidumbres mineras, los embargos de los derechos a explorar y explotar, así como cualquier providencia judicial que afecte tales derechos, as garantías constituidas por los exploradores y explotadores y las sanciones que se hayan impuesto, cualesquiera otros actos que normas especiales lo dispongan. Mientras la Ley 685 del 2001³⁷ los redujo a; contratos de concesión; Contrato de exploración y explotación celebrados sobre zonas de reserva, zonas mineras indígenas, zonas mineras de comunidades negras y zonas mixtas; Títulos de propiedad privada del subsuelo minero; cesión de títulos mineros; gravámenes de cualquier clase que afecten el derecho a explorar y explotar o la producción futura de los minerales "in situ"; embargos sobre el derecho a explorar y explotar emanado de títulos mineros; zonas de reserva provisional y de seguridad nacional; autorizaciones temporales para vías públicas; zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas; las reservas especiales de que trata el artículo 31 del presente Código.

11. Por su parte, la Ley 685 aborda la minería ocasional y al barequeo sin necesidad de concesión del Estado, al señalar; *“La extracción ocasional y transitoria de minerales industriales a cielo abierto, que realicen los*

³⁶ Ibid. Artículo 292.

³⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 del 15 de Agosto del 2001, Op. Cit, Artículo 332.

*propietarios de la superficie, en cantidades pequeñas y a poca profundidad y por medios manuales, no requerirá de concesión del Estado*³⁸. Barequeo permitido en algunos casos como cuando haya sido permitido por el alcalde, actividades similares también.

12.El artículo 163 del actual Código de Minas establece una inhabilidad especial; *“Quien haya sido condenado por aprovechamiento ilícito o por exploración o explotación ilícita de recursos minerales quedará inhabilitado para obtener concesiones mineras por un término de cinco (5) años. Esta pena accesoria será impuesta por el juez en la sentencia”*.

13.El Decreto 2655 de 1988, señala cuatro clases de contraprestación económica³⁹, a saber:

- Canon superficiario.
- Regalías.
- Participaciones.
- Impuestos específicos.

El canon superficiario es la suma de dinero que deberán pagar los beneficiarios de licencias de exploración en los términos señalados en este capítulo, siempre y cuando se trate de proyectos de gran minería. Las regalías son un porcentaje sobre el producto bruto explotado que la Nación exige como propietaria de los recursos naturales no renovables, bien directamente o a través de las empresas industriales o comerciales del Estado, titulares de los aportes donde se encuentran las minas en producción. Las regalías podrán exigirse o convenirse para su pago en

³⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001), Op. Cit., Artículo 152.

³⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit Artículo 213.

especie o en dinero, en boca de mina, en plaza o en el sitio de venta o consumo.

Por participación se entienden las contraprestaciones diferentes de los cánones y regalías, que sean convenidas en los contratos de exploración y explotación que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado dentro de las áreas recibidas por estas en aporte. Impuestos específicos, son aquellos establecidos por normas especiales y para determinados minerales.

En referencia a los cánones superficiarios, son definidos por la Ley 685 como similares a las regalías y que sirven de medida en base a las hectáreas, desde un salario mínimo día por hectárea.

14. La Ley 685 en su Título Séptimo, se refiere a la Audiencia y participación de terceros. *“(...) En los casos en que dentro del procedimiento que antecede al contrato de concesión deba oírse previamente a terceros, a representantes de la comunidad y a grupos o estamentos sociales, se buscará que estos reciban real y efectivamente, por los medios apropiados, el llamamiento o comunicación de comparecencia dentro de los términos señalados en la ley”⁴⁰.*

15. Siguiendo con la enumeración de los puntos destacables del articulado normativo del Código de Minas actual. En lo tocante a la Póliza minero-ambiental, se afirma que *“(A)l celebrarse el contrato de concesión minera el interesado deberá constituir una póliza de garantía de cumplimiento, que ampare el cumplimiento de las obligaciones mineras y ambientales, el pago*

⁴⁰ Ibíd. Artículo 259.

*de las multas y la caducidad. En el evento en que la póliza se haga efectiva, subsistirá la obligación de reponer dicha garantía”.*⁴¹

De igual forma, en la Ley 685 las acciones ambientales pueden ejercidas por cualquier persona para modificar, adicionar, rectificar los términos y modalidades de la licencia ambiental⁴².

Otro tema que se abordará en este proyecto de investigación, es la actualidad de los grupos étnicos en Colombia frente a la minería y las políticas mineras. El tema de la relación de los grupos étnicos, su concepción de territorio y las propuestas de desarrollo giran alrededor de las premisas constitucionales y, en particular, del mecanismo de la Consulta Previa.

La Constitución Política de 1991, establece que Colombia “(...) *es un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista*”⁴³. Reconoce la diversidad étnica y cultural como característica fundamental de la Nación, consagrando derechos étnicos, culturales, territoriales y políticos fundamentales para los diferentes grupos étnicos. Establece el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable de las tierras de los resguardos indígenas; establece la titulación colectiva de las tierras ocupadas tradicionalmente por las comunidades negras; reconoce la autonomía y la jurisdicción especial indígena, así como el derecho a ser consultados y a participar en las decisiones que puedan afectarlos. Mediante el voto popular, indígenas y afrocolombianos han logrado su elección al Congreso de la República, asambleas departamentales, alcaldías y a un sinnúmero de concejos municipales en distintas regiones del país.

⁴¹ Ibíd. Artículo 280.

⁴² Ibíd. Artículo 290.

⁴³ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política (20, Julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá D.C., 1991. No. 116. 116 p. Artículo 1.

Particularmente, referente a los derechos atribuibles a los grupos étnicos, los siguientes artículos:

- **Artículo 7.** El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.
- **Artículo 10.** El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.
- **Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
- **Artículo 63.** Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.
- **Artículo 68.** (...) Las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

- **Artículo 70.** El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país.

El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

- **Artículo 72.** El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.
- **Artículo 171.** El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.
- **Artículo 246.** Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.
- **Artículo 286.** Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

- **Artículo 287.** Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:
 1. Gobernarse por autoridades propias.
 2. Ejercer las competencias que les correspondan.
 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
 4. Participar en las rentas nacionales.

Entre otros, establecen el derecho a la propiedad colectiva sobre los territorios tradicionalmente ocupados por estas comunidades, el carácter inalienable de los resguardos y los territorios de comunidades negras, la autonomía de sus autoridades y sus nuevas relaciones con el Estado, donde la participación en la toma de decisiones que los afecten es medular, así como, en el caso de los resguardos indígenas, la asignación de recursos para su fortalecimiento económico y social.

En pro de lo anteriormente señalado, la Corte Constitucional ha establecido al Resguardo indígena como territorio cultural de nuestro país, de la siguiente manera:

(...) Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga "derechos" es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura. En consecuencia, los resguardos son algo más que simple "tierra" y algo menos que "Territorio indígena"; es decir, que no son términos iguales en la conceptualización constitucional, aunque, en una ley de ordenamiento territorial, geográficamente podrían coincidir. Pero, actualmente, todavía no se puede

decir que un resguardo es una Entidad Territorial. Ese carácter de los resguardos permite una calificación diferente a tierra y territorio y es la de "ámbito territorial", que aparece en el artículo 246 de la C.P.⁴⁴

Agregando, en lo referente a la especial protección a los grupos indígenas:

(...) La doctrina y jurisprudencia de la Corte Constitucional en punto a la protección de los grupos indígenas que sirve de marco conceptual a este fallo es la siguiente: (i) para las Comunidades indígenas resulta importante destacar la vinculación estrecha entre su supervivencia y el derecho al territorio como el escenario donde se hace posible la existencia misma de la etnia;(ii) de manera reiterada la jurisprudencia constitucional ha sostenido que del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta; (iii) el Estado colombiano, se encuentra obligado a respetar la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y a contribuir realmente con la conservación del valor espiritual que para todos los grupos étnicos comporta su relación con la tierra y su territorio, entendido este como "lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera."; (iv) que la Ley 31 de 1967, mediante la cual fue incorporado a la legislación nacional el Convenio 107 de 1957 de la OIT, desarrolla ampliamente el derecho de estos pueblos a que los Gobiernos i) determinen sus propiedades y posesiones mediante la delimitación de los espacios efectivamente ocupados, ii) salvaguarden sus derechos a utilizar "las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-634 del 30 de Agosto de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-180391. Bogotá D.C. p.19. 25 p. Ver también Sentencia T-009 del 21 de Enero del 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

subsistencia”; y iii) protejan especial y efectivamente sus facultades de utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales.⁴⁵

Además, dentro del articulado de la Constitución Nacional se señala; “(...) *la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial*”⁴⁶, estableciendo las bases para la constitución de Entidades Territoriales Indígenas, lo cual favorece la participación de las comunidades en la creación de un nuevo ordenamiento territorial y ambiental con proyecciones en el manejo de recursos estratégicos, renovables y no renovables, como las tierras, las fuentes hídricas y energéticas, la biodiversidad y los recursos genéticos⁴⁷.

Por lo anterior, es imperativo que los sectores productivos consideren las particularidades de dichos grupos en cuanto a su cosmovisión y relación con el territorio, asimismo es ilustrativo que la Ley Forestal y la misma modificación del Código de Minas hayan sido declaradas inexecutable por falta de consulta previa. Desarrollos posteriores al estudio como las Sentencias T-1045A de 2010 y C-366 de 2011 han sido enunciadas y analizadas por ratificar la necesidad de consulta previa, tanto de proyectos particulares como de leyes o modificaciones de leyes que tengan implicación en el territorio. Por consiguiente, la Sentencia T-1045A del 2010 señala, entre otras cosas, sobre el derecho a la Consulta Previa;

(...) Antes de empezar la exploración y explotación de un proyecto minero que se encuentre en territorio de las comunidades étnicas minoritarias, se debe desarrollar la consulta previa respectiva con las comunidades que puede ser

⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-433 del 23 de Mayo del 2011. M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo. Expediente T-2918340.

⁴⁶ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991, Op. Cit., Artículo 329.

⁴⁷ FAJARDO, Darío. Tierra, poder político y reforma agraria y rural. En: Cuadernos Tierra y Justicia, n. 1. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá, 2002.

o llegar a ser afectadas por dicho proyecto; ii) deberá estar aprobado el estudio y expedida la licencia ambiental respectiva, para poder iniciar los trabajos y obras mineras; iii) la autoridad minera deberá tener en cuenta y decidir sobre el derecho de prelación que les atañe a esas comunidades étnicas, de acuerdo con la ley. En el asunto objeto de estudio, se encuentra demostrado que existe un añejo nexo entre el territorio y la supervivencia cultural y económica de la comunidad afrocolombiana allí asentada. Además, la violación del derecho a la consulta sobre proyectos de explotación de recursos naturales, también conlleva la conculcación de otros derechos del pueblo afectado, tales como la autonomía e integridad cultural y social y, eventualmente, la propiedad. Ese territorio ha sido puesto en riesgo porque el proyecto, que tiene una duración prevista en 10 años, prorrogables otros 10, puede incrementar los daños ambientales usualmente consecuenciales a la minería, con mayor afectación a las fuentes hídricas de la zona, contaminación del aire, producción de residuos sólidos y deforestación, incrementándose el desequilibrio ecológico que tan gravemente afronta la humanidad. Frente al consentimiento libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones, en el caso bajo estudio no existió, porque no se informó de dicho proceso y el señor Héctor Jesús Sarria “desistió”, de manera que la comunidad afrodescendiente no ha tenido oportunidad de pronunciarse frente al proyecto de explotación aurífera en el territorio que habita. Así, se han venido desconociendo subreglas constitucionales, que son de obligatoria observancia en estos casos e involucran en la consulta previa los principios de buena fe y de consentimiento libre, previo e informado, que deben gobernar el proceso.⁴⁸

Asimismo, afirma que *“(...) este derecho de consulta es susceptible de la tutela constitucional, por cuya vía las comunidades étnicas aludidas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente*

⁴⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1045A del 14 de Diciembre del 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá D.C. p. 51. 58 p.

consultadas, y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias”⁴⁹.

Otra jurisprudencia que se mencionó con anterioridad, es la C-366 del 2011, donde se muestra claramente la postura de este Tribunal frente a la omisión de la Consulta Previa en las concesiones o licencias para la exploración y explotación de recursos naturales, estableciendo las medidas legislativas y administrativas susceptibles de Consulta Previa;

La identificación de las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la ha adelantado la jurisprudencia constitucional en cada caso concreto. Sin embargo, en cada uno de ellos se observa un patrón común, conforme al cual esta afectación se evalúa en términos de qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico. En ese orden de ideas, las decisiones de la Corte han concluido, aunque sin ningún propósito de exhaustividad, que materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada con la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria. A esta materia se suman otras, esta vez relacionadas con la protección del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, en virtud de lo regulado por los artículos 329 y 330 C.P., deberán estar sometidos al trámite de consulta previa los asuntos relacionados con la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas; al igual que los

⁴⁹ Ibídem

aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas; entre ellos la explotación de los recursos naturales en los mismos. Esto último según lo regulado por el parágrafo del artículo 330 C.P. el cual prevé que dicha explotación, cuando se realiza en los territorios indígenas, se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades diferenciadas. Por ende, en las decisiones que se adopten al respecto, el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades.⁵⁰

Otro aspecto que se complementa con lo expuesto en el estudio de Acción Social y OIM es que la discusión minería vs. Grupos étnicos es de agenda global⁵¹. Cerca del 50% del oro producido entre 1995y 2015 provendrá de territorios indígenas. Respecto del consentimiento previo, libre e informado, junto con una visión de desarrollo basada en derechos humanos, fue muy recomendada por la comisión independiente del Extractive Industries Review del Banco Mundial⁵².

Como premisa, es crucial que los representantes de compañías mineras entiendan lo que esto significa. Se requiere identificar y tratar de manera justa con todas las comunidades afectadas desde la propia concepción del proyecto. También significa aceptar el NO a proyectos cuando es ello lo que la comunidad desea.

Por otro lado, para basar esta investigación, es válido afirmar la complejidad cultural. Cuyo aval se establece según el Censo general del 2005⁵³, que señala; en Colombia residen 87 pueblos indígenas identificados plenamente; se hablan 64 lenguas amerindias y una diversidad de dialectos que se agrupan en 13 familias lingüísticas. De acuerdo con los datos de la Organización Nacional Indígena de

⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-366 del 11 de Mayo de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C. p. 27. 122 p.

⁵¹ FIERRO MORALES, Políticas Mineras en Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Op. Cit.

⁵² Ibídem.

⁵³ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos. Bogotá D.C. 2010. 56 p.

Colombia (ONIC) en Colombia hay 102 pueblos indígenas: los 87 reconocidos por el Estado más 12 reconocidos por las organizaciones indígenas y 3 que se auto reconocen como tales. En cuanto a la población afrodescendiente se calcula que equivale al 26% de la población colombiana. También forman parte de esta diversidad étnica los raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia, y el pueblo Rom o Gitanos, que de acuerdo con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística estaban representados en 28.701 y 4.858 personas respectivamente.

Existe un total de 710 resguardos indígenas titulados que abarcan 30.554.254 Ha y equivalen al 27% del área nacional, de los cuales el 70% se encuentran en Zonas de Reserva Forestal a lo largo de 27 departamentos y 228 municipios. Dentro de la población negra o afrocolombiana se pueden diferenciar cuatro grupos importantes: los que se ubican en el corredor del pacífico colombiano, los raizales del Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, la comunidad de San Basilio de Palenque y la población que reside en las cabeceras municipales o en las grandes ciudades.

Para concluir, el marco sobre el cual se desarrollará la investigación, a saber, las políticas mineras, las comunidades indígenas (reservas y resguardos indígenas) y su legislación; y el conflicto que se establece entre ambos extremos, se presenta con una base histórica y teórica relevante. Así pues, es de resaltar que la historia minera de Colombia proviene de la época de la colonia, con la implementación del barequeo como aporte ofrecido por la comunidades indígenas que habitaban el territorio colombiano; el desarrollo posterior que se dio con la extracción de recursos naturales no renovables y minerales como el petróleo y carbón respectivamente, en siglos como el XIX y XX. Además, es de resaltar la llegada de la Carta Política de 1991, la implementación de principios constitucionales en pro de la protección al pluralismo cultural y la locomotora minera haciendo frente a estos principios, el conflicto se ha fortalecido al punto de hacerse cada vez más

importante y controversial. Por lo anterior, este proyecto pretende generar un punto de partida que genere opinión respecto a la temática actual.

3.3. MARCO CONCEPTUAL

Para nuestra investigación es de crucial importancia conocer diferentes conceptos los cuales no solo darán una visión más amplia sino un punto de partida sobre los temas a tratar, es así como definiremos los siguientes conceptos empezando por **MINERÍA**. Gran parte de la economía de un país está dada por la explotación de sus minerales, siendo así que la minería es aquella actividad que permite la obtención selectiva de los minerales y otros materiales de la corteza terrestre. Dependiendo de los diferentes materiales a extraer la minería se divide en metálica y no metálica, la explotación a cielo abierto y subterráneo los métodos a utilizar, esta actividad es una de las más antiguas de la humanidad casi desde el principio de la edad de piedra, lo cual consta de unos 2.5 millones de años⁵⁴, convirtiéndose en la mayor fuente de materiales para la fabricación de herramientas, en sus inicios simplemente implicó una actividad muy rudimentaria. A medida que se transcurrió el tiempo los materiales se combinaron convirtiéndose en la materia prima de gran parte de la evolución humana.

Ya que la actividad realizada por la minería es la extracción de minerales nos pareció pertinente exponer sobre este concepto, siendo que el **MINERAL** es un volumen de la corteza terrestre con una concentración elevada de un mineral o combustible determinado, su ubicación contiene una reserva de dicho mineral o combustible, siendo por ejemplo un metal, el cual se podrá recuperar mediante la

⁵⁴BASTIDAS, Ana Cristina. VALLEJO, Jaime Guerrón. YAMA, Oscar Gerardo. MINERIA AURIFERA EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO. San Juan de Pasto. 2011. Institución Universitaria Cesmag. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas Derecho. Proyecto pedagógico socio jurídico. p. 17.

tecnología del momento con un coste que permita una rentabilidad razonable de la inversión para su extracción, una mina dará beneficios si las ganancias del material que se encuentra en estas es superior a la inversión para obtenerlo.

La **MINA** es la explotación de un yacimiento el cual contiene recursos requiere de un conjunto de labores necesarias para poder completar su extracción, a este conjunto de acciones es a lo que conocemos como mina, también en algunos casos suelen ser las plantas necesarias para el tratamiento del material extraído⁵⁵.

Conceptos como explotación minera, o, simplemente explotaciones son definiciones dadas a las minas, desde la antigüedad hay registro arqueológicos de estas donde encontramos la más antigua conocida como Lion cave (cueva de león) en Suazilandia, Datado hace 43.000 años⁵⁶, las excavaciones del paleolítico en busca de mineral compuesto de hierro, se convirtieron en los primeros avances de los cuales producían un pigmento ocre. Sitios de similar antigüedad se remonta a la época de los neandertales donde se habría extraído el material para fabricar armas y herramientas encontradas en Hungría.

Hay diferentes clases de minas, de las cuales las actividades a realizar para la explotación de los minerales pueden variar dependiendo de la clase de estas entre las que se encuentran la **MINA SUBTERRÁNEA (DESOCAVON)**. El desarrollo de esta actividad se da por debajo de la superficie a través de labores subterráneas, para dichas labores la maquinaria es más pequeña que la utilizada en las explotaciones a cielo abierto, debido al reducido espacio del que se dispone para las operaciones de extracción, los distintos métodos de explotación se dividen en soportados por pilares, soportado por relleno y de hundimiento, Las labores

⁵⁵Ibidem.

⁵⁶BASTIDAS. Op. Cit., p. 20.

características de este sistema de explotación son los: túneles, cavernas, bocamina o emboquille, cuartel, galería, pozo, chimenea, etc.

Para la siguiente clase encontramos las **EXPLOTACIONES AL DESCUBIERTO** esta explotación es utilizada con frecuencia, La principal diferencia entre estas minas y las de cielo abierto es que el material de desecho extraído para descubrir la veta de carbón, en lugar de transportarse a zonas divertido lejanas, se vuelve a dejar en la cavidad creada por la explotación reciente. Por tanto, las minas van avanzando poco a poco, rellenando el terreno y devolviendo a la superficie en la medida de lo posible el aspecto que tenía antes de comenzar la extracción, del equipo empleado en las explotaciones al descubierto es el mismo que el de las minas a cielo abierto, sobre todo el utilizado para extraer el carbón.

MINERÍA POR DRAGADO se da en aguas poco profundas es con toda probabilidad el método más barato de extracción de minerales. Por aguas poco profundas se entienden aguas de hasta 65 m. En esas condiciones se pueden recuperar sedimentos poco compactos empleando dragas con cabezales de corte situados en el extremo de tubos de succión, o con una cadena de cangilones de excavación que gira alrededor de un brazo. La minería por dragado se está modernizando: por ejemplo, en la mina de Kovin, situada en territorio de la antigua Yugoslavia, se emplea una draga para extraer dos capas de lignito y los lechos de grava que las separan, en un lago artificial, junto al río Danubio, creado para este fin. Se prevé que en el futuro se introduzcan más dragas de este tipo, que permiten una extracción selectiva y precisa. La minería oceánica es un método reciente. En la actualidad se realiza en las plataformas continentales, en aguas relativamente poco profundas. Entre sus actividades están la extracción de áridos, de diamantes (frente a las costas de Namibia y Australia) y de oro (en diversos placeres de todo el mundo). Ya se ha diseñado y probado la tecnología para

realizar actividades mineras en fondos marinos profundos. A profundidades de hasta 2.500 o 3.000 m hay conglomerados de rocas ricas en metales denominadas nódulos de manganeso por ser éste el principal metal que contienen. En los nódulos también hay cantidades significativas de otros metales, entre ellos cobre y níquel. La tecnología de dragado para su recuperación está ya disponible, aunque ese tipo de actividades se encuentra en fase experimental hasta que las condiciones económicas y políticas las hagan factibles.⁵⁷

Por último encontramos la **MINERÍA A CIELO ABIERTO** esta actividad industrial consiste en la remoción de grandes cantidades de suelo y subsuelo, del cual se extrae el mineral, la remoción de material puede darse en magnitudes gigantescas comparado con el material removido, la utilización del cianuro es indispensable para este tipo de explotación, sustancia altamente venenosa, pero ayuda para la recuperar de los metales del resto de material removido, Como parte del proceso, se cavan cráteres gigantescos que llegan a tener 150 hectáreas de extensión y hasta 200 metros de profundidad. Para extraer 0.01 onzas de oro, las compañías mineras necesitan remover y destruir una tonelada (2 mil libras) de suelo.⁵⁸

Dentro de la actividad minera también encontramos quienes realizan esta actividad de manera informal, la **Minería Informal** Es toda actividad minera que tiene características de la minería ilegal, sin embargo, quienes la realizan han iniciado el proceso de formalización, además estas actividades se realizan en zonas autorizadas para la actividad extractiva.

⁵⁷ BASTIDAS,. Op. Cit., p. 26.

⁵⁸ Ibídem.

Formas rudimentarias y menos elaboradas de extracción se fueron dando en donde **EL BAREQUEO** se convierte en la actividad que se manifiesta en el lavado de arenas por medios manuales sin ayuda de ninguna maquinaria o medios mecánicos, con el objeto de separar y recoger metales preciosos contenidos en dichas arenas. Esta actividad es una forma típica de minería informal reconocida históricamente por la normatividad minera colombiana.

De acuerdo con el artículo 155 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), el barequeo se entiende como el lavado de arenas por medios manuales, sin ayuda de maquinaria o medios mecánicos y con el objeto de separar y recoger metales y piedras preciosas y semipreciosas contenidos en dichas arenas.

Adicionalmente, el artículo 12 de la Ley 1382 de 2010 (Ajustes al código de Minas) complementa la definición de barequeo, en el sentido que se considera legal el barequeo consistente en extracción de materiales de arrastre, siempre y cuando se realice con herramientas no mecanizadas y con una extracción que no supere un volumen de 10 metros cúbicos por área, por longitud de rivera de 200 metros.

Otra parte importante de nuestra investigación se refiere a lo que involucra a las comunidades indígenas con la explotación minera, por ende definiremos los siguientes conceptos, el **RESGUARDO INDÍGENA** se convirtió en una institución legal y sociopolítica, se origina en América por la colonización española, donde se conforma una comunidad amerindia en un territorio reconocido, regidos por un estatuto especial autónomo, conformando un título de propiedad colectiva o comunitaria, manteniendo sus pautas y tradiciones culturales propias de su ancestralidad.

El imperio colonial se basó en la utilización del trabajo del indio y luego de las negritudes, siendo esta la forma de lograr la fuerza laboral para la extracción del oro y la plata, el resguardo se caracteriza por la asignación de tierras, la

originalidad de dicho sistema consistía en que se quedaba vedada la venta de tierras sobre el área respectiva, dándose una forma sui-generis sobre su tenencia, la corona española fue motivada también a la formación de los resguardos, al deber mantener agrupados a los aborígenes para una mejor explotación de su trabajo, manteniendo la tributación que debía entrar a las arcas.

Por el año de 1596 datan las primeras asignaciones de tierras para la constitución de resguardos, estos debían pagar a los encomenderos y doctrineros las llamadas “demoras” así como sufragar los demás tributos a la corona los cuales se efectuaban en dinero, servicios personales y trabajo, del siglo XVII en adelante, las preferencias de los pagos se constituyeron en mercancías, (frutas, aves de corral, huevos, maíz, papa, algodón, ganado, lo mismo que mantas y telas en general).

Las diferentes funciones de los resguardos para la época fueron a) impedir el cruce de los grupos étnicos; b) mantener a disposición la mano de obra indígena, y c) garantizar la percepción de las contribuciones a la Corona. La realidad es que en la práctica la figura de propiedad indígena no era más que una figura ficticia, pues aun cuando se consideraban tierra de indios, la propiedad se mantenía en cabeza del rey español.

El cacique era en cabeza de quien se hacía la asignación de tierras para su uso y tenencia, siendo esta de carácter colectivo, para cada pueblo, de esta manera se podía controlar el trabajo de los indios y el pago de tributos, por tales acciones a el cacique se le rodeó de prerrogativas, quedando como administrador de los bienes de la corona en cada resguardo, además de ciertas concesiones como: a) se le permitía el uso de una tierra para él; b) se le dispensaba el título de Don; c) tenía licencia para consumir productos de España solo destinados a los blancos; d) podía vestir a la castellana, y e) lo más importante, gozaba de los mismos honores.

La figura del resguardo indígena, logro dotar de ciertos privilegios a los territorios donde habitan, que conforme con lo consagrado en la convención 169 de la OIT es necesario respetarlos y protegerlos con el fin de garantizar la pervivencia de nuestros pueblos indígenas.

De manera provisional la **RESERVA INDÍGENA** fue una forma de adjudicación en la que se daba al indígena el derecho de usufructo mientras se sometía el territorio a la conformación de las Unidades Agrícolas Familiares (UAF), para su titulación individual, en algunos casos las reservas indígenas se entendieron como formas definitivas de adjudicación o de reconocimiento territorial y que no pretendían disolver el régimen comunal, asimilándose a los resguardos, por tal razón para 1980 la situación se aclaró para convertir las reservas en resguardos indígenas.

Un concepto más global a tocar son las **COMUNIDADES INDÍGENAS** las cuentan con propias costumbres, usos y cosmovisiones, entendiéndose como la forma de ver la vida y entenderla, teniendo una ancestralidad que los posiciona como los primeros propietarios y pobladores de la tierra, Colombia cuenta con aproximadamente 87 comunidades indígenas, donde a partir de la constitución de 1991 Colombia se consagro como un país multicultural y diverso, dichas comunidades conservan nuestro patrimonio cultural intangible y tangible, las lenguas propias, las culturas y nuestros pobladores.

Deferentes mecanismos de protección hacen parte del sistema que cobija a las comunidades indígenas, entre estos encontramos a la **ZONA MINERA INDÍGENA** la cual consiste en señalar y delimitar zonas mineras en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones

especiales del Capítulo XIV del Código de Minas sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.

Los recursos naturales en los territorios indígenas están plenamente reconocidos y protegidos por la comunidad internacional haciendo imposible la facultad de declarar una zona minera indígena sin que se consulte tal decisión con los posibles afectados, como lo exigen las normas “podría vulnerar de manera irremediable las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, cultural, social y económico” y deja al arbitrio de la administración la calificación sobre cuáles zonas “son dignas de protección especial” en las que la exploración y explotación del suelo y subsuelo deberán ajustarse a las disposiciones especiales que versan sobre protección y participación de comunidades y grupos indígenas.

El territorio es parte fundamental de la vida en comunidad para los indígenas, **EL TERRITORIO COLECTIVO** para las comunidades indígenas, es núcleo fundamental para el desarrollo de su cosmovisión y demás derechos atribuidos por el llamado bloque de constitucionalidad. Tanto así que el territorio forma parte de su desarrollo físico y cultural, conservando cada parte del mismo como legado cultural de sus antepasados.

Una figura jurídica se crea tomando por nombre **CONSULTA PREVIA** siendo este el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación. Se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la

medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. La Sentencia SU-039 de 1997 señaló los parámetros para la realización de las consultas previas con los grupos étnicos del país y en ella encontramos importantes aportes para la protección y garantía de los derechos de las comunidades.

La Corte Constitucional dejó claro en esta jurisprudencia, que la **CONSULTA PREVIA** se constituye en un derecho fundamental cuando manifestó que:

(...) la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación.

Y continúa la Corte Constitucional:

De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.

Ahora bien, otro derecho que es necesario mencionar es el **DERECHO DE PRELACIÓN** por medio del cual las comunidades étnicas tendrán preferencia para obtener títulos de concesión para explorar y explotar los minerales que están en una zona minera indígena o de comunidades negras.

Dentro de estas zonas también pueden realizar minería las personas que no hagan parte de estas comunidades indígenas o negras, siempre y cuando estas comunidades no hayan hecho uso del derecho de prelación.

Para finalizar este esbozo conceptual, es preciso puntualizar la función social y ecológica que debe conservar al tenencia de sus territorios por parte de la comunidad indígena, la **FUNCION SOCIAL Y ECOLOGICA** creada a partir de la constitución de los resguardos indígenas, así como cualquier cambio que concierne a estos, debe propender por un interés superior que busque mantener y fortalecer el factor social así como el factor ecológico; en este afán, el Ministerio de Ambiente es el encargado de pronunciarse si la función ecológica de la propiedad sobre los terrenos del resguardo se están cumpliendo conforme a los usos, costumbres y cultura que le son propios, enviando el informe a los cabildos o autoridades tradicionales con la finalidad de que se llegue a un acuerdo respecto de la forma en la que debe resarcirse y de las medidas que deban tomarse.

4. CAPÍTULO I – LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS QUE FUNDAMENTAN LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN A SU TERRITORIO

En Colombia, a partir de la expedición de la Constitución Política en 1991 se dio un giro social, económico y cultural en lo que se refiere al establecimiento del pluralismo y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural dentro del territorio nacional además del mejoramiento de los postulados económicos que habían sido desarrollados en anteriores Cartas Políticas con el fin de que la legislación posterior regulara aspectos de la propiedad privada y el capital. Por otro lado, la política minera fue concretándose hasta llegar a materializarse en norma jurídica.

Así pues, para el entendimiento de la evolución y respectivo reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, dentro del primer capítulo habrá que traer a colación los Derechos Económicos, Sociales y Culturales DESC, refiriendo su definición, aplicabilidad y la relación con estas comunidades; para luego abordarse los postulados originarios de los diferentes derechos con los que cuentan las comunidades indígenas, en relación con su territorio.

4.1. LOS DESC – DEFINICIÓN Y APLICABILIDAD.

La diferenciación de los Derechos Humanos realizada en principio por Karel Vasak en la Conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo del 1979⁵⁹, distinguió tres generaciones, a saber: Derechos Humanos de Primera Generación, o Derechos Civiles y Políticos; Derechos Humanos de Segunda Generación o Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y Derechos Humanos de Tercera Generación, o los Derechos de la Solidaridad o de la Fraternidad. No obstante, desde esta categorización o clasificación, se han desarrollado nuevas posturas sobre los mismos, razón por la cual hoy en día se

⁵⁹ MURCIA Riaño, Diana Milena. La naturaleza con derechos: Un recorrido por el derecho internacional de los derechos humanos, del ambiente y del desarrollo. Quito D.C.: Aurora Donoso Game, 2012. p. 14. 132 p.

habla de la integralidad de los derechos fundamentales. Como se mencionó anteriormente, un tema que atañe a la investigación se relaciona con los denominados DESC, por lo que será relevante presentar un concepto de los mismos.

4.1.1. ¿QUÉ SON LOS DESC?

La definición de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sido precedida por numerosos debates, debido a que por una parte se consideran como orientaciones de la acción de los Estados para el buen vivir, y por otra, se consideran como Derechos Humanos, lo cual permite exigirlos de manera política y jurídica. Por esto, la primera postura,

(...) corresponde a la perspectiva neoliberal que les quita su condición de derechos y los redefine como normas programáticas cuyo cumplimiento está condicionado por el crecimiento económico, lo que no les permite a las personas su exigencia inmediata. La segunda postura por su parte los define como verdaderos derechos humanos, necesarios para que los individuos tengan la garantía de que podrán disfrutar de sus libertades civiles y políticas⁶⁰.

De lo anterior, se puede afirmar que los DESC se refieren a aspectos fundamentales en la vida de las personas, tanto individuales como colectivas, tendientes al desarrollo de condiciones básicas de la dignidad humana como la posibilidad de tener un nivel de vida adecuado. Dentro de éstos, se encuentran derechos como la educación, la vivienda, la alimentación, la salud, el trabajo y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, entre otros. Estos derechos ostentan un valor intrínseco, en la medida en que no pueden ser otorgados ni

⁶⁰ CORTES NIETO, Johana del Pilar., et. al. La Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. En: Revista de Estudios socio-jurídicos de la Universidad del Rosario. Abril, 2007. Número 9. p. 109 – 141.

vedados a la persona, sino que por el contrario, afirman la libertad de decisión que tienen para elegir el tipo de vida que desean tener sin que existan limitaciones para que ésta sea digna, permitiendo las condiciones fundamentales para la satisfacción de las necesidades básicas.

4.1.2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LOS DESC

En este sentido, puede afirmarse que existen cuatro aspectos fundamentales que debe asegurar un Estado para garantizar la realización de los DESC, los cuales son trabajados directamente por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales o CESCR en las observaciones generales para cada derecho. Las características son denominadas las 4-A, es decir:

Asequibilidad: se refiere a que el Estado debe garantizar la disponibilidad de los recursos necesarios para la realización de los derechos.

Accesibilidad: se refiere a la garantía de acceso a los derechos en igualdad de condiciones y sin discriminación. Hay tres tipos de accesibilidad que deben garantizarse, la primera, se refiere al acceso a los derechos sin discriminación de algún tipo (raza, condición de clase, condición sexual); la segunda, tiene que ver con la accesibilidad en términos materiales, es decir, que exista infraestructura necesaria y adecuada para que las personas puedan acceder a sus derechos; y la tercera, se refiere al acceso económico, y plantea que no pueden existir limitaciones para la satisfacción de los derechos con base en la disponibilidad o no de recursos económicos por parte de las personas.

Aceptabilidad: tiene que ver con que las medidas o los contenidos adoptados para garantizar un derecho sean acordes con las creencias y costumbres de las personas y no atenten contra éstas.

Adaptabilidad: en este aspecto se debe procurar que la prestación de un derecho siempre respete y busque satisfacer los intereses de su titular⁶¹.

4.1.3. RELACIÓN DE LOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA QUE CONSAGRAN O GUARDAN ARMONÍA CON LOS DESC

Ahora bien, en lo que se refiere exclusivamente a Colombia, José Alvear Restrepo desglosa de manera clara en la Constitución Política de 1991, los artículos que poseen correlación con los Derechos Económicos Sociales y Culturales, de la siguiente manera:

La Constitución Nacional ha reconocido, de manera expresa algunos de los DESC con rango constitucional. Se han incluido expresamente en la carta política los derechos de educación (art 67, 54 y 70 C.N), a la salud, agua, saneamiento ambiental y servicios domiciliarios (arts 49, 366 y 368 C.N), derecho de asociación sindical (art 38 C.N), derecho a la seguridad social (Arts 44, 46, 48 C.N), Vivienda (art 51 C.N), trabajo (arts 25, 53 y 54 C.N) Derecho a la Huelga (art 56 C.N), protección a la familia (art 42), recreación, deporte y tiempo libre (art 52). Se ha definido una protección especial a grupos especiales, tales como: personas con debilidad manifiesta, por su condición económica, física o mental o por condiciones de vulnerabilidad (art 13), infancia, (art 44), adolescentes (art 45), tercera edad (art 46), disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art 47 y 54), mujer (art 43), trabajadores agrarios (art 64), indígenas (art 68) y comunidades negras (art 55 transitorio)⁶².

⁶¹ Ibíd., págs. 80-81.

⁶² URIBE M., Alirio. AGENDA SOCIAL DE PAZ desde la perspectiva de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Citado por URIBE M., Alirio. Los Derechos Económicos Sociales Y Culturales en un mundo globalizado. (En línea). < <http://www.sercoldes.org.co/images/pdf/derechos-economicos-socialesyculturales.pdf> > (Citado en enero de 2015).

Por otro lado, hay pocos mecanismos con los que los Estados de las organizaciones internacionales cuentan para que no se vulneren estos Derechos, aun así el factor que se considera más importante es la política pública que eligen los gobiernos para frenar tal violación. De ahí, que la problemática gire en torno a la exigibilidad del cumplimiento, haciéndose necesario citar un fragmento de la Declaración de Quito, acerca de la exigibilidad y realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en América Latina y el Caribe, realizada el 24 de Julio de 1998, exactamente el párrafo 19 el cual expresa lo siguiente:

“La exigibilidad es un proceso social, político y legal. La forma y medida en que un Estado cumpla con sus obligaciones respecto de los DESC no solamente ha de ser materia del escrutinio de los órganos de verificación del cumplimiento de las normas que los consagran y garantizan, sino que debe abarcar la participación activa de la sociedad civil en esta tarea como una condición sustancial del ejercicio de su ciudadanía. Los DESC son derechos subjetivos cuya exigibilidad puede ejercerse individual o colectivamente”

Siendo así, en la actualidad la exigibilidad para que un Estado cumpla los parámetros expuestos en los DESC se convierte en la herramienta internacional a la cual acudir ante la violación de alguno de los derechos que los conforman. Y es que en la historia, ha sido mucho el desarrollo político-jurídico respecto de la concreción de los postulados que conforman los Derechos Civiles, Sociales y Culturales como se tratará inmediatamente.

4.2. LOS DESC Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

El desarrollo internacional de los derechos de las comunidades indígenas generó que fuera difícil enmarcarlos en una de las tres generaciones de los Derechos

Humanos. Por ende, *“(...) para los indígenas el concepto clásico de derechos humanos no es el idóneo para ellos, debido a que tal figura surgió como una consecuencia de ética individualista”*⁶³, toda vez que *“(...) los derechos humanos surgen en primer lugar como una respuesta frente al Estado; y en segundo lugar, como una protección hacía el ser humano visto como individuo”*⁶⁴.

Ahora bien, dentro del desarrollo histórico de los Derechos Humanos es válido empezar con la proclamación de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, debido a que con ésta se dio el primer paso al reconocimiento de los Derechos Humanos; a tal punto que *“(...) este primer grupo de derechos surgido en Francia, compuesto por los denominados derechos civiles y políticos, es lo que los doctrinarios han considerado como la primera generación de derechos humanos, ubicada históricamente hacía finales del siglo XVIII”*⁶⁵; el curso evolutivo fue de la mano con el hombre y la sociedad, razón por la cual siguió el reconocimiento de los llamados derechos de segunda generación a comienzos del siglo XX(*) y que tuvo como fin *“(...) ampliar los derechos tratando de adecuarlos a las necesidades de aquel tiempo, buscando mejorar las condiciones de vida en el campo, la cultura, etc.”*⁶⁶; con el paso del tiempo, nace una tercera generación de derechos humanos, catalogados como derechos de solidaridad, cuyo fin se refiere al *“(...) derecho que tienen los pueblos para reclamar ciertas prestaciones de la comunidad internacional; considerando entre algunos de estos; el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a la comunicación, el derecho a los recursos materiales entre otros”*⁶⁷.

⁶³ ROMO E., Jorge y ESCALONA, María R. Marco Jurídico de los derechos indígenas en Puebla. En: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [en línea]. N° 4 (Diciembre, 2003). Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/4/pr/pr15.pdf>> [citado el 2 de Noviembre del 2014]. P. 183 – 195. P. 184

⁶⁴ Ibídem.

⁶⁵ Ibídem.

(*) Se puede ver reflejado en la Constitución de México en 1917, de Rusia en 1918 y en la de Weimar de 1919.

⁶⁶ Ibídem.

⁶⁷ Ibídem.

Habiendo analizado de manera breve el desarrollo histórico de las denominadas tres generaciones de DDHH, se hace relevante mencionar que según la postura internacional:

Los denominados derechos de los pueblos indios o derechos indígenas se ubican en el llamado *derecho social*, es decir dentro de la **segunda generación**; lo cual implica el derecho a ser considerados diferentes al resto de la población.

Se puede decir que los derechos humanos de los pueblos indios, llamados también *derechos étnicos*, son derechos colectivos pues se reclaman por una colectividad: el pueblo indígena. Tales derechos cobran cada vez más importancia en el ámbito nacional e internacional; razón por la cual han sido incluidos en diferentes ordenamientos internacionales, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU 1948); (...) el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (Convenio 107 de la OIT de 1957); el Convenio 169 de la OIT (revisor del anterior, de 1989); y otros más.⁶⁸

Hay que hacer la salvedad de que la diferenciación de los derechos humanos en generaciones se encuentra obsoleto, en la medida que los derechos fundamentales no deben clasificarse según su importancia ya que son interdependientes, es decir, que no existen unos derechos humanos más importantes que otros, siendo que todos son igualmente inherentes a la persona humana y deben ser protegidos de manera equivalente; Ello sustentado entre otros, en la Declaración y Programa de Acción de Viena: *“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma*

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 185.

*global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles o todos el mismo peso”.*⁶⁹

En definitiva, el reconocimiento de los diferentes principios y derechos otorgados a las comunidades indígenas a través del tiempo, ha logrado que la apropiación del territorio de estas sea protegida, haciendo notoria la relevancia de la diversidad étnica en el territorio nacional, que ha llevado a crear mecanismos de protección y figuras jurídicas como los denominados resguardos indígenas, zonas mineras indígenas y consulta previa.

4.3. LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN COLOMBIA

Dando continuidad al presente escrito, es útil presentar la definición del concepto *comunidad indígena* con el fin de abordar lo concerniente a los derechos fundamentales constitucionales que le asisten en un Estado Social de Derecho, empezando con la referencia al principio fundamental de ésta para luego hacer énfasis en los derechos constitucionales consagrados para este sujeto colectivo sobre su territorio. De esta forma, la comunidad o pueblo indígena puede ser definido como “(...) *el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes*”⁷⁰.

⁶⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración y programa de acción de Viena: Aprobados por la Conferencia mundial de los Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. [En línea] <http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf> (Citado en enero de 2015).

⁷⁰ COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995). Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a

Así pues, con base en el texto del doctor en Jurisprudencia Frank Semper llamado “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, para enunciar los derechos atribuibles a las comunidades indígenas en Colombia, es necesario acudir a la Constitución Política de 1991 catalogada por algunos juristas como una *Constitución indígena*⁷¹ por la gran cantidad de normas constitucionales que otorgan protección a estos pueblos que habitan el territorio colombiano; los tratados internacionales sobre derechos humanos, firmados y ratificados por Colombia como por ejemplo el Convenio 169 de la Organización Nacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (*) y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas(**); además de la legislación nacional, los cuales conforman el llamado Bloque de constitucionalidad. Dentro del articulado contenido en la Carta, se esclarece como principio fundamental para el reconocimiento de las comunidades indígenas el siguiente:

- **Principio de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural**

Principio fundante de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia que logró materializarse, por lo menos en lo formal, con base en el postulado principal de la ponencia que presentó el exsenador Francisco Rojas Birry ante la Asamblea Nacional Constituyente en Mayo de 1991, a saber, el reconocimiento a la heterogeneidad cultural y la garantía del respeto a los pueblos culturalmente

las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1995. no. 42140. p. 1 – 12. P. 1.

⁷¹ SEMPER, Frank. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006. Tomo II. Montevideo, Uruguay, p. 763. 779 p.

(*) Adoptado el 27 de junio de 1989, en la ciudad de Ginebra, Suiza, durante la Septuagésima Sexta Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Pero, en Colombia hasta el 4 de Marzo de 1991 por medio de la Ley 21 del mismo año se adoptó.

(**) Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 13 de Septiembre del 2007 en Nueva York. En Colombia se adopta esta declaración debido a la figura del bloque de constitucionalidad.

diferentes⁷²; aunado a la presión internacional por parte de organizaciones como la ONU para que Colombia aprobara los Tratados Internacionales que apoyaban el reconocimiento y protección de los pueblos indígenas o tribales en los territorios de los Estados miembros.

Por lo anterior, la Constitución Política de 1991 establece que Colombia es un “(...) *Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista...*”⁷³, por lo tanto “(...) *reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana*”⁷⁴. Postura que explicita la Honorable Corte Constitucional al señalar:

(...) el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana... En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades⁷⁵.

A este propósito, esta corporación afirma que se reconoce la diversidad étnica y cultural al obedecer la “(...) *aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes*

⁷² ROJAS B., Francisco. Los Derechos de los Grupos étnicos. En: Gaceta Constitucional Número 67 del 4 de Mayo de 1991. Bogotá D.C. p. 56 – 57. 103 p.

⁷³ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política (20, Julio, 1991), Op. Cit., Artículo 1.

⁷⁴ *Ibíd.*, Artículo 7°. p. 3.

⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-510 del 18 de Septiembre de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. p. 59. 91 p.

*de los de la cultura occidental*⁷⁶. De igual forma, ha interpretado el reconocimiento de la diversidad de las comunidades como manifestación de la cultura, por ende, de la diversidad étnica y cultural así:

Como manifestación de la diversidad de las comunidades, como expresión de la riqueza humana y social de los pueblos y como instrumento para construir sociedades organizadas que aprenden a manejar sus relaciones adecuadamente, la cultura fue reconocida en la Constitución de 1991 como un pilar fundamental que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado. En efecto, es amplio el conjunto de normas constitucionales que protegen la diversidad cultural como valor esencial de nuestra Nación, de tal manera que dicho bloque normativo, que también se ha denominado por la doctrina como la Constitución Cultural, entiende la cultura como valor, principio y derecho que deben impulsar las autoridades⁷⁷.

En otras palabras:

(...) la existencia de un reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y la protección de las diferentes manifestaciones culturales de la Nación es una expresión de la riqueza humana y social de los pueblos como instrumentos para construir sociedades organizadas y que el proteger la diversidad cultural, es un valor esencial para el reconocimiento de los diálogos interculturales y crear sociedades más organizadas que resuelvan conflictos en sociedades diversas⁷⁸.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural se origina con la definición del concepto *comunidad indígena*, al afirmarse que es un sujeto de derechos

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 del 13 de Septiembre de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. p. 14. 25 p.

⁷⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-742 del 30 de Agosto de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C. p. 15. 24 p.

⁷⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-001 del 11 de Enero del 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá D.C. p. 47. 96 p.

(fundamentales) colectivos y no una acumulación de sujetos de derechos individuales que comparten los mismos derechos o extensivos intereses comunes, tal como lo señala la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional al referir que *“(E)l reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”*⁷⁹; caracterizados por sus estilos tradicionales de vida, por su cultura y modo de vida diferentes a los de los otros segmentos de la población nacional, por ejemplo, la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc., por su organización social e instituciones políticas propias, además de su vida en continuidad histórica en un área determinada, o antes de que otros “invadieron” o vinieron al área. En opinión de la Corte Constitucional:

La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes⁸⁰.

La importancia de la anterior definición radica en la concepción de sujeto individual y sujeto colectivo, para lo cual se hace indispensable anotar:

El sujeto individual, desde el liberalismo, es pensado como racional y como libre y como tal, sujeto de derecho. Así, por ejemplo, como racional y como libre puede creer en la religión que quiera, y el Estado debe protegerle el

⁷⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 del 13 de Septiembre de 1993. p. 14. 25 p.

⁸⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 del 13 de Septiembre de 1993. Bogotá D.C p. 15. 25 p.

derecho a la libertad de culto, pero además de este sujeto individual, Colombia reconoce otro sujeto distinto, esto es, el sujeto colectivo que, en el marco de esta visión y postura, es el que tiene los derechos por lo que sus miembros son sujetos de deberes. Esta perspectiva es la base sustantiva para justificar por qué no pueden ser tratados los indígenas como iguales ante la ley, puesto que como pueblos son sujetos de derecho⁸¹.

Teniendo claro el principio fundante de los derechos atribuibles a las comunidades indígenas, es momento de mencionar los derechos fundamentales que se erigen sobre éste.

- **Los Derechos Fundamentales de las comunidades indígenas**

La comunidad indígena en su calidad de sujeto colectivo posee derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, los tratados internacionales y reconocidos en la jurisprudencia del país que apuntan necesariamente a la conservación de su territorio, la protección a su desarrollo y el fortalecimiento a la comunidad. En este texto sólo serán tocados a profundidad los derechos referidos al territorio de la comunidad indígena, sin embargo no está de más hacer mención de los demás derechos de que son titulares las comunidades indígenas en Colombia.

Partiendo de lo reseñado por la Honorable Corte Constitucional, puede afirmarse que los derechos “centrales”⁸² de las comunidades indígenas son cuatro, es decir:

(...) el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (C.P., artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter

⁸¹ SANCHÉZ B., Esther. Los Pueblos Indígenas En Colombia Derechos, Políticas y Desafíos. Bogotá D.C.: UNICEF, 2003. p. 17. 91 p.

⁸² SEMPER, Frank, Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Op. Cit. p. 766.

pluralista de la nación (C.P., artículos 1° y 7°) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (C.P., artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva (C.P., artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios⁸³.

De manera más explícita, son los siguientes:

- **Derecho a la subsistencia o supervivencia cultural** – Consagrado con base en la protección constitucional a la vida y a no ser sometido a la desaparición forzada. *“Al igual que el derecho a la vida, es el derecho básico de los individuos del que se deriva la posibilidad de ejercer los demás; dentro de los pueblos indígenas sucede lo mismo”*⁸⁴.
- **Derecho a la integridad étnica, cultural y social** – Puede asimilarse al derecho individual a la integridad personal. Del cual nace *“(…) no sólo de la protección a la diversidad y al carácter pluralista de la nación (artículos 1°, 7° y 8° C.P.) sino también, el derecho a la supervivencia cultural, el derecho a la preservación de su hábitat natural, el derecho de la comunidad a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros y la prohibición de toda forma de desaparición forzada (artículo 12 C.P.)”*⁸⁵.
- **Derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad y su naturaleza inenajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable** – Parte del contenido de los artículos 58, 63 y 329 de Carta Constitucional y se genera en razón a la importancia que reviste el territorio

⁸³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-510 del 18 de Septiembre de 1998, Op. Cit. p. 59.

⁸⁴ SANCHEZ B., Los Pueblos Indígenas En Colombia Derechos, Políticas y Desafíos, Op. Cit. p. 20.

⁸⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-973 del 18 de Diciembre del 2009. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo. Bogotá D.C. p. 40 - 41. 70 p..

para las comunidades indígenas, no sólo por la subsistencia de la misma comunidad sino para el desarrollo de su cosmovisión y religiosidad, como lo señala la Honorable Corte Constitucional:

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes⁸⁶.

Por lo anterior,

(...) la Corte declaró que el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de sus territorios es un derecho fundamental que, junto con el principio constitucional de protección de la diversidad cultural y étnica, supone implícitamente el derecho a la constitución legal de resguardos en sus tierras. Este derecho incluye la propiedad colectiva de los recursos naturales renovables y no renovables existentes en sus territorios, excepto los recursos del subsuelo, que, de conformidad con la Constitución, pertenecen al Estado⁸⁷.

Es por lo anterior, que este derecho ostenta el rango de fundamental para la protección del sujeto colectivo de derechos.

- **Derecho a Consulta previa y a la participación en decisiones y medidas que pudiesen afectar a la comunidad indígena** – Se basa en el contenido

⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-188 del 12 de Mayo del 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. p. 6. 11 p.

⁸⁷ OLSEN, Marco Legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, Op. Cit. p. 15.

del artículo 330 de la C.P. además de algunos artículos de la Ley 21 de 1991, entre los que se destacan:

Artículo 6° - 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a). Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b). Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c). Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁸⁸.

Aunado al siguiente:

Artículo 15 - 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

⁸⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 21. (4, marzo, 1991). Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. Bogotá D.C. 1991. p. 15. 50 p.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades⁸⁹.

Por lo que la Corte Constitucional reconoció que un procedimiento de consulta con una comunidad indígena lleva consigo una relación de comunicación y entendimiento entre la comunidad y las autoridades caracterizada por la buena fe y el respeto mutuo e identificó tres elementos esenciales para la validez de un procedimiento de consulta, a saber:

- a)** Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- b)** Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
- c)** Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la

⁸⁹ Ibíd., p. 18 – 19.

comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada⁹⁰.

Es así, como podría darse el cumplimiento a las premisas constitucionales sobre la consulta adecuada a las comunidades frente a un proyecto de exploración y explotación de recursos en los territorios habitados por ellos.

Sin embargo, es válido resaltar la existencia de otro derecho fundamental de las comunidades indígenas, que ha sido tratado por la doctrina y la jurisprudencia de manera diferenciada con los anteriores cuatro debido a carácter de principio-derecho, pero que para el desarrollo de este escrito será abordado como derecho central; éste es el Derecho a la autodeterminación y autonomía.

- **Derecho a la autodeterminación y autonomía de las comunidades indígenas** - Tras la incorporación del principio de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en Colombia y la adopción de los tratados internacionales antes mencionados, fue estipulado el derecho a la autodeterminación y autonomía de los pueblos indígenas bajo la perspectiva del bloque de constitucionalidad.

De esta forma, puede decirse que el nacimiento positivo de este derecho se halla en los artículos 7°, 9°, 286, 287, 329 y 330 de la Constitución Política de 1991 y se ve apoyado por los postulados de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, donde se señala que las

⁹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-039 del 3 de Febrero del 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá D.C. p. 22. 47 p.

comunidades indígenas “(...) tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”⁹¹; y en ejercicio de su libre determinación tienen derecho a “(...) la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”⁹², además de a “(...) conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”⁹³.

Siendo así, el concepto de autonomía debe ser entendido, según el exsenador Francisco Rojas Birry, como “(...) la capacidad de un grupo de darse formas de organización social, económica y política propias, poseer el derecho a designar autoridades propias, diseñar sus relaciones en virtud de sus tradiciones y sus actividades económicas, preservar su lenguaje, poseer formas de educación y salud propias”⁹⁴. Razón por la cual, este principio-derecho goza de protagonismo al acompañar a los cuatro derechos “centrales” mencionados anteriormente, debido a que tanto la subsistencia cultural; la integridad étnica, cultural y social; la propiedad colectiva de la tierra; y la consulta previa se derivan de su existencia y la del principio de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. La autonomía, debe ser sobre el territorio y “(...) describe la autodeterminación sobre una cierta franja territorial delimitable”⁹⁵, al darse en

⁹¹ ONU. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 61/295 (13, Septiembre, 2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas. Nueva York: 2007. Artículo 3°. p. 5. 19 p.

⁹² *Ibíd.*, Artículo 4°. p. 5.

⁹³ *Ibíd.*, Artículo 5°. P. 5.

⁹⁴ SANCHEZ, Enrique et. al. Derechos e identidad: Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá D.C.: Disloque editores, 1993. p. 37. 337 p.

⁹⁵ SEMPER, Frank, Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Op. Cit. p. 772.

(*) Tal como lo señala la Sentencia T-606 del 7 de Junio del 2001, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, donde el juez constitucional dirime el conflicto entre la jurisdicción indígena y la

distintas plataformas tales como la administrativa, fiscal y financiera, e incluso política y jurídica (*), que conlleva a la generación de un concepto que será abordado posteriormente, a saber, el de *resguardo indígena*.

De tal suerte, con la consagración del derecho a la autonomía y autodeterminación de las comunidades indígenas se buscó dotarlas de facultades jurídicas, políticas y administrativas cuyo fin trajera consigo el cumplimiento del principio constitucional de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural. Sin embargo, fue necesario darle cabida a la incorporación de un principio que ampliara en mayor medida el desarrollo de la autonomía y la autodeterminación de las comunidades indígenas dentro de su territorio.

- **El principio de la maximización de la autonomía indígena y minimización de sus restricciones** - Su naturaleza, según lo señala la Honorable Corte Constitucional, surge de la consideración de que sólo con un alto grado de autonomía se hace posible la subsistencia o supervivencia cultural, con lo cual *“(...) puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”*⁹⁶. En efecto, se consagra una regla que:

(...) supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

jurisdicción ordinaria por la presunta violación de la autonomía que les asiste a las comunidades en lo que respecta a la adjudicación de un bien inmueble a un miembro de la comunidad por parte de un juez ordinario en desmedro de la autoridad indígena a la que le correspondía hacerse cargo del caso debido a que se trataba de dos miembros de la comunidad.

⁹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-349 del 8 de Agosto del 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C. p. 8. 25 p.

- a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna).
- b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas⁹⁷.

Ahora bien, es relevante hacer la salvedad de que *“(L)a evaluación sobre la jerarquía de los intereses en juego y la inexistencia de medidas menos gravosas, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad”*⁹⁸. De tal suerte, que para el desarrollo de esta investigación sea de especial importancia enunciar la existencia de limitantes a los derechos pertenecientes a las comunidades indígenas en la colisión con otros derechos que representen un interés de mayor jerarquía. En efecto, así se establece en el siguiente apartado:

La Corte ha señalado que las limitaciones a que se encuentran sujetos los principios de diversidad étnica y cultural y de autonomía de las comunidades indígenas surgen del propio texto constitucional, el cual determina, por una parte, que Colombia es un Estado unitario con autonomía de sus entidades territoriales y, de otro lado, que la autonomía política y jurídica de las comunidades indígenas, es decir, la capacidad para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, puede ejercerse conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando éstos no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Lo anterior determina que, en materia de comunidades indígenas, la Carta Política consagra un régimen de conservación de la diversidad en la unidad⁹⁹.

⁹⁷ Ibídem.

⁹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-523 del 6 de Julio del 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C. p. 50. 158 p.

⁹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-510 del 18 de Septiembre de 1998, Op. Cit. p. 59.

Además, “(...) la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”¹⁰⁰. De tal manera, se “(...) ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”¹⁰¹.

En conclusión, el reconocimiento de los diferentes principios y derechos otorgados a las comunidades indígenas a través de la historia jurídica colombiana se genera en razón a los postulados de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que logran enmarcar dentro de su amplio espectro los intereses del sujeto colectivo denominado comunidad indígena. Bajo este entendido, y desde la consagración de la Constitución Política de 1991, se ha logrado la consolidación de una base teórico-constitucional capaz de soportar la implementación de instrumentos jurídicos que entre otras cosas protejan los derechos territoriales que les asisten a los grupos étnicos existentes en Colombia.

¹⁰⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-510 del 18 de Septiembre de 1998, Op. Cit. p. 61.

¹⁰¹ *Ibíd.*

5. CAPÍTULO II – MECANISMOS DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS SOBRE SU TERRITORIO DENTRO DE LA LEGISLACIÓN MINERA EN COLOMBIA

En Colombia, se ha presentado una evolución jurídica en el campo de la minería respecto del reconocimiento y protección de los derechos atribuidos a las comunidades indígenas sobre su territorio. De ahí, que se hayan establecido instrumentos jurídicos, tales como la reserva y el resguardo indígena, en lo que concierne al reconocimiento de derechos; la figura de la consulta previa desde un punto de vista enmarcado en la protección a los derechos reconocidos; y la denominada zona minera indígena en lo que se refiere a las actividades mineras. En este capítulo se establecerán con claridad los conceptos de reserva indígena, resguardo indígena, consulta previa y zona minera indígena para luego presentar las inclusiones de estos mecanismos de protección a los derechos territoriales de los grupos étnicos en la legislación minera a partir de la Constitución Política de 1991.

5.1. EL TERRITORIO COMO NÚCLEO FUNDAMENTAL

Para empezar esta sección, es necesario reiterar la importancia del territorio colectivo para los grupos étnicos que se hallan en Colombia. El territorio, para las comunidades indígenas, es núcleo fundamental para el desarrollo de su cosmovisión y demás derechos atribuidos por el llamado bloque de constitucionalidad. De tal suerte, que la legislación colombiana ha reconocido los derechos económicos como parte del sistema de desarrollo, es ahí donde la minería en todos sus aspectos aporta en gran medida el aumento en dicho desarrollo para el país, y puede llegar a afectar a las comunidades indígenas que forman parte de la cultura, historia y legado de nuestros antepasados.

Así pues, sumado a lo reseñado en el capítulo anterior, es válido afirmar que el derecho fundamental de los pueblos indígenas al territorio colectivo (o a la

propiedad colectiva del territorio), encuentra fundamento en la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT. De tal manera, que como lo señala la Honorable Corte Constitucional, en “(...) *el orden meramente interno, el derecho a la propiedad colectiva de la tierra o al territorio colectivo se desprende del artículo 329 Superior, que atribuye el carácter de propiedad colectiva al territorio de los resguardos, en armonía con el artículo 58 que ordena proteger todas las formas de propiedad; y el artículo 63 constitucional, que atribuye a los citados territorios las cualidades de inembargables, inalienables e imprescriptibles*”¹⁰².

Por lo tanto, y como se ha venido mencionando en este texto, el carácter fundamental del reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas sobre su territorio goza de sustento constitucional, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la Carta Política de 1991 como se mostrará más adelante. Por lo que, siguiendo con este punto, la misma corporación constitucional se ha encargado de generar una base teórica sólida respecto al derecho de propiedad colectiva que les asiste a las comunidades, tal como se enuncia a continuación:

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.¹⁰³

De lo anterior, se puede inferir que sin el establecimiento de este derecho, los anteriormente mencionados, a saber, identidad cultural y autonomía, son sólo reconocimientos formales. Así pues, la comunidad requiere y necesita para

¹⁰² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-282 del 12 de Abril del 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C. p. 14. 44 p.

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 15.

sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat. De tal manera que es válido ratificar el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios.

De igual forma, con apoyo en la jurisprudencia se puede afirmar que:

Las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son (i) el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; y (ii) la consideración de la ancestralidad como “título” de propiedad. Además, la Corte Constitucional ha enfatizado que (iii) el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto más amplio de ámbito cultural de la comunidad.¹⁰⁴

Teniendo claridad en lo que se refiere a la importancia del territorio colectivo para las comunidades indígenas, se dará continuidad al presente escrito mostrando dos figuras jurídicas relevantes, en primer lugar, el *resguardo*, que se generó desde la época de la Colonia con el fin de diferenciar a los grupos étnicos del resto de la sociedad civil y que hasta la fecha se encuentra vigente habiendo sido modificadas en su contenido; y en segundo lugar, la *consulta previa*, que se estableció tras la expedición de la Carta Política de 1991 con el fin de salvaguardar los derechos de los sujetos colectivos.

5.2. LA RESERVA INDÍGENA Y EL RESGUARDO INDÍGENA COMO FIGURAS DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOBRE EL TERRITORIO

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 15 – 16.

Las figuras de *reserva indígena* y *resguardo indígena* se han establecido en distintas épocas de la historia colombiana como instrumentos jurídicos a favor del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural del país. En la actualidad, la figura que prevalece en la legislación es la de *resguardo indígena*, siendo el objetivo principal del Decreto 2164 del 7 de Diciembre de 1995, por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

- **¿Qué es un resguardo Indígena?**

Esta forma jurídica que busca reconocer los derechos de las comunidades indígenas que habitan Colombia, puede ser definida a partir de la enunciación hecha en la Constitución Política de 1991 en sus artículos 63 y 329, dentro de los cuales se magnifica este concepto al ligarlo directamente con el derecho de estos pueblos al territorio colectivo. El texto constitucional señala lo siguiente: “*Artículo 63 - Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, **las tierras de resguardo**, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, **son inalienables, imprescriptibles e inembargables***”.¹⁰⁵ (Negrilla fuera del texto original).

Con esto, se fortalece el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio al otorgarles el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Del mismo modo, en lo siguiente se menciona:

Artículo 329 - La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

¹⁰⁵ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política (20, Julio, 1991), Op. Cit. Artículo 63.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.¹⁰⁶ (Negrilla fuera del texto original).

Es decir, se le dota a esta figura de un significado tendiente a enmarcar un territorio determinado en favor de la comunidad que lo habite. Ahora bien, en lo que respecta al significado del concepto *resguardo*, será necesario acudir al inciso segundo del artículo 21, Capítulo V, del Decreto 2164 de 1995, que señala que éstos son *“(...) una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio”*¹⁰⁷.

Pese a lo anterior, según el análisis de la doctrina, el trayecto de esta institución a lo largo de la historia colombiana fue tedioso y se caracterizó por la simplificación de la figura, al punto de ser catalogada como tierra o terreno de habitación de los pueblos indígenas.

¹⁰⁶ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política (20, Julio, 1991), Op. Cit. Artículo 329.

¹⁰⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995), Op. Cit. Artículo 21.

5.2.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA FIGURA DEL RESGUARDO INDÍGENA EN COLOMBIA

Partiendo de la opinión doctrinal es viable señalar la existencia de tres grandes fases históricas anteriores a la adopción del Primer Convenio Internacional que trataba temas relativos a los Indígenas, a saber, el Convenio 107 de 1957. Éstas son: la Conquista, la Colonial y la República. La primera, se inició en los primeros años del siglo XVI; la segunda cubre un largo período de casi tres siglos y coexistió durante buena parte del siglo XVI con la conquista; La tercera va hasta los primeros años de la década del sesenta en el siglo XX¹⁰⁸.

Ahora bien, hecha esta división temporal, puede afirmarse que *“(L) a institución de los resguardos se remite al repartimiento español, que era la repartición y asignación de tierras a los indígenas. En los siglos XVII y XVIII no se trazaron límites precisos, sino que se designaba a la tierra según puntos y caminos dentro de cuya superficie debían asentarse los indígenas”*¹⁰⁹. Para entonces, la figura del *resguardo* era cuestión de dominio y propiedad de un territorio comunal que no podía ser enajenable, además de ser ratificada por la existencia de títulos(*); en otras palabras, *“(A)ntes de la independencia, la administración colonial, en el tema económico jurídico, mantuvo una relativa protección a las comunidades indígenas reconociéndoles algunas tierras comunales, llamadas resguardos, institución ésta que formó parte determinante del régimen agrario anterior a la independencia”*¹¹⁰.

¹⁰⁸ ROLDAN O. Roque. Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente. Citado por RODRÍGUEZ, Gloria A. Breve reseña sobre los derechos y la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia. En: En Teoría Constitucional Liber Amicorum en Homenaje a Vladimiro Naranjo. Universidad del Rosario. 2006. ISBN 958-8298-12-1. p. 215. 220 p.

¹⁰⁹ FRIEDE, Juan. El indio en lucha por la tierra. Citado por SEMPER, Frank. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006. Tomo II. Montevideo, Uruguay, p. 768. 779 p.

¹¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-634 del 30 de Agosto de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C. p. 15. 25 p.

(*) Opiniones divididas en la doctrina chocan en lo que se refiere a la importancia del *resguardo* en la época colonial. Es así, como mientras el filósofo, historiador y abogado colombiano Luis Eduardo Nieto Arteta afirmaba que “Los resguardos cultivaban en régimen de indivisión de la propiedad, las tierras que constituyeran su respectivo territorio. Los indios que pertenecían a los resguardos sólo tenían un derecho de usufructo sobre las parcelas que cultivasen. No podían venderlas. Bajo este aspecto, los resguardos son

Ya para finales del siglo XVIII, con el aumento de la población criolla y mestiza se prohibió la constitución de nuevos *resguardos* y los que existían fueron integrados sucesivamente a las parroquias de la población española y criolla.

Posteriormente, tras la independencia de Colombia el 20 de Julio de 1810 y posterior presidencia del libertador, Simón Bolívar; éste se manifestó en el Decreto de Cundinamarca del 20 de Mayo de 1820 expresando su voluntad de “(...) *corregir los abusos cometidos contra la mayor parte de los pueblos naturales de la región que han sido los más vejados, oprimidos y degradados durante el despotismo español*”¹¹¹. De tal manera, la doctrina asevera que el contenido de esta norma abordaba la siguiente temática:

(...) - Ordena que se devuelvan a los naturales, como *propietarios legítimos*, todas las tierras que formaban los resguardos según sus títulos, cualquiera que sea el que aleguen para poseerlas los actuales tenedores (artículo 1°).

- Declara libres de “cargas fundacionales” los resguardos, aunque hubiesen subsistido por tiempo inmemorial, si no han sido aprobadas por autoridad competente (artículo 2°).

- Dispone que, una vez entregados los resguardos en lo que se les haya usurpado, se repartirá a cada familia tanta extensión de terreno cuanto cómodamente pueda cultivar cada una, teniendo presente el número de personas de que conste cada familia y la extensión total de los resguardos.

una unión del trabajo agrícola con la posesión forzosa de la tierra. El indio está sujeto a esa posesión forzosa de las parcelas. No tiene libertad. Está atado a la tierra”; el también historiador colombiano Indalecio Liévano Aguirre opinaba que “(...) eran los resguardos vastas extensiones territoriales concedidas a los pueblos indígenas en propiedad para que habitaran en ellas, las cultivaran, pastaran sus ganados y pudieran atender a las necesidades crecientes del provenir”.

¹¹¹ FIGALLO, Guillermo. Los Decretos de Bolívar sobre los derechos de los indios y la venta de tierras de las comunidades. *En*: Debate Agrario: Análisis y alternativas. Noviembre, 2011. N° 45. Lima, Perú, p. 112. 134 p.

- Ordena que si quedaren tierras sobrantes, deberán arrendarse por remate a los que más dieran con preferencia por el tanto a los actuales poseedores.¹¹²

Sin embargo, en el Congreso de Cúcuta de 1821 se presentaron presiones por parte de sectores dominantes en la búsqueda de disolver los resguardos indígenas, por lo que se rompió la tradición colonial al permitir la repartición de los resguardos y la propiedad privada. Lo anterior, respecto de la repartición, se puede ver reflejado en el artículo 3° de la Ley 1ª del 11 de Octubre de 1821, sobre extinción de los tributos de los indígenas, distribución de sus resguardos y exenciones que se les conceden; donde se establece que “(...) *Los resguardos de tierras asignados a los indígenas por las leyes españolas, y que hasta ahora han poseído en común, o en porciones distribuidas a sus familias sólo para su cultivo, según el reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1820, se les repartirán en pleno dominio y propiedad, luego que lo permitan las circunstancias, y antes de cumplirse los cinco años de que habla el artículo 2°*¹¹³(Negrilla fuera del texto original). Mientras que, frente a la propiedad privada, es válido traer a colación el artículo 6° del mismo compendio normativo, donde se enuncia que “(...) *Entretanto los resguardos continuarán poseyéndose por los naturales bajo las mismas reglas que se han observado hasta ahora; mas en donde haya terreno sobrante, o que sea necesario para el cultivo de las familias, deberá arrendarse para satisfacer la dotación de la escuela de primeras letras y estipendio de los curas, conforme a lo prescrito, o que en adelante se prescriba*¹¹⁴(Negrilla fuera del texto original); en opinión de la Honorable Corte Constitucional, “(...) *con este paso de la propiedad comunal a la propiedad*

¹¹² *Ibíd.*, p. 115 – 116.

¹¹³ COLOMBIA. CONGRESO GENERAL DE LA REPÚBLICA. Ley 1ª (11, Octubre, 1821). Sobre extinción de los tributos de los indígenas, distribución de sus resguardos y exenciones que se les conceden. Cúcuta. 1821. Artículo 3°.

¹¹⁴ *Ibíd.*, Artículo 6°.

*privada, le quita la connotación de territorio a los resguardos y los ubica como simple tierra o propiedad raíz*¹¹⁵.

Años más tarde, la ruptura de la tradición de la propiedad comunal o comunitaria de los indígenas se manifestaría con la expedición de la Ley del 22 de Junio de 1850 y del Código Civil de 1873, que se basó en el Código chileno y que ya había sido adoptado por el estado de Santander y el de Cundinamarca. Prueba de lo enunciado se halla en el contenido de las dos normas, la primera de estas, a saber la Ley 3ª del 22 de Junio de 1850 en su artículo 4º estableció que correspondía a las cámaras de providencia “(...) *arreglar la medida, repartimiento, adjudicación y libre enajenación de los resguardos de indígenas, pudiendo, en consecuencia, autorizar a éstos para disponer de sus propiedades del mismo modo y por los propios títulos que los demás granadinos*”¹¹⁶; por otro lado, el artículo 656 del Código Civil colombiano definió a los bienes inmuebles, fincas o bienes raíces como “(...) *las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Las casas y veredas se llaman predios o fundos*”¹¹⁷ (Negrilla fuera del texto original) demostrando así el cambio cualitativo que se dio en aquella época, cuyo análisis ha generado opiniones divididas en la doctrina respecto de la favorabilidad del mismo (*).

No obstante, mientras en el nacimiento de la época de la República los *resguardos* fueron catalogados como simple tierra, en los inicios del siglo XX la resistencia de

¹¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-634 del 30 de Agosto de 1999, Op. Cit., p. 16.

¹¹⁶ COLOMBIA. SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LA NUEVA GRANADA. Ley 3ª (22, Junio, 1850). Que adiciona y reforma las de 3 de junio de 1848 (1) y 30 de mayo de 1849 (2), orgánicas de la administración y régimen municipal. Bogotá. 1850. Artículo 4º.

¹¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 (26, Mayo, 1873). Ley 57 de 1887, art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. Sancionado el 26 de mayo de 1873. Bogotá D.C. 1873. Artículo 656.

(*) Como el que señala la Corte Constitucional en sentencia T-634 de 1999: “(...) Por ejemplo, Nieto Arteta considera que se amplió el mercado libre de trabajo y los indígenas pudieron ser aprendices y obreros y adquirieron capacidad de compra. Liévano Aguirre, por el contrario, opina que el resquebrantamiento de los resguardos convirtió a los indígenas en arrendatarios y aparceros y que ese despojo de las tierras de los resguardos “fue uno de los hechos mas decisivos en el empobrecimiento y miseria del pueblo colombiano”.

los indígenas a la política estatal demostrada por el relevamiento efectuado por el indígena páez Manuel Quintín Lame entre 1916 – 1917 y la elaboración de un programa de siete puntos que, entre otras cosas, reclamaba la reintroducción y ampliación de las superficies del resguardo¹¹⁸, generó un choque social donde se evidenció que “(...) *el propósito que más se reiteraba en leyes y programas de gobierno, era el de alcanzar la pronta asimilación de los indígenas colombianos al modelo de vida económica, social, política, religiosa y cultural de la mayoría de la sociedad nacional*”¹¹⁹ y que produciría sus frutos en los años setenta, tal como se ve reseñado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-188 de 1993:

En efecto, en la década de los sesenta la política estatal de extinción de resguardos e incorporación de los indígenas a la economía nacional, iniciada desde la disolución de la Gran Colombia -en 1835 se suprimió el Gran Resguardo de Ortega y Chaparral-, fue sustituida por programas oficiales de mejoramiento económico y social de las comunidades indígenas, cambio éste presionado por la creación de diversos organismos internacionales dedicados a impulsar programas de desarrollo para el "tercer mundo".¹²⁰

Con esto, “(...) *Conceptos racistas que anteriormente predominaban en sectores dirigentes y justificaban la liquidación étnica, la expropiación de las tierras indígenas y el aprovechamiento de su fuerza laboral fueron sustituidos por la idea de un proceso de integración paulatino de formas culturales arraigadas a los beneficios de la "civilización"*.”¹²¹

En este contexto se creó la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno por medio del Decreto 1634 de 1960, y se lo otorgó dentro de sus

¹¹⁸ SEMPER, Frank. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006. Tomo II. Montevideo, Uruguay, p. 761 – 779. Página 768.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ, Gloria A. Breve reseña sobre los derechos y la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia. En: En Teoría Constitucional Liber Amicorum en Homenaje a Vladimiro Naranjo. Universidad del Rosario. 2006. ISBN 958-8298-12-1. p. 177-220. P. 196.

¹²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-188 del 12 de Mayo de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. p. 7. 11 p.

¹²¹ *Ibíd.*

funciones la de "(...) estudiar las sociedades indígenas estables como base para la planeación de cambios culturales, sociales y económicos con miras al progreso de tales sociedades"¹²². Un año más tarde, con la expedición de la Ley 135 de 1961 o Ley de Reforma Agraria cuyo fin fue democratizar la propiedad y superar la estructura de tenencia de la tierra bajo las modalidades de latifundio y minifundio, se presenta el primer reconocimiento de las comunidades indígenas en dos de sus artículos. El primero de estos señala:

Artículo 29 - A partir de la vigencia de la presente Ley, salvo las excepciones contempladas en ella, no podrán hacerse adjudicaciones de baldíos sino a favor de personas naturales y por extensiones no mayores de cuatrocientas cincuenta, hectáreas (450 hs.).

El peticionario deberá demostrar que tiene bajo explotación las dos terceras partes al menos, de la superficie cuya adjudicación solicita.

Los que hayan puesto bajo explotación agrícola o ganadera, con anterioridad a la presente Ley, superficies que excedan a la aquí señalada, tendrán derecho a que se les adjudique el exceso, pero sin sobrepasar en total los límites que fija el inciso primero del artículo 2º de la Ley 34 de 1936.

Salvo lo que con respecto a sabanas de pastos naturales se establece en el artículo siguiente, la ocupación con ganados sólo dará derecho a la adjudicación cuando la superficie respectiva se haya sembrado con pastos artificiales de cuyas existencia, extensión y especie se dejará clara constancia en la respectiva inspección ocular.

Así mismo, **no podrán hacerse adjudicaciones de baldíos que estén ocupados por indígenas, sino con el concepto favorable de la División de Asuntos Indígenas.**¹²³ (Negrilla fuera del texto original).

¹²² Ibídem.

¹²³ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 135 (3, Diciembre, 1961). Sobre reforma social agraria. Diario Oficial n° 30691. Bogotá D.C. 1961. Artículo 29.

Con lo que se “(...) condicionó la adjudicación de baldíos en zonas ocupadas por indígenas - que de suyo significaba implícitamente un desconocimiento de la posesión inmemorial de los grupos indígenas de estas áreas - al previo concepto favorable de la oficina de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno”¹²⁴. De manera similar, el artículo 94 hace alusión a las comunidades indígenas, así:

Artículo 94 - El Instituto estudiará, en asocio de las secciones de negocios indígenas de los Departamentos la situación en que desde el punto de vista de las tierras laborables se encuentren la parcialidad indígenas, cooperará en las redistribuciones de que trata el literal g) del artículo 3º de la Ley 81 de 1958, y, si hallare que esta medida no puede solucionar la situación de parcialidades de extensión insuficiente, efectuará las gestiones necesarias para dotar a éstas de superficies adicionales o facilitar el establecimiento de la población excedente.

También el Instituto prestará cooperación a las secciones de negocios indígenas para el cumplimiento de las funciones, y realización de las actividades de que tratan los literales h), i), j), l) ll),m), p) y q) del mismo artículo 3º de la Ley citada, y verificará aportes al Fondo de Fomento Agropecuario de las parcialidades de indígenas, en cuantía que puede exceder la señalada por el parágrafo 1º del artículo 5º de la misma Ley. Para los efectos de este artículo el Instituto podrá hacer uso de las atribuciones de que por esta Ley está investido.

Las funciones de que tratan los artículos 95 y 96 de la presente Ley se cumplirán también en las parcialidades indígenas por el Instituto y éste fomentará en ellas la organización cooperativa de los indígenas conforme a las orientaciones que establezca el decreto reglamentario.

¹²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-188 del 12 de Mayo de 1993, Op. Cit., p. 8.

El Instituto podrá constituir a solicitud de la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno resguardos de tierras en beneficios de los grupos o tribus indígenas que no los posean.¹²⁵

De esta forma, se “(...) *pretendió resolver el problema de la superación del minifundio en las parcialidades indígenas y facultó al INCORA para estudiar la situación socio-económica de las parcialidades con miras a adelantar las reestructuraciones internas, el reagrupamiento de la población de resguardos y eventualmente la ampliación de los mismos mediante la adquisición de tierras aledañas*”¹²⁶.

Para la década de los ochenta, bajo el gobierno del presidente Virgilio Barco, entre 1986 – 1990, se llevo a cabo un programa de devolución de tierras a sus originales moradores a través del Decreto reglamentario 2001 de 1988(*), que entre otras cosas, vino a reglamentar el trámite jurídico para la constitución de los resguardos. Éste, establece en su artículo 1° que: *"El Instituto Colombiano de Reforma Agraria, INCORA, en desarrollo de sus facultades legales y estatutarias y en especial de las que le confiere el inciso tercero del artículo 94 de la ley 135 de 1961, constituirá, previa consulta con el Ministerio de Gobierno, resguardos de tierras en beneficio de los grupos o tribus indígenas ubicados dentro del territorio nacional"*¹²⁷. Dentro del mismo, se crearon dos procedimientos para la constitución de resguardos, sobre terrenos baldíos y sobre predios y mejoras del Fondo Nacional Agrario; esta labor que le fue encomendada al INCORA, actualmente INCODER, se encuentra explicitada por la jurisprudencia, de la siguiente forma:

¹²⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 135 (3, Diciembre, 1961), Op. Cit. Artículo 94.

¹²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-188 del 12 de Mayo de 1993, Op. Cit., p. 8.

(*) El Decreto 2001 del 29 de Septiembre de 1988 se encuentra actualmente derogado por el Decreto 2164 de 1995.

¹²⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2001 (29, Septiembre, 1988). Por el cual se reglamenta el inciso final del Artículo 29, el inciso 3o. y el párrafo 1o. del Artículo 94 de la Ley 135 de 1961 en lo relativo a la constitución de Resguardos Indígenas en el territorio nacional. Diario Oficial n° 38.515. Bogotá D.C. 1988. Artículo 1°.

El trámite de constitución de resguardos se surte a través de varias etapas entre las que se cuentan la iniciación oficiosa o a solicitud de parte, la radicación de la solicitud, la visita a la comunidad interesada, la realización de estudios socio-económicos y jurídicos para determinar la viabilidad de la constitución del resguardo, el concepto del Ministerio de Gobierno, la resolución constitutiva y la publicación y registro respectivos. En cuanto a los estudios socio-económicos y jurídicos, el artículo 6º del decreto fija un término de treinta (30) días para su realización, y precisa que ellos deberán versar principalmente sobre los siguientes puntos: descripción física de la zona; antecedentes etnohistóricos; descripción demográfica; descripción sociocultural; aspectos socioeconómicos; tenencia de la tierra; delimitación del área a constituir como resguardo; estudio de la situación jurídica de propiedad de los terrenos que conforman el resguardo, así como de los documentos que indígenas o terceros ajenos a la comunidad tengan y que les confieran algún derecho sobre el globo del terreno; conclusiones y recomendaciones; y alternativas a la resolución de problemas de tenencia de tierras.¹²⁸

Valga aclarar que el anterior procedimiento, nacido de la necesidad de devolver tierras a sus originales moradores y que actualmente se desarrolla por el INCODER, se presenta muy complejo en la práctica actual tal como lo afirma parte de la doctrina al señalar que “(...) *las trabas burocráticas a la hora de formar una propiedad de resguardo obstaculizan el derecho de propiedad de los indígenas y su derecho a la autonomía, aun cuando la figura jurídica especial fue revaluada por su inclusión en la Constitución*”¹²⁹.

Continuando con la línea establecida, como se expuso más atrás en este escrito, la Constitución Política de 1991 se presentó como un modelo reivindicatorio de los derechos de los indígenas, entre otras cosas, porque constitucionalizó los

¹²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-188 del 12 de Mayo de 1993, Op. Cit., p. 8.

¹²⁹ SEMPER, Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Op. Cit., p. 769.

(*)El carácter de los resguardos permite una calificación diferente a tierra y territorio y es la de “ámbito territorial”, que aparece en el artículo 246 de la C.P.: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su **ámbito territorial**.”

resguardos al declararlos como propiedad colectiva y no enajenable con las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables, pasando de ser más que “tierra” pero menos que “territorio indígena”, es decir, “ámbito territorial”(*), tal como lo señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura. En consecuencia, los resguardos son algo más que simple “tierra” y algo menos que “Territorio indígena”; es decir, que no son términos iguales en la conceptualización constitucional, aunque, en una ley de ordenamiento territorial, geográficamente podrían coincidir. Pero, actualmente, todavía no se puede decir que un resguardo es una Entidad Territorial.¹³⁰

Habiendo realizado un repaso histórico respecto de la figura jurídica del *resguardo*, se hace indispensable para el desarrollo de esta investigación enunciar las normas que han tocado temas relativos al reconocimiento y protección de los derechos de los indígenas con el fin de ampliar el marco jurídico actual.

5.3. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DEL ORDEN INTERNACIONAL QUE VERSAN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

El desarrollo internacional en lo que se refiere al reconocimiento y protección de los derechos de las comunidades indígenas no sólo sobre su territorio sino también en lo que se refiere a los Derechos Humanos, empezó a manifestarse netamente a mediados del siglo XX. Si bien fueron señaladas en el Capítulo anterior algunos de los Convenios Internacionales que priman en la pirámide por la

¹³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-634 del 30 de Agosto de 1999, Op. Cit., p. 18.

defensa de los pueblos indígenas, es válido hacer mención de los siguientes Pactos, Convenciones y Tratados que gozan de gran trascendencia.

TABLA No. 1: DISPOSICIONES INTERNACIONALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado el 16 de Diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, Estados Unidos de América. Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado el 16 de Diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, Estados Unidos de América	Ratificados por la Ley 74 del 26 de Diciembre de 1968, por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”
---	---

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial adoptada el 21 de Diciembre de 1965 por la Asamblea General de la Naciones Unidas.	Ratificada en Colombia por la Ley 22 del 22 de Enero 1981, por medio de la cual se aprueba "La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial", adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2106 (XX) del 21 de diciembre de 1965, y abierta a la firma el 7 de marzo de 1966.
Tratado de Cooperación Amazónica (TCA) firmado en Brasil el 3 Julio de 1978. Se fundamenta en el reconocimiento de los derechos indígenas y en la conservación de los recursos naturales de la cuenca amazónica.	Ratificada en Colombia por la Ley 17 del 22 de Enero 1981, Por la cual se aprueba la "Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres", suscrita en Washington, D.C. el 3 de marzo de 1973.

Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.	Ratificada por la Ley 12 del 22 de Enero del 1991, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe del 24 de Julio de 1992, en Madrid.	Ratificada en Colombia por la Ley 145 del 13 de Julio 1994, por medio de la cual se aprueba el “Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe”.
Convenio sobre la Diversidad Biológica, firmado en la Cumbre de Río el 5 de Junio de 1992.	Ratificado mediante la Ley 165 del 9 de Noviembre de 1994, por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Diversidad Biológica", hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.

Así pues, habiendo enunciado las normas internacionales que directa o indirectamente han versado sobre el reconocimiento y/o protección de los derechos de los indígenas, es también relevante mencionar las normas del orden interno que desarrollaron y aún hoy los hacen, aspectos tendientes a esta misma labor, a saber, la de reconocer y proteger los derechos de las comunidades indígenas en Colombia.

5.4. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DEL ORDEN NACIONAL QUE VERSAN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

En Colombia, un país legalista, han sido muchas las normas jurídicas que a lo largo de su historia han tocado aspectos relativos a las comunidades indígenas, bien sea en lo que se refiere al derechos al territorio o a los demás derechos que se les atribuyen a éstas. A continuación, se hará una descripción cronológica de las principales disposiciones nacionales que, de manera directa o indirecta, hacen referencia a los pueblos indígenas:

TABLA No. 2: DISPOSICIONES NACIONALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Ley 25 del 25 de Junio de 1824 o Ley de División Territorial de la República de Colombia	Dentro de esta norma se señala, por primera vez que se respetarán todas las propiedades de los indígenas.
Constitución Política de Colombia de 1886	Dentro de esta norma se señala, que no podía haber bienes inmuebles que no fueran de libre enajenación (Artículo 37).

Ley 153 del 15 de Agosto de 1887, por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887	Dentro de esta norma se señala en su articulado, que “(...) <i>el Gobierno podrá modificar, por medio de decretos y reglamentos, el derecho común para la resolución y régimen de las tribus bárbaras o salvajes existentes en el territorio de la República atendiendo a sus especiales costumbres y necesidades</i>”.¹³¹
Ley 89 del 25 de Noviembre de 1890, por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada	Esta Ley “(...) establece los resguardos y fija parámetros claros para la defensa de las comunidades indígenas: estabilidad en cuanto a la propiedad de sus tierras, vida legal a los cabildos como entes relativamente autónomos representativos de las comunidades, entre otras cosas”.¹³²

¹³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 153 (15, Agosto, 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diario Oficial 7.151. Bogotá. 1887. Artículo 318.

¹³² RODRÍGUEZ, Breve reseña sobre los derechos y la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia, Op. Cit., p. 208.

Ley 55 de 1905, por la cual se ratifica la venta de varios bienes nacionales y se hace cesión de otros	Dentro de esta norma se ratifica y confirma la declaración judicial y legalmente hecha de estar vacante globos de terrenos conocidos como resguardo de indígenas, así como la venta de ellos efectuada en subasta pública.¹³³
Ley 135 del 3 de Diciembre de 1961	Por esta norma se crea el Instituto Colombiano de Reforma Agraria INCORA y en conjunto con la Ley 4 de 1973 faculta al Instituto para constituir reservas y resguardos indígenas, dando a las comunidades el derecho a la tierra en común conforme a sus usos y costumbres.

¹³³ DNP. Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio. Citado por RODRÍGUEZ, Gloria A. Breve reseña sobre los derechos y la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia. En: En Teoría Constitucional Liber Amicorum en Homenaje a Vladimiro Naranjo. Universidad del Rosario. 2006. ISBN 958-8298-12-1. p. 177-220.

Decreto 812 del 12 d Abril de 1961, por el cual se crea el Instituto Colombiano de Antropología (ICAN)	Esta norma viene a crear una entidad que remplazaría al Instituto Etnológico creado en 1941.
Decreto Ley 88 de 1978 y Decreto 1142 de 1978	Estas normas contemplan la educación bilingüe y bicultural adaptada a la forma de vida de los indígenas; reconoce el pluralismo étnico y establece el derecho de las comunidades indígenas a recibir una educación de acuerdo con sus particularidades socioculturales y económicas.
Resolución 10013 de 1981 del Ministerio de Salud	Esta norma traza una política que busca articular la medicina occidental con la medicina tradicional y establece que los programas de salud en las comunidades indígenas deben adaptarse a su organización, economía, creencias y cultura. El Decreto 1811 de 1990 regula la prestación de servicios de salud a los indígenas del país¹³⁴.

¹³⁴ RODRÍGUEZ, Breve reseña sobre los derechos y la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia, Op. Cit., p. 209.

Resolución 3454 de 1984 del Ministerio de Educación Nacional	Esta norma enmarca los programas de educación nacional dentro de los principios de etnodesarrollo y etnoeducación y estipula que los indígenas diseñen el contenido curricular para los programas que se adelanten en sus comunidades¹³⁵.
Decreto 2230 del 4 de Julio de 1986, por el cual se crea el Comité Nacional de Lingüística Aborigen. El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus funciones constitucionales y de las que le confiere el artículo 1º del Decreto 1050 de 1968	Dentro de esta norma se crea el Comité Nacional de Lingüística Aborigen, presidido por el ICAN, con funciones de asesoramiento al Gobierno Nacional en la formulación de políticas relacionadas con actividades de investigación, difusión, protección, enseñanza, capacitación de expertos en etnolingüística y conservación de las lenguas amerindias existentes en el territorio nacional. De igual forma, el Decreto 2128 de 1992 actualiza las funciones del ICAN.

¹³⁵ Ibídem.

Ley 30 del 18 de Marzo de 1988, por la cual se modifican y adicionan las Leyes 135 de 1961, 1a. de 1968 y 4a. de 1973 y se otorgan unas facultades al Presidente de la República	Dentro de esta norma, se establece que toda entrega de territorio a los indígenas se hará bajo la figura de resguardo. Valga mencionar que esta Ley fue derogada por el artículo 111 de la Ley 160 de 1994.
Decreto 2001 del 29 de Septiembre de 1988 reglamentario de la Ley 30 del mismo año, Por el cual se reglamenta el inciso final del Artículo 29, el inciso 3o. y el párrafo 1o. del Artículo 94 de la Ley 135 de 1961 en lo relativo a la constitución de Resguardos Indígenas en el territorio nacional.	Dentro de esta norma, se establecen claras definiciones de los términos relativos a territorio y organización indígena y contiene el régimen para el trámite de las adjudicaciones o titulaciones a indígenas no sólo de terrenos baldíos sino de los adquiridos por el Estado con el fin de ser entregados a las comunidades. Valga mencionar que fue derogado por el Decreto 2164 de 1995.

Decreto 2655 del 23 de Diciembre de 1988, por medio del cual se decreta el Código de Minas	De gran importancia para la investigación, debido a que versa sobre delimitación de zonas mineras indígenas y el derecho de prelación en favor de los indígenas para la exploración y explotación. Valga mencionar que fue derogado por la Ley 685 de 2001.
Ley 70 del 27 de Agosto de 1993, por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política	Esta norma contiene algunas disposiciones sobre el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva.
Ley 99 del 22 de Diciembre de 1993	Dentro de esta norma, se crea el Ministerio del Medio Ambiente. Se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales y se organiza el SINA y se presentan otras disposiciones de gran relevancia para el tema que enmarca los recursos naturales del territorio colombiano.

Decreto 1088 del 10 de Junio de 1993	Por el cual se regula la creación de las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas.
Ley 115 del 8 de Febrero de 1994	Ley general de educación sobre etnoeducación, relacionada con el Decreto 620 de 2000.
Ley 160 del 3 de Agosto de 1994, por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones	Dentro de esta norma se trata la reforma agraria y desarrollo rural campesino que establece en el capítulo XIV lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas en el territorio nacional. El Decreto 2164 de 1995 reglamenta parcialmente ese capítulo de dicha ley y deroga expresamente los decretos 2117 de 1969 y 2001 de 1994.

Ley 141 del 28 de Junio de 1994	Por medio de esta norma se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones.
Decreto 2663 del 3 de Diciembre de 1994, por el cual se reglamentan los Capítulos X y XIV de la Ley 160 de 1994, en lo relativo a los procedimientos de clarificación de la situación de las tierras desde el punto de vista de la propiedad, de delimitación o deslinde de las tierras del dominio de la Nación y los relacionados con los resguardos indígenas y las tierras de las comunidades negras	Dentro de esta norma se reglamentan los capítulos relativos a los procedimientos de clarificación de la situación de tierras relacionados con los resguardos indígenas y las tierras de comunidades negras.

Decreto 804 del 18 de Mayo de 1995	A través del cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos.
Decreto 1396 del 8 de Agosto de 1996	A través del cual se crea la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y se crea el programa especial de atención a los Pueblos Indígenas.
Decreto 1397 del 8 de Agosto de 1996	A través del cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones.
Ley 387 del 18 de Julio de 1997	Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.

Decreto 1320 del 13 de Julio de 1998	Reglamentario de la consulta previa a comunidades indígenas y negras dentro del proceso para otorgar licencia ambiental.
Ley 649 del 27 de Marzo del 2001, por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia.	El objetivo de esta norma se centra en los derechos políticos de las comunidades indígenas.
Ley 685 del 16 de Agosto del 2001, Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones	Dentro de esta norma se enmarcan los mecanismos de reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas sobre su territorio, sintetizados en la <i>zona minera indígena</i> . .
Ley 691 del 18 de Septiembre del 2001	Reglamenta la participación de los grupos étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia.

Decreto 1220 del 21 de Abril del 2005	Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Valga mencionar que fue derogado por el artículo 52 del Decreto 2820 del 2010.
Decreto 4181 del 29 de Octubre del 2007	Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para el Avance de la Población Afrocolombiana, Palenquera y Raizal.
Decreto 1381 del 25 de Enero del 2010	Por la cual se desarrollan los artículos 7°, 8°, 10 y 70 de la Constitución Política, y los artículos 4°, 5° y 28 de la Ley 21 de 1991 (que aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales), y se dictan normas sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes.

Decreto 2820 del 5 de Agosto del 2010	Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Importante por su vinculación al derecho de consulta previa. Valga mencionar que fue derogado por el artículo 53 del Decreto 2041 del 2014.
Decreto 2041 del 15 de Octubre del 2014	Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Importante por su vinculación al derecho de consulta previa.

De esta manera, habiendo realizado un análisis respecto de las normas que a lo largo de la historia han intentado abordar el reconocimiento y protección de los derechos de las comunidades indígenas, es momento de continuar con este escrito enunciando otra figura que tuvo importancia en la legislación colombiana respecto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio, es decir, la *reserva*. Para luego, explicitar de manera breve y concisa el instrumento jurídico creado con la Constitución para la protección del territorio indígena frente a la expedición de licencias ambientales en favor de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, a saber, la *consulta previa*.

5.5. RESERVA INDÍGENA – CONCEPTO

En Colombia, un tanto a la par con la figura del *resguardo indígena* fue creada otra de similar importancia en lo que se refiere a la propiedad colectiva del territorio con fines de uso y usufructo, tema que nos interesa en esta investigación, pero que a medida que el país fue reconociendo y protegiendo los derechos de las comunidades indígenas sobre su territorio fue siendo transformada en *resguardo*; este instrumento es conocido como *reserva indígena*.

La *reserva indígena*, según el Decreto 2164 de 1995, es “(...) *un globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas que fue delimitado y legalmente asignado por el INCORA a aquéllas para que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros. Las reservas indígenas constituyen tierras comunales de grupos étnicos, para los fines previstos en el artículo 63 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991*”¹³⁶. De igual forma, se caracterizan por “(...) (a) *la asignación de un terreno baldío por parte de una entidad estatal, (b) para que sea usado excluyendo a terceros. (c) Como lo indican la Ley 160 de 1994 y el Decreto 2164 de 1995 las reservas se encuentran protegidas y son inalienables, imprescriptibles e inembargables*”¹³⁷.

Ahora bien, como lo señala la Honorable Corte Constitucional “(A) *diferencia de las reservas indígenas en las que se garantiza el uso y el usufructo en un bien, los resguardos implican la titularidad de la propiedad colectiva en un territorio que es de una parcialidad indígena*”¹³⁸; por lo que aunque esta figura gozó, y lo hace aún, de una especial significación frente al uso y usufructo del territorio habitado por las comunidades indígenas, en la actualidad con el Decreto 2164 de 1995, que tuvo como unos de sus objetivos la conversión de éstas a resguardos, se demuestra el carácter preponderante de la figura del *resguardo indígena* frente a la de *reserva*

¹³⁶ COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995), Op. Cit., Artículo 2.

¹³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-387 del 28 de Junio del 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C. p. 18. 49 p.

¹³⁸ *Ibíd.*

indígena, ya que posteriormente aquéllas servirían de base para las llamadas *zonas de reserva minera* en el Código de Minas o Ley 685 del 2001.

5.5.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA FIGURA DE LA RESERVA INDÍGENA EN COLOMBIA

La *reserva* como instrumento jurídico nació en la legislación colombiana a partir de la expedición de la Ley 135 de 1961, sobre la reforma social y agraria, donde se estableció la posibilidad de crear reservas con destinación específica, como por ejemplo:

Artículo 40 - Podrá también el Instituto, con la aprobación del Gobierno, constituir reservas sobre tierras baldías para destinarlas a colonizaciones especiales de acuerdo con la presente Ley. Las explotaciones que se adelanten sobre tierras reservadas con posterioridad a la fecha en que adquieren esta calidad, no darán derecho al interesado para obtener la adjudicación de la superficie correspondiente sino cuando se hayan realizado de conformidad con los reglamentos de colonización que dicte el Instituto.¹³⁹

Posteriormente, la Ley 160 de 1994, *por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones*, reconoció dentro de su articulado lo mencionado con anterioridad respecto a la protección reforzada de la propiedad indígena al establecer como funciones del antiguo INCORA, hoy INCODER la de “(...) *estudiar las necesidades de tierras de las comunidades indígenas y constituir, ampliar, sanear y reestructurar los resguardos en beneficio de las respectivas parcialidades*”¹⁴⁰. Además, estableció que los bienes que adquiriera el INCORA

¹³⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 135 (3, Diciembre, 1961), Op. Cit., Artículo 40.

¹⁴⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 160 (3, Agosto, 1994). Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se

tendrán como una de sus finalidades “(...) la constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas”¹⁴¹. Señaló que “(...) no podrán hacerse adjudicaciones de baldíos donde estén establecidas comunidades indígenas o que constituyan su hábitat, sino únicamente y con destino a la constitución de resguardos indígenas”¹⁴². Indicó que “(...) constituirá o ampliará resguardos de tierras y procederá al saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad”¹⁴³. Y determinó que “(...) los terrenos baldíos determinados por el INCORA con el carácter de reservas indígenas, constituyen tierras comunales de grupos étnicos para los fines previstos en el artículo 63 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991”¹⁴⁴. Con base en esta norma se expide el Decreto 2164 de 1995, dentro del cual se estableció la necesidad de reestructurar y sanear los resguardo indígenas sumado al objetivo de convertir las reservas indígenas en resguardos, con el propósito de otorgarles mayor reconocimiento y protección a las comunidades indígenas sobre su territorio.

De esta manera, habiendo esbozado el concepto de *reserva indígena* y su diferencia con el concepto de *resguardo indígena* para luego exponer la historia legal de esta figura, se dará paso a la última de las figuras jurídicas encontradas en la legislación nacional de carácter general e incluso en específica, como la legislación minera, a saber, la *consulta previa*.

5.6. CONSULTA PREVIA – CONCEPTO

Los pueblos indígenas poseen el derecho fundamental a su participación en los temas que los afectan directamente, consolidándose este derecho por medio de la

reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n° 41.479. Bogotá D.C. Artículo 12 numeral 18.

¹⁴¹ Ibíd., Artículo 38.

¹⁴² Ibíd., Artículo 69.

¹⁴³ Ibíd., Artículo 85.

¹⁴⁴ Ibíd., Artículo 85 párrafo 5.

consulta previa; es por ello, que cada vez que se vaya a tomar decisiones que pueda afectarles o cuando se pretendan realizar proyectos, o demás actividades dentro de sus territorios, la participación de la comunidad indígena es esencial.

En este sentido, la Corte Constitucional afirma la importancia de la consulta previa, como el mecanismo de participación de las comunidades indígenas en lo que concierne a las decisiones que lleguen a tener una posible afectación, así: *“(...) Se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”*.¹⁴⁵

El Decreto 1320 de 1998 *por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio*, consagra en su artículo 1 que: *“(...) La consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, conforme a la definición del artículo 2o. del presente decreto, y las medidas propuestas para proteger su integridad.”*

Así mismo, en el artículo 2 establece la determinación del territorio así:

La consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo.

¹⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-039 del 3 de Febrero de 1997. M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Bogotá D.C. p. 20. 47 p. La Corte tuteló transitoriamente los derechos de participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U'WA, ordenando que éste sea consultado antes de proferir una resolución de exploración en su territorio.

Se constituye así que la integridad étnica, social económica y cultural de las Comunidades indígenas debe estar asegurada por parte del Estado, siendo la consulta previa el mecanismo encaminado a buscar:

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

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

Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.¹⁴⁶

5.6.1. MANEJO DE LA CONSULTA PREVIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL E INTERNO.

El artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas afirma que: *“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de*

¹⁴⁶ Ibíd. p.22.

*buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.*¹⁴⁷

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT *sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, hace un reconocimiento de los propósitos de estos pueblos respecto al manejo de su vida por medio de instituciones autóctonas y el desarrollo de su identidad en cuanto a su lengua, religión, economía, entre otros, buscando que sean observados y protegidos los derechos fundamentales en igual medida que los del resto de la población.

Como principio básico de este Convenio, se encuentra el de consulta y participación, no sólo en lo correspondiente a proyectos específicos que puedan afectarle, sino *en cuestiones más amplias de gobernanza y participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública.*¹⁴⁸

En su artículo 6 deja claras las pautas que deben seguir los gobiernos al encontrarse ante una situación de posible afectación a los pueblos indígenas. Así pues:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en

¹⁴⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Resolución 61/295. (13, septiembre, 2007).

¹⁴⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio No. 169 de 1989. [En línea] <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>> (Citado en enero de 2015).

instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

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

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.¹⁴⁹

La consulta previa debe sostener una serie de características esenciales, para que pueda cumplir con sus fines de manera completa. De ahí que como primer aspecto la consulta debe darse de buena fe, buscando como único fin la preservación de las características propias de la comunidad; en cuanto al segundo aspecto, el Estado debe reconocer los órganos de representación, resaltando que no cualquiera puede tener la calidad de miembro y por ende representante de la comunidad; y como tercer aspecto, cuando se realice la consulta previa debe ponerse de presente toda la información, de manera completa y comprensible, manteniendo así un tiempo prudencial para que la participación sea coherente con las tradiciones sociales y culturales de la comunidad.¹⁵⁰

¹⁴⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio No. 169 de 1989 SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES 1989. (7, junio, 1989). Ginebra.

¹⁵⁰ RODRIGUEZ, Gloria Amparo. DE LA CONSULTA PREVIA AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO A PUEBLOS INDIGENAS EN COLOMBIA. Bogotá D.C.: GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ S.A.S., abril de 2014. P. 38-39. 308 p. “Así las cosas, según la OIT, que la consulta previa sea efectuada de buena fe y recurriendo a un modo adecuado a las circunstancia, significa que estas deben tener lugar en un clima de confianza mutua. En general, es necesario que el Estado reconozca los órganos de representación y procure llegar a un acuerdo, que lleve adelante negociaciones genuinas y constructivas, que evite demoras injustificadas, que cumpla con los acuerdos pactados y que los implemente de buena fe. Por otra parte, debe garantizar que los pueblos cuenten con toda la información relevante y que puedan comprenderla en su totalidad. También debe otorgar tiempo suficiente para que dichas comunidades organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones tomadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales”

En este sentido es necesario hacer mención de la Reclamación en la que se alega el incumplimiento del Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales 1989 por parte del Gobierno Colombiano, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), ya que el Comité tripartito en informe adoptado por el Consejo de Administración, hizo alusión a la Consulta previa en los siguientes términos:

(...) el concepto de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la exploración o explotación de los recursos naturales comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. Una reunión de mera información no se puede considerar en conformidad con lo dispuesto en el Convenio. Además, el artículo 6 requiere que la consulta sea previa, lo que implica que las comunidades afectadas participen lo antes posible en el proceso, incluso en la realización de estudios de impacto ambiental. Por último, el Comité desea subrayar que, como en este caso, reuniones o consultas llevadas a cabo después del otorgamiento de una licencia ambiental no satisfacen lo dispuesto en los artículos 6 y 15, 2) del Convenio.¹⁵¹

Así pues, la Corte Constitucional en su Sentencia SU-383/03, hace referencia a la Consulta previa en los siguientes términos:

El derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un

¹⁵¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. RECLAMACIÓN (artículo 24) - COLOMBIA - C169 – 2001. [En línea]<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es:NO> (Citado en enero de 2015).

acuerdo. Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizada para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal (...) consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios.¹⁵²

Ahora bien, no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, con el fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia; por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta.¹⁵³

La legitimidad de los pueblos indígenas y de sus integrantes, para demandar la protección constitucional ha logrado pronunciamientos reiterados por parte de la Corte:

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución

¹⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-383 del 13 de Mayo de 2003. M.P. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá D.C. p. 133. 146 p.

¹⁵³ *Ibíd.* p. 62.

hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (C.P. Art. 1 y 7)¹⁵⁴

Es por ello que se corrobora la afirmación "*los pueblos indígenas tienen derecho a defender su integridad cultural sin escindir su existencia colectiva*" realizada por la Corte Constitucional ya que sus integrantes están legitimados a accionar como corresponda, esto:

- i) Debido a que el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, debe facilitarse.
- ii) A causa de que las autoridades están obligadas a integrar a los pueblos indígenas a la nación, asegurándoles la conservación de su autonomía y autodeterminación.
- iii) Porque el Juez constitucional no puede entorpecer el único procedimiento previsto en el ordenamiento para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales la conservación de su derecho fundamental a la diferencia.¹⁵⁵

Además, es necesario mencionar que existen reglas jurisprudenciales generales creadas por la Corte Constitucional, con el fin de que se realice la consulta previa a las comunidades étnicas en lo referente a las medidas legislativas, las cuales son:

- i) La consulta previa constituye un derecho fundamental;
- ii) Existe un claro vínculo entre la realización de la consulta previa y la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas;

¹⁵⁴ Ibíd. p.66.

¹⁵⁵ Ibíd. p. 64.

- iii) La realización de la consulta previa es obligatoria cuando la medida afecta directamente a las comunidades étnicas;
- iv) El Gobierno tiene el deber de promover la consulta previa, se trate de proyectos de ley de su iniciativa o no;
- v) Su pretermisión configura una violación a la Carta Política; y
- vi) La consulta debe efectuarse en un momento previo a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración, sin perjuicio de la participación prevista para los ciudadanos en general durante el trámite legislativo.¹⁵⁶

Aunado a ello, la consulta previa cuenta con un momento especial, como quiera que la información de los diferentes proyectos que se pretenden realizar afectando a las comunidades étnicas debe propagarse antes de surtir los demás trámites previstos para una ley, ya que *“(...) la consulta previa a los grupos étnicos que puedan resultar afectados directamente por un tratado, “constituye un requisito de procedimiento que debe surtirse antes del trámite legislativo respectivo”, pues, de hacerlo con posterioridad, se trataría “no de un proceso de consulta sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido”.*¹⁵⁷

En estos términos, el proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, su texto ha sido divulgado entre las comunidades interesadas, se ha avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se han abierto los escenarios de discusión apropiados.¹⁵⁸

¹⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 196 del 14 de Marzo de 2012. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Bogotá D.C. p. 68. 131 p.

¹⁵⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1051 del 5 de Diciembre de 2012. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Bogotá D.C. p. 109. 143 p.

¹⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 196 del 14 de Marzo de 2012, Op. Cit., p. 67.

Para hablar de las formas y escenarios propicios para dar a conocer un proyecto que afecte a los grupos étnicos, hay que traer a colación lo mencionado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones CEACR, que sostiene que:

(...) la consulta realmente permita la participación, debe adaptarse a los modelos culturales y sociales de los pueblos. Adicionalmente, recomienda determinar un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta al determinarlo, los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso, las formas que tienen los pueblos indígenas de concebir el derecho a la consulta previa. También señala que una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisiones y puedan participar efectivamente, de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales.¹⁵⁹

5.6.2. MARCO LEGISLATIVO DE LA CONSULTA PREVIA.

TABLA No. 3: MARCO LEGISLATIVO DE LA CONSULTA PREVIA

Constitución Política de Colombia 1991	Art. 2, 7, 40, 55 transitorio, 330 parágrafo. -El artículo 70. de la Constitución Política señala que: "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana". (Continúa en la siguiente página)
---	---

¹⁵⁹ RODRIGUEZ, Gloria Amparo. DE LA CONSULTA PREVIA AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO A PUEBLOS INDIGENAS EN COLOMBIA, Op. Cit, p. 43.

	-El párrafo del artículo 330 de la Constitución Política establece: "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades". -El artículo 55 transitorio de la Constitución Política dispuso la expedición de una ley que reconociera a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción el derecho a la propiedad colectiva", y estableciera mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.
--	---

Ley 21 de 1991	“Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.” -El numeral 2 del artículo 15 de la Ley 21 de 1991 establece que: "En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.."
Ley 70 de 1993	“Por el cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política” -Dispuso que las comunidades negras y sus organizaciones participarían sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan, y que también lo harían en las instancias previstas para el resto de los nacionales colombianos en pie de igualdad.

Ley 99 de 1993	“Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones” -El artículo 76 de la Ley 99 de 1993 estipula que: "La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades".
Ley 160 de 1994	“Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones” -Establece el subsidio para la adquisición de tierra por parte de ciertos sectores de la sociedad, en los que se encuentran enunciadas las comunidades indígenas.
Ley 165 de 1994	“Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Diversidad Biológica", hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.” -El legislador previó la participación de los pueblos indígenas y tribales en los asuntos que la norma regula.

Ley 191 de 1995	“Por medio de la cual se dictan disposiciones Zonas de Frontera” -Dispone la intervención de los pueblos indígenas y tribales en los asuntos que regula y que puede afectarlo, mediante el mecanismo de la concertación.
Ley 199 de 1995	“Por medio del cual se cambia la denominación del Ministerio de Gobierno y se fijan los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Gobierno Nacional modificará su estructura orgánica y se dictan otras disposiciones”
Decreto 1397 de 1996	“Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones”. -Crea una instancia gubernamental que vela por los derechos territoriales indígenas, y dispuso lo conveniente para concertar con los pueblos indígenas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos. (Artículo 11)
Decreto 1320 de 1998	“Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”

Ley 685 de 2001	“Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones” -El capítulo XIV de la Ley 685 bajo el epígrafe “grupos étnicos” regula lo relativo a la protección de la integridad cultural, las zonas mineras indígenas, el territorio y comunidad indígenas, los derechos de prelación de los grupos indígenas, la concesión, los acuerdos con terceros, las áreas indígenas restringidas, los títulos de terceros, la participación económica de las comunidades y grupos aborígenes, entre otros temas.
Ley 1098 de 2006	“Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.” -Esto para el caso de adopción de un miembro de los pueblos indígenas.
Decreto 4530 de 2008.	“Por el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y de Justicia y se dictan otras disposiciones.”
Directiva 001 de 2010 - Presidencia de la República	Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales.

En conclusión Colombia como un estado social de derecho democrático, participativo y pluralista, hace necesaria la participación de las diferentes etnias y culturas que lo integran, todo esto como requisito para el fortalecimiento de la unidad nacional, además del logro de los pueblos indígenas y tribales de su vinculación del Estado al Convenio 169 de la OIT, y que el Constituyente de 1991 reconociera su derecho a la diversidad, haciendo improcedente que los Jueces desconozcan el mecanismo de la consulta previa.

No pueden aducir entonces, los Jueces de instancia, justificando, en consecuencia, el incumplimiento estatal de la obligación contraída y de los dictados constitucionales atinentes al reconocimiento y protección de la diversidad étnica nacional, mediante la participación específica de las comunidades indígenas en las medidas administrativas y legislativas que los afectan, que la consulta sólo procede para propiciar la participación de los representantes de las comunidades en la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, acudiendo a los términos precisos del artículo 330 de la Carta Política.¹⁶⁰

Es así como la consulta previa se ve como un mecanismo inherente por su existencia a los pueblos indígenas y tribales, garantizado en el ordenamiento constitucional, Es más, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 constitucional, la participación prevista en el artículo 330 de la Carta Política es un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT, siendo el medio idóneo de participación, donde los indígenas puedan tener voz sobre las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente.¹⁶¹

¹⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-383 del 13 de Mayo de 2003, Op. Cit., p. 121.

¹⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU.383/03, Op., Cit. p. 122. “i) la Carta destaca esta modalidad de consulta, ii) la trascendencia de la misma ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional[160], y iii) la observancia estricta de esta modalidad de participación preocupa a la comunidad internacional, en razón de que los efectos de la minería y de los grandes proyectos inconsultos que se adelantan en los territorios indígenas “(..) amenazan con desplazar o ya han desplazado a cientos de miles de indígenas y tribus (..)”

5.7. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN LA HISTORIA MINERA DE COLOMBIA

La minería en Colombia, el conflicto que se suscita entre esta forma económica y los derechos atribuidos a las pueblos indígenas sobre su territorio, como es bien sabido, nacieron desde la colonización española. En otras palabras, cuando los conquistadores españoles ocuparon el territorio habitado de la actual Colombia y despojaron de su oro a los indígenas, a comienzos del siglo XVI, se originó y estableció la extracción de los recursos naturales. Cuando finalizó esta etapa, muchos de aquellos se fueron a los ríos y quebradas que los nativos les señalaron, a lavar sus arenas para obtener el preciado metal en sus fuentes naturales. Así se dio origen a la minería en nuestro país. Los gobiernos de la Colonia trajeron la legislación minera que regía en España desde la Edad Media y la impusieron, al menos formalmente, a la actividad minera de estos territorios. Desde la llegada de los conquistadores ibéricos hasta la fecha, en Colombia se han establecido una serie de políticas de extracción de minerales, tanto así que en el siglo XIX el oro fue el principal producto de exportación, en parte, por el llamado barequeo aprendido desde la época colonizadora. Autores como Gabriel Poveda hace mención de esto de la siguiente manera:

Durante casi todo el siglo XIX el oro fue el principal producto de exportación y permitió equilibrar nuestra exigua y vacilante balanza de comercio. Este metal, además de la plata y el platino, atrajeron casi desde el comienzo de la República a inversionistas extranjeros que trajeron capital y tecnología (...) Y en 1886, al expedir la Constitución de ese año, el gobierno de Núñez adoptó para toda Colombia el ya antiguo Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia, que fue así el primer estatuto minero de alcance nacional.¹⁶²

Por otro lado, con la llegada de un nuevo siglo, además de la aparición de las dos grandes guerras que sacudieron el mundo, cuyo fenómeno separador fue la Gran

¹⁶² POVEDA R., Gabriel. La minería Colonial y Republicana. Cinco siglos de variantes y Desarrollos. En: Revista Credencial Historia. Edición 151. Julio, 2002. Bogotá D.C.

Depresión; se presentaron cambios sociales, en razón al desempleo, las consecuencias de la guerra y demás. De ahí, que el petróleo se convirtió en el mineral más importante del siglo XX. En Colombia, los metales preciosos como el oro, siguió siendo el producto a extraer, aunque a finales de éste el carbón tomó el papel protagónico:

Durante los primeros años del siglo XX los metales preciosos siguieron siendo los únicos productos de la minería nacional (...) En 1930 y 1937 aparecieron las dos primeras cementeras que iniciaron la explotación de yacimientos de calizas. En 1941 se llegó al punto máximo de producción de oro, que desde entonces entró en un largo periodo de declinación (...) Entre 1950 y 1990 el aporte de la minería (incluyendo el petróleo) al producto bruto interno del país permaneció por debajo del 5%. En 1971 Estados Unidos liberó el precio en dólares del oro (que era desde 1934 de 35 dólares la onza troy) y la minería de este metal volvió a reanimarse. Y a mediados de los años ochenta comenzó la exportación en grande de carbón de El Cerrejón.¹⁶³

La historia de la minería en Colombia, depende en gran medida de la política minera en Colombia. Ésta se ha definido en función de una apuesta de desarrollo minero sustentada en la participación de la industria privada y en una legislación adecuada para dicha apuesta. Desde finales de la década de 1980 se comenzó a reestructurar la institucionalidad minera con el objetivo de adelgazar la labor del Estado en términos de la participación en el negocio minero a través de la liquidación de entidades o de la venta de activos mineros. Para estas fechas se tiene el primer Código de Minas formal expedido, el Decreto 2655 de 1988 publicado en el Diario Oficial n° 38.626, cuyo artículo 1° señaló como objetivos los siguientes: *“(...) fomentar la exploración del territorio nacional y de los espacios marítimos jurisdiccionales, en orden a establecer la existencia de minerales; a facilitar su racional explotación; a que con ellos se atiendan las necesidades de la demanda; a crear oportunidades de empleo en las actividades mineras; a*

¹⁶³ Ibídem.

estimular la inversión en esta industria y a promover el desarrollo de las regiones donde se adelante”.

Con lo que se deja ver, la puesta en marcha de una economía minera basada en la extracción de los recursos naturales no renovables y el lucro que esto significaba para la Nación. Sumado a lo anterior, en esta norma se destacaban los siguientes aspectos:

1. Todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo pertenecían a la Nación y eran considerados como inalienables e imprescriptibles, tal como se ve reflejado a continuación:

(...) De conformidad con la Constitución Política, todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo pertenecen a la Nación en forma inalienable e imprescriptible. En ejercicio de esa propiedad, podrá explorarlos y explotarlos directamente a través de organismos descentralizados, o conferir a los particulares el derecho de hacerlo, o reservarlos temporalmente por razones de interés público, todo de acuerdo con las disposiciones de este Código¹⁶⁴.

2. Se reguló la actividad de la minería con relación a aspectos como la prospección, exploración, explotación y beneficio.
3. Se definió el concepto de Título Minero, como acto administrativo mediante el cual se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo mineros de propiedad Nacional y se establecieron diferentes clases de títulos mineros, entre los cuales se encuentran las concesiones, las licencias de exploración y los permisos¹⁶⁵.

¹⁶⁴ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit Artículo 3.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, Artículo 16.

4. Se establecieron las Zonas restringidas para actividades mineras, de donde se destaca para la investigación la siguiente:

(...) En las zonas que constituyen reserva minera indígena, **salvo que sin detrimento de las características y condiciones culturales y económicas de los respectivos grupos aborígenes, se puedan adelantar labores mineras por ellos mismos o con su concurso**, con la autorización del Ministerio, previo concepto favorable de la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno¹⁶⁶. (Negrilla fuera del texto original).

De lo anterior se concluye que, en primer lugar, la figura de la *reserva indígena* imperaba en la legislación minera toda vez ésta otorgaba a la comunidad el uso y el usufructo sobre su territorio y, en segundo lugar, se dejaba abierta la posibilidad para explorar y explotar en los territorios indígenas, siempre y cuando la misma comunidad indígena lo promoviera o con su concurso, es decir, con su concurrencia.

5. El Estado sería empresario a través del sistema de aporte.

Ahora bien, con la llegada de la década de los noventa el tema minero empezó a ser llamativo respecto de la inversión monetaria por los minerales tales como el petróleo, níquel, carbón y minerales preciosos como el oro y las esmeraldas. Esta forma de ver la economía minera llevó a que en 1997 el gobierno canadiense interviniera en la formulación de políticas y normativa a través del convenio del Ministerio de Minas y Energía y el Canadian Energy Research Institute (CERI), del cual surgiría el Código de Minas del 2001. Según la postura del geólogo Julio Fierro Morales¹⁶⁷, los objetivos y resultados de este convenio permitieron argüir la necesidad de que un país totalmente inversor y fortalecedor de sus entidades como Canadá estuviera frente a uno, cuya economía minera estaba en proceso de

¹⁶⁶ *Ibíd.*, Artículo 10 literal f.

¹⁶⁷ FIERRO MORALES, Julio. Políticas Mineras en Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. ISBN 978-958-8341-38-5. Febrero, 2012. Bogotá. p.36. 39 p.

desarrollo para que a cambio de una ayuda externa este último ofreciera condiciones favorables para la inversión en su territorio. De ahí, que en la actualidad, gran parte del capital extranjero cuyo objeto sea la minería provenga del país Norteamericano. De la concurrencia del CERI, del sector minero y del financiero en la reglamentación, nació un nuevo Código de Minas, la Ley 685 de 2001, la cual generó un cambio en las políticas con respecto a la minería, pues estableció un país que promocionaría y fiscalizaría la minería, pero sin la posibilidad de empresas mineras de capital público o mixto. A cambio, los particulares nacionales y extranjeros pagarían una contraprestación económica por el costo de los recursos naturales no renovables denominada *regalía*, la cual se tasa en función del tipo de material como un porcentaje del valor de mercado. De igual manera, flexibiliza normas con el fin de facilitar la inversión privada y establece la prelación de quien primero solicite el título minero “primero en tiempo, primero en derecho”.

Así pues, habiendo enunciado los dos Códigos Mineros, es válido comparar la normatividad minera en Colombia en el transcurso de su historia, por lo que se presentarán las similitudes al igual que las diferencias entre el Decreto 2655 de 1988 y la Ley 685 del 2001.

- **Similitudes entre el Decreto 2655 de 1988 y la Ley 685 del 2001**

La política minera en Colombia ha sido influyente en lo que se refiere a la puesta en práctica de modelos de desarrollo económico tendientes a favorecer el capital, ya sea nacional o extranjero, por lo que es relevante enunciar las similitudes halladas en la investigación frente a las dos normas mineras que han sido expedidas en la historia colombiana. De tal manera, puede decirse que los siguientes postulados gozan de semejanzas y en algunos casos se complementan.

1. Los recursos naturales no renovables son considerados como inalienables e imprescriptibles.

2. Dentro del Código de Minas actual, a saber, la Ley 685 del 2001, se establece que “(...) *propietarios de predios que de conformidad con el artículo 4° del Decreto 2655 de 1988, hubieren inscrito en el Registro Minero Nacional las canteras ubicadas en dichos predios, como descubiertas y explotadas antes de la vigencia de tal decreto, conservarán su derecho, en las condiciones y términos señalados en el presente Código*”¹⁶⁸.
3. Respecto a las Zonas restringidas, el Decreto 2655 de 1988 en su artículo 10 hace mención de las mismas, mientras en la Ley 685 se habla de Zonas Reservadas, excluidas y restringidas en el Título Primero; Capítulo III. Aunque este último permite que se realicen trabajos y obras dentro de algunas Zonas protegidas, como se enunció con anterioridad.
4. En lo que concierne a la Prospección o exploración superficial, el Decreto 2655 establece lo siguiente:

La prospección preliminar de depósitos minerales por métodos de superficie, es libre en todo el territorio nacional con excepción de las áreas en las cuales están prohibidas o restringidas las actividades mineras de acuerdo este Código. Los propietarios y ocupantes de los terrenos en donde haya de efectuarse, no podrán oponerse, pero podrán solicitar ante el alcalde del lugar, que el prospector caucione previamente los perjuicios que pueda causarles.

Esta actividad comprende, entre otros, métodos de observación con sensores remotos, tales como, los de geofísica aérea y radar, así como trabajos de levantamiento topográfico, geológico y geoquímica.

También comprende la toma de muestras en afloramiento, en la cantidad estrictamente necesaria para su análisis.

¹⁶⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001), Op. Cit., Artículo 9.

La prospección no confiere ningún derecho o preferencia a obtener posteriormente títulos mineros.¹⁶⁹

Mientras la Ley 685, la establece en su Título Primero en similares condiciones.

5. El Decreto 2655¹⁷⁰ y la Ley 685 en su artículo 238, identifican la figura de la prenda minera,

Con el exclusivo objeto de garantizar el cumplimiento de obligaciones que se contraigan para el montaje y explotación de la zona otorgada, se podrá gravar con prenda el derecho a explotar emanado del título minero. Esta prenda minera requerirá la autorización previa del Ministerio, podrá constituirse por documento privado y sólo producirá efectos desde el día de su inscripción en el Registro Minero”.

Teniendo claras algunas de las similitudes entre las normas mineras que han manifestado el ideal político de una época determinada en la historia, se presentarán las diferencias y los puntos destacables que sobresalen entre las mismas.

- **Diferencias y Puntos destacables entre el Decreto 2655 de 1988 y la Ley 685 del 2001**

Al igual que las semejanzas y complementos entre las dos normas, es importante presentar las diferencias entre las dos posturas además de señalar que en medio de éstas se expidió la Constitución Política de 1991, por lo que se pueden destacar las siguientes diferencias:

1. Mientras para el Decreto 2655, el Título minero era “(...) *el acto administrativo escrito mediante el cual, con el lleno de los requisitos señalados en este Código, se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo mineros de propiedad Nacional. Lo son igualmente, las*

¹⁶⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit., Artículo 14.

¹⁷⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit., Artículo 208.

*licencias de exploración, permisos, concesiones y aportes, perfeccionados de acuerdo con disposiciones anteriores*¹⁷¹.

Para el nuevo Código de Minas, “(...) *únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional*”¹⁷².

2. En el Decreto de 1988, la exigencia a los extranjeros de tener una sucursal con domicilio en el país o un apoderado general con domicilio y residencia en el país (menor a un año); mientras en la Ley 685 se le exigen términos más extensos.
3. En lo referente a la cesión y gravámenes, el Decreto 2655 de 1988 señala;

La cesión de los derechos emanados del título minero, la constitución de gravámenes sobre los mismos y la subcontratación de la explotación, requieren permiso previo del Ministerio. La cesión de los derechos y sus gravámenes, deberán anotarse en el Registro Minero. Si el Ministerio no se pronuncia dentro de los sesenta (60) días siguientes a la presentación de la solicitud, esta se entenderá aceptada. En la cesión parcial de los derechos, cedente y cesionario serán solidariamente responsables de las obligaciones emanadas del título.¹⁷³

Por su parte, la Ley 685 del 2001 señala que “(L)a cesión de derechos emanados de una concesión, requerirá aviso previo y escrito a la entidad concedente. Si recibido este aviso dicha entidad no se pronuncia mediante

¹⁷¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit., Artículo 16.

¹⁷² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001), Op. Cit., Artículo 14.

¹⁷³ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit., Artículo 22.

resolución motivada en el término de cuarenta y cinco (45) días, se entenderá que no tiene reparo a la cesión y se inscribirá el documento de negociación en el Registro Minero Nacional". Cesión parcial, total y de áreas. Gravámenes, subcontratos y demás no requieren aviso a la autoridad minera.

4. La ley 685 del 2001, afirma que los poseedores de título minero con anterioridad a la legislación actual, que dejen de explotar el terreno por 12 meses continuos por causa injustificada, o sea no fundada en caso fortuito y fuerza mayor se le extinguen sus derechos sobre dicho terreno. La providencia que extinga dichos derechos, deberá estar motivada y contra ella procede recurso de reposición¹⁷⁴. Mientras, para los concesionarios que suspendan sus actividades no aplica lo mismo¹⁷⁵.
5. Además, el Decreto 2655 en el Título Segundo, Capítulo III establece, de la licencia de exploración, su duración y su prórroga dependiendo del tipo de minería que sea, prórrogas de máximo 1 año y licencias de máximo 5 años, en base a la cantidad de hectáreas. La solicitud se haría ante el Ministerio de Minas o a quien este delegue. Sumado a esto, señala la Declaración del impacto ambiental, junto con el Informe Final de Exploración y el Programa de Trabajos e Inversiones, el interesado presentará la declaración de impacto ambiental que el proyecto minero pueda causar, con un breve enunciado de los correctivos y medidas que ofrece poner en práctica, para eliminar o mitigar los efectos negativos de la operación extractiva sobre los recursos naturales renovables y el medio ambiente. Esta declaración se hará en formulario diseñado por el Ministerio, de abreviado y fácil diligenciamiento¹⁷⁶.

¹⁷⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001), Op. Cit., Artículo 29.

¹⁷⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001), Op. Cit., Artículo 54.

¹⁷⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit., Artículo 38.

6. En el Decreto de 1988, se da el derecho al interesado, después de evaluado el proyecto y el resultado de la exploración, de acceder a la licencia de explotación si es pequeña minería o contrato de concesión. La licencia de explotación se da por término de 10 años y prorrogable una sola vez por un término igual o suscribir el contrato de concesión. Además de esto los trabajos y obras no se toman como tiempo de explotación.
7. Respecto al contrato de concesión, la Ley 685 de 2001 lo asimila a un contrato de adhesión; prueba estar registrado en el Registro minero; área del contrato se otorga por linderos y no por cabida. Período de exploración (3 años prorroga de 2 año), período de construcción y montaje (3 años con prorroga de un año), la concesión se puede prorrogar por más de una vez por 30 años a petición del concesionario. En el Decreto se asegura su naturaleza netamente administrativa, distinta a los de obra pública o servicio público, pero conocidos por el Consejo de Estado en única instancia¹⁷⁷.
8. Otro punto destacable del Decreto 2655, lo es el aporte minero, definido como *“(...) el acto por el cual el Ministerio otorga a sus entidades adscritas o vinculadas que tengan entre sus fines la actividad minera, la facultad temporal y exclusiva de explorar y explotar los depósitos o yacimientos de un o varios minerales que puedan existir en un área determinada. Directa o indirectamente por contrato con terceros”*¹⁷⁸. Aporte que no tiene cabida en la actual legislación.
9. El Decreto 2655 de 1988¹⁷⁹, en lo que se refiere a las licencias ambientales. Señala las oposiciones administrativas sólo para la autoridad competente

¹⁷⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit., Artículo 61.

¹⁷⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit., Artículo 48.

¹⁷⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit., Artículo 246.

en la jurisdicción respectiva, además del titular del derecho minero. En la Ley 685 sólo es la autoridad.

10. En cuanto a los actos sujetos a registro, la lista era más amplia con el Decreto 2655 de 1988 , que contenía, Las licencias de exploración, las licencias de explotación, los contratos de concesión, los aportes, los subcontratos de explotación que se celebren, en ejecución de los actos antes mencionados, la constitución, reforma y disolución de la sociedad ordinaria de minas, los títulos mineros vigentes, los títulos y providencias definitivas sobre propiedad privada de las minas, los programas de trabajos e inversiones definitivamente aprobados, los gravámenes que pesen sobre el derecho a explorar y explotar o sobre las instalaciones y equipos mineros, las servidumbres mineras, los embargos de los derechos a explorar y explotar, así como cualquier providencia judicial que afecte tales derechos, las garantías constituidas por los exploradores y explotadores y las sanciones que se hayan impuesto, cualesquiera otros actos que normas especiales lo dispongan. Mientras la Ley 685 del 2001¹⁸⁰ los redujo a; contratos de concesión; Contrato de exploración y explotación celebrados sobre zonas de reserva, zonas mineras indígenas, zonas mineras de comunidades negras y zonas mixtas; Títulos de propiedad privada del subsuelo minero; cesión de títulos mineros; gravámenes de cualquier clase que afecten el derecho a explorar y explotar o la producción futura de los minerales "in situ"; embargos sobre el derecho a explorar y explotar emanado de títulos mineros; zonas de reserva provisional y de seguridad nacional; autorizaciones temporales para vías públicas; zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas; las reservas especiales de que trata el artículo 31 del presente Código.

¹⁸⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001), Op. Cit., Artículo 332.

11. Por su parte, la Ley 685 aborda la minería ocasional y al barequeo sin necesidad de concesión del Estado, al señalar; *“La extracción ocasional y transitoria de minerales industriales a cielo abierto, que realicen los propietarios de la superficie, en cantidades pequeñas y a poca profundidad y por medios manuales, no requerirá de concesión del Estado”*¹⁸¹. Barequeo permitido en algunos casos como cuando haya sido permitido por el alcalde, actividades similares también.

12. El artículo 163 del actual Código de Minas establece una inhabilidad especial; “Quien haya sido condenado por aprovechamiento ilícito o por exploración o explotación ilícita de recursos minerales quedará inhabilitado para obtener concesiones mineras por un término de cinco (5) años. Esta pena accesoria será impuesta por el juez en la sentencia”.

13. El Decreto 2655 de 1988, señala cuatro clases de contraprestación económica¹⁸², a saber:

- Canon superficiario.
- Regalías.
- Participaciones.
- Impuestos específicos.

El canon superficiario es la suma de dinero que deberán pagar los beneficiarios de licencias de exploración en los términos señalados en este capítulo, siempre y cuando se trate de proyectos de gran minería. Las regalías son un porcentaje sobre el producto bruto explotado que la Nación exige como propietaria de los recursos naturales no renovables, bien directamente o a través de las empresas industriales o comerciales del

¹⁸¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001), Op. Cit., Artículo 152.

¹⁸² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988), Op. Cit., Artículo 213.

Estado, titulares de los aportes donde se encuentran las minas en producción. Las regalías podrán exigirse o convenirse para su pago en especie o en dinero, en boca de mina, en plaza o en el sitio de venta o consumo. Por participación se entienden las contraprestaciones diferentes de los cánones y regalías, que sean convenidas en los contratos de exploración y explotación que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado dentro de las áreas recibidas por estas en aporte. Impuestos específicos, son aquellos establecidos por normas especiales y para determinados minerales. En referencia a los cánones superficiarios, son definidos por la Ley 685 como similares a las regalías y que sirven de medida en base a las hectáreas, desde un salario mínimo día por hectárea.

14. La Ley 685 en su Título Séptimo, se refiere a la Audiencia y participación de terceros. *“(…) En los casos en que dentro del procedimiento que antecede al contrato de concesión deba oírse previamente a terceros, a representantes de la comunidad y a grupos o estamentos sociales, se buscará que estos reciban real y efectivamente, por los medios apropiados, el llamamiento o comunicación de comparecencia dentro de los términos señalados en la ley”*¹⁸³.

15. Siguiendo con la enumeración de los puntos destacables del articulado normativo del Código de Minas actual, en lo tocante a la Póliza minero-ambiental, se afirma que *“(A)l celebrarse el contrato de concesión minera el interesado deberá constituir una póliza de garantía de cumplimiento, que ampare el cumplimiento de las obligaciones mineras y ambientales, el pago de las multas y la caducidad. En el evento en que la póliza se haga efectiva, subsistirá la obligación de reponer dicha garantía”*¹⁸⁴. De igual forma, en la Ley 685 las acciones ambientales pueden ejercidas por cualquier persona

¹⁸³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001), Op. Cit., Artículo 259.

¹⁸⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001), Op. Cit., Artículo 280.

para modificar, adicionar, rectificar los términos y modalidades de la licencia ambiental¹⁸⁵.

Con base en la diferenciación elaborada, se puede concluir que como bien lo señala la doctrina nacional, en Colombia imperan políticas que llegan a tener repercusiones jurídicas, bien sea en las leyes, en los decretos, en las resoluciones, etc. De tal suerte, como se señaló, en las dos legislaciones se habla de una figura jurídica denominada *zona minera indígena*, que será objeto de análisis a continuación.

5.8. ZONA MINERA INDÍGENA

La creación de la zona minera indígena consiste en señalar y delimitar zonas mineras en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del Capítulo XIV del Código de Minas sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.

Siendo el SIMINERO (SISTEMA INTEGRAL DE GESTION MINERA), parte del Plan Estratégico de Tecnologías de Información y Comunicaciones, encargado de: *“1) Evaluar la conveniencia del trámite, basados en la certificación enviada por INCODER y MININTERIOR (...) 2) Determinar, con base en estudios técnicos y sociales, zonas mineras dentro de los territorios de comunidades negras e indígenas.”*¹⁸⁶

¹⁸⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001), Op. Cit., Artículo 290.

¹⁸⁶ COLOMBIA. MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. SI.MINERO. Sistema Integral de Gestión Minera. Información recuperada el 21 de enero de 2015 en la página web: < <http://201.234.79.115/SIMINERO/documentacion/zonas-de-comunidades-negras-e-indigenas/>>

La recursos naturales en los territorios indígenas están plenamente reconocidos y protegidos por la comunidad internacional haciendo imposible la facultad de declarar una zona minera indígena sin que se consulte tal decisión con los posibles afectados, como lo exigen las normas *“podría vulnerar de manera irremediable las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, cultural, social y económico”* y deja al arbitrio de la administración la calificación sobre cuáles zonas *“son dignas de protección especial”* en las que la exploración y explotación del suelo y subsuelo deberán ajustarse a las disposiciones especiales que versan sobre protección y participación de comunidades y grupos indígenas, cabe formular las siguientes puntualizaciones: *“Las zonas mineras indígenas son sectores que se establecen dentro de un territorio indígena (...) Se prevé un mecanismo para proyectar un régimen especial de exploración y explotación de los recursos naturales yacientes en el suelo y el subsuelo de los territorios indígenas.”*¹⁸⁷

Es claro que la sola delimitación de la zona minera indígena no afecta bien alguno constitucionalmente protegido, dado que esta delimitación no implica la realización de proyectos concretos de exploración y explotación minera, de otro modo sería necesario garantizar de manera inmediata la participación de la comunidad, a menos que la zona minera indígena comprenda todo el ámbito de un “territorio indígena” por lo que en el ámbito territorial no comprendido en la “zona minera indígena” pueden yacer minerales en el suelo y en el subsuelo que estarían sometidos a un régimen de explotación diferente del previsto para la “zona minera indígena”, conforme a lo establecido en esta providencia a propósito del entendimiento y proyección de la disposición acusada.¹⁸⁸

¹⁸⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. SI.MINERO. SISTEMA INTEGRAL DE GESTION MINERA. Op. Cit.

¹⁸⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-418 del 28 de Mayo de 2002. MP. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá D.C. p. 23. 27 p. “En efecto, mediante la delimitación y alinderamiento de “zonas mineras indígenas” se reconoce a las comunidades indígenas del respectivo territorio un derecho de prelación para exploración y explotación frente a otros posibles explotadores pues existiendo interés de aquellas, la autoridad minera debe celebrar el correspondiente contrato de concesión. Y de todos modos se señala que

Al adelantarse el trámite de la creación de la zona minera indígena por parte del SIMINERO, así como de los estudios realizados por el INCODER y MININTERIOR, sería posible creer que la consulta previa a las comunidades indígenas sería inocua, aun así ha de entenderse que los estudios a realizar hacen parte de la necesidad que requiere el trámite y la protección por parte del ente estatal, haciendo necesaria la participación de las comunidades que se verán directamente afectadas, ya que la viabilidad del proyecto no exime de consecuencias de orden social, ambiental y económico para la comunidad.

La regulación de las zonas mineras indígenas por parte del Código de minas, no es muy extensa, encontrándola en el capítulo XIV (grupos étnicos), regulación contenida en los artículos 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128 y 129:

toda propuesta de particulares será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas.”

TABLA No. 4: REGULACIÓN DE ZONA MINERA INDÍGENA

Art 122	Zonas Mineras Indígenas.	La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código.
---------------------------	---------------------------------	--

Art 123	Territorio y Comunidad Indígenas	Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituya.
Art 124	Derecho de prelación de grupos indígenas	Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.

Art 125	Concesión	La concesión se otorgará a solicitud de la comunidad o grupo indígena y en favor de ésta y no de las personas que la integran. La forma como éstas participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones como puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad, se establecerá por la autoridad indígena que los gobierne. Esta concesión no será transferible en ningún caso.
Art 126	Acuerdos con terceros	Las comunidades o grupos indígenas que gocen de una concesión dentro de la zona minera indígena, podrán contratar la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes, con personas ajenas a ellos.
Art 127	Áreas indígenas restringidas	La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborigen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.

Art 128	Títulos de terceros	En caso de que personas ajenas a la comunidad o grupo indígena obtengan título para explorar y explotar dentro de las zonas mineras indígenas delimitadas conforme al artículo 122, deberán vincular preferentemente a dicha comunidad o grupo, a sus trabajos y obras y capacitar a sus miembros para hacer efectiva esa preferencia.
Art 129	Participación económica	Los municipios que perciban regalías o participaciones provenientes de explotaciones mineras ubicadas en los territorios indígenas de que trata el artículo 123, deberán destinar los correspondientes ingresos a obras y servicios que beneficien directamente a las comunidades y grupos aborígenes asentados en tales territorios.

En concordancia con lo anterior es claro que el SIMINERO es el ente encargado de la creación de las zonas mineras indígenas, después de haber pasado por los estudios realizados por INCODER y MININTERIOR, haciendo necesario la participación de la comunidad indígena en caso de propuestas de terceros, consolidando por este medio su derecho de prelación, aún cuando la concesión

será otorgado a la comunidad en su totalidad y no de forma particular a quienes la integran.

Cabe mencionar la importancia del derecho de prelación el cual según el Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, lo cual implica que tienen derecho a participar en su utilización, administración y conservación, haciendo necesaria su participación en primera medida como actores de gran importancia. En Colombia, la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se debe hacer sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y en las decisiones que se adopten respecto a dicha explotación, el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades.¹⁸⁹

El derecho de prelación busca proteger especialmente a la comunidad indígena y sus recursos como se expone en el artículo 15 de la ley 21 de 1991:

- 1) Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
- 2) En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, obtenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o exploración de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ, BREVE RESEÑA DE LOS DERECHOS Y DE LA LEGISLACIÓN SOBRE COMUNIDADES ÉTNICAS EN COLOMBIA. Op. Cit., p. 13.

beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

El Artículo 35, literales f) y h) reseñan que los territorios indígenas que opten por obtener un título minero no se consideran zonas de minería indígenas restringidas; ya que por el hecho de haber obtenido un título minero podrían libremente ser objeto de concesiones mineras, sin requerir que se surta la consulta en caso de existir otros proyectos en sus territorios. Además, se abre la posibilidad de adelantar la explotación minera dentro de estos últimos de forma restringida, la participación efectiva y demás derechos de los pueblos indígenas no pueden estar supeditados a que posean o no un título minero.

El párrafo del artículo 330 de la Constitución Política dispone que: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.” Haciendo claro que nadie más que la misma comunidad es quien debe ser la pionera en la toma de decisiones, así como del manejo de los recursos que en sus tierras se dispongan.

Al mencionar la Sentencia del 31 de agosto de 2001, la Corte Interamericana sostuvo que:

(...) entres los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida

como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras¹⁹⁰.

Es claro que el derecho de prelación hace parte de la necesidad que poseen las comunidades para con sus recursos, aun cuando estos sean minerales, dado que su explotación es parte de la cultura y la cosmovisión de la comunidad respecto del entorno.

En concordancia con lo anterior hace claro que es la Agencia Nacional Minera, la entidad encargada de la creación de las zonas mineras indígenas, posteriormente de los estudios realizados por INCODER y MININTERIOR, haciendo necesario la participación de la comunidad indígena en caso de propuestas de terceros, consolidando por este medio su derecho de prelación, claro está que la concesión será otorgado a la comunidad en su totalidad y no de forma particular a quienes la integran.

A manera de conclusión, como se presentó en este Capítulo, con el transcurrir de la historia los mecanismos de protección de los derechos de las comunidades indígenas sobre su territorio han evolucionado en el campo teórico y en el práctico, bien sea en el ámbito internacional o bien sea dentro del ámbito constitucional y legal colombiano, adjudicándose el título de medios destinados al reconocimiento y la salvaguarda de la identidad cultural de los pueblos indígenas, así como de la preservación de las características propias de cada etnia. Ahora bien, aunque en Colombia el desarrollo en el campo teórico ha generado que la Carta Política de 1991 reconozca el multiculturalismo y la diversidad étnica dentro del territorio nacional, sumado a que las posteriores normas propendieron por llevar a cabo los

¹⁹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-891 del 22 de Octubre del 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C. p. 33. 70 p.

postulados contenidos en ésta con la ayuda de instrumentos jurídicos ideados con el fin último de proteger los derechos de los indígenas; quizá en la práctica se presentan muchos inconvenientes respecto del reconocimiento de territorios a las comunidades étnicas que las habitan en busca de la constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de resguardos; del trámite administrativo para la delimitación y declaratoria de zonas mineras indígenas solicitados por la misma comunidad; y en lo que se refiere al derecho a la información, de igual importancia a los demás, dada su complejidad y el esbozo histórico, consolidado bajo el nombre de la consulta previa, ya que conlleva el derecho a ser informados de las actividades que puedan afectar su cultura, su vida, o cualquier ámbito social prevalente llegando a reforzar el carácter de protección constitucional dada a los pueblos indígenas. De lo anterior, se parte para presentar el siguiente Capítulo en donde se abordará el procedimiento para la constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de los resguardos indígenas en Colombia, al igual que el trámite para la delimitación y declaratoria de las zonas mineras indígenas para así concluir la investigación.

6. CAPÍTULO III – PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA CONSTITUCIÓN, REESTRUCTURACIÓN, AMPLIACIÓN Y SANEAMIENTO DE RESGUARDOS INDÍGENAS Y LA DECLARATORIA DE ZONAS MINERAS INDÍGENAS, ADEMÁS DEL DECRETO 2333 DEL 2014.

Los mecanismos de protección a los derechos que les asisten a las comunidades indígenas sobre su territorio, hallados en la legislación colombiana a lo largo de su historia y en especial luego de la expedición de la Carta Política de 1991 adquieren relevancia notoria en lo que respecta a la actividad minera frente a otras actividades que tienen que ver con el uso de la tierra, debido a la concepción del territorio para los pueblos indígenas. De ahí, que figuras jurídicas tales como el *resguardo* y la *zona minera indígena* puedan ser catalogadas como insignias que representan la eficiencia de la política estatal y propende por la conservación de la diversidad étnica en el país. Dentro de este último capítulo, se describirá el procedimiento administrativo a seguir para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de *resguardos indígenas* y la declaratoria y delimitación de *zonas mineras indígenas* encontrados en la norma jurídica colombiana; posteriormente, apoyados en los informes de las entidades y organizaciones vinculadas con la población indígena, se mostrará la cantidad y distribución de éstos en el territorio nacional; además, se analizará el Decreto 2333 del 19 de Noviembre del 2014, por el cual se establecen los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas; y por último, se presentarán las conclusiones de la investigación realizada.

6.1. CONSTITUCIÓN, REESTRUCTURACIÓN, AMPLIACIÓN Y SANEAMIENTO DE RESGUARDOS INDÍGENAS

Las comunidades indígenas como sujetos de especial protección constitucional, necesitan de diferentes mecanismos que salvaguarden sus condiciones culturales, sociales y étnicas, por lo que los resguardos indígenas se constituyen como un medio eficaz de consumir la preservación de la multiculturalidad del país.

*Así pues, los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de este y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y sus sistemas normativo propio.*¹⁹¹

Existen elementos básicos de la estructura que dan origen a un resguardo, a saber:

- *“Un territorio delimitado.*
- *Un título de propiedad comunitaria registrado.*
- *Una o varias comunidades que se identifican a sí mismas como indígenas.*
- *Una organización interna que se rige por sus propias regulaciones internas”.*¹⁹²

¹⁹¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995). Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional. Diario Oficial No 42.140. Bogotá D.C. Artículo 21.

¹⁹² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. LOS PUEBLOS INDIGENAS DE COLOMBIA EN EL UMBRAL DEL NUEVO MILENIO. CAPITULO III. TIERRAS Y TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS. [En línea] < <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4430.pdf?view=1> > (Citado en enero de 2015). p. 110.

En Colombia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio se ha realizado mediante las siguientes formas legales a través del tiempo:

- *“Resguardo de origen colonial.*
- *Resguardos republicanos.*
- *Resguardos creados por el INCORA después de 1961.*
- *Reservas indígenas.*
- *Títulos individuales por comunidad o parcialidades”.*¹⁹³

Actualmente existen tres modalidades de tenencia de tierras para las comunidades indígenas:

- *“Resguardos.*
- *Ocupantes de baldíos sin territorio delimitado.*
- *Parcialidades o comunidades – incluyendo propietarios o poseedores individuales”.*¹⁹⁴

De ahí que es relevante traer a colación la Ley 160 de 1994, *por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones*¹⁹⁵, que en su *Capítulo XIV-Resguardos Indígenas*, explicita la importancia del territorio para las comunidades indígenas y la respectiva constitución de resguardos para que éstas puedan asentarse y llevar a cabo el desarrollo que propenda por la conservación de su cultura tradicional.

¹⁹³ Ibídem.

¹⁹⁴ Ibídem.

¹⁹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 160 (3, Agosto, 1994), Op. Cit.

Con este propósito la Presidencia de la República en uso de sus facultades constitucionales y legales promulgó el Decreto 2164 de 1995, *por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, o ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional*¹⁹⁶.

Teniendo de presente el decreto anteriormente mencionado, se hará un estudio de sus artículos, con el fin de establecer los puntos relevantes allí indicados, además de dar claridad al tema en cuestión.

6.1.1. AUTORIDAD COMPETENTE

En primer lugar hay que hacer alusión al Instituto colombiano de desarrollo rural- INCODER (anterior INCORA), establecimiento público adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que se encarga de realizar:

(...) los estudios de las necesidades de tierras de las comunidades indígenas para la dotación y titulación de las tierras suficientes o adicionales que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo, el reconocimiento de la propiedad de las que tradicionalmente ocupan o que constituye su hábitat, la preservación del grupo étnico y el mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes, sin perjuicio de los derechos de las comunidades negras consagradas en la Ley 70 de 1993.¹⁹⁷

¹⁹⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995), Op. Cit.

¹⁹⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995), Op. Cit., Artículo 1.

Esto, con motivo de afirmar la competencia de dicha entidad en lo concerniente a la planificación y ejecución de los procedimientos que lleven a constituir, ampliar, sanear o reestructurar resguardos indígenas en pro de sus comunidades.

6.1.2. PROGRAMAS Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS REFERENTES A LOS RESGUARDOS INDÍGENAS

La constitución de los resguardos se realiza sobre tierras ocupadas por comunidades indígenas, esto con motivo de que las tierras equivalen a la pertenencia de origen ancestral de aquéllas; pese a esto, los resguardos solo se pueden constituir sobre tierras que se consideren baldías, o en terrenos de resguardos coloniales que hayan sido previamente estudiados por el INCORA (hoy INCODER).

Hasta el 30 de diciembre de 2001, se habían constituido 583 resguardos nuevos con un área de 30.4 millones de hectáreas y 511.303 beneficiarios, que representan el 65.10% de la población total indígena estimada, los resguardos nuevos se localizan especialmente en Vaupés, Guainía, Putumayo, Amazonas, costa Pacífica y Sierra nevada de Santa Marta, los resguardos garantizan los derechos de supervivencia de las comunidades indígenas, cumplen una importante función ecológica al constituirse, en la práctica, en zonas de protección de los recursos naturales en ecosistemas frágiles.¹⁹⁸

Salvo tres resguardos creados antes de 1980, es a partir de esta fecha, cuando se consolida una política sobre la protección de tierras ocupadas por pueblos indígenas, confirmando así lo que posteriormente nuestra constitución de 1991 reafirmaría, al establecer que las tierras de resguardos son de propiedad colectiva,

¹⁹⁸ Ibíd. p. 113 - 114.

no enajenable, imprescriptible e inembargable- artículos 63, 329 de la constitución política.

Por medio del Decreto 2164 se establecen los siguientes programas y procedimientos administrativos:

1.- **La constitución** de resguardos a las comunidades indígenas que poseen sus tierras sin título de propiedad, o las que no se hallen en posesión, total o parcial, de sus tierras ancestrales, o que por circunstancias ajenas a su voluntad están dispersas o han migrado de su territorio. En este último evento, la constitución del resguardo correspondiente podrá hacerse en la zona de origen a solicitud de la comunidad.

2.- **La ampliación** de resguardos constituidos a comunidades indígenas, cuando las tierras fueren insuficientes para su desarrollo económico y cultural o para el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, o cuando en el resguardo no fueron incluidas la totalidad de las tierras que ocupan tradicionalmente o que constituyen su hábitat.

3.- **La reestructuración** de los resguardos de origen colonial o republicano, previa clarificación sobre la vigencia legal de los respectivos títulos. Mediante esta actuación administrativa, el Instituto procederá a estudiar la situación de la tenencia de la tierra en aquellos, para determinar el área de la que se encuentran en posesión o propiedad, a fin de dotar a las comunidades de las tierras suficientes o adicionales, de acuerdo con los usos, costumbres y cultura de sus integrantes.

4.- El saneamiento territorial de los resguardos y reservas indígenas y la conversión de éstas en resguardos.¹⁹⁹ (Negrilla fuera del texto original).

¹⁹⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995), Op. Cit., Artículo 1.

Es por ello, que se delega al INCORA (hoy INCODER), para que éste en coordinación con los respectivos cabildos y autoridades tradicionales, adelante:

(...) estudios socioeconómicos, jurídicos y de tenencia de tierra de las comunidades indígenas con el objeto de determinar los diferentes aspectos relacionados con la posesión, tenencia, propiedad, concentración, distribución y disponibilidad de las tierras; el uso y aprovechamiento de las que estuvieren ocupando y el cumplimiento de la función social de la propiedad en las tierras de resguardo, conforme a los usos, costumbres y cultura de la respectiva comunidad; la calidad, condiciones agrológicas y uso de los suelos; el tamaño y distribución de la población, su situación socioeconómica y cultural; la infraestructura básica existente, y la identificación de los principales problemas y la determinación cuantificada de las necesidades de tierras de las comunidades indígenas, que permitan al Instituto y demás entidades que integran el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, obtener una visión clara y precisa de un determinado territorio y de su población para adoptar y adelantar los programas pertinentes.²⁰⁰

De este modo, el estudio mencionado debe contener los siguientes parámetros:

- Descripción física de la zona en la que se encuentra el predio o terrenos propuestos para la constitución o ampliación del resguardo;
- Las condiciones agroecológicas del terreno y el uso actual y potencial de los suelos, teniendo en cuenta sus particularidades culturales;
- Los antecedentes etnohistóricos;
- La descripción demográfica, determinando la población objeto del programa a realizar;

²⁰⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995), Op. Cit., Artículo 4.

- La descripción sociocultural;
- Los aspectos socioeconómicos;
- La situación de la tenencia de las tierras, especificando las formas, distribución y tipos de tenencia;
- La delimitación del área y el plano del terreno objeto de las diligencias;
- El estudio de la situación jurídica desde el punto de vista de la propiedad de los terrenos que conformarán el resguardo, al cual se adjuntarán los documentos que los indígenas y terceros ajenos a la comunidad aporten y que les confieran algún derecho sobre el globo de terreno delimitado;
- Un informe relacionado con la explotación económica de las tierras en poder de la comunidad, según sus usos, costumbres y cultura;
- Un informe sobre el cumplimiento de la función social de la propiedad en el resguardo, según lo previsto en el parágrafo 3o del artículo 85 de la Ley 160 de 1994 y el presente Decreto, indicando las formas productivas y específicas que se utilicen;
- Disponibilidad de tierras en la zona para adelantar el programa requerido, procurando cohesión y unidad del territorio;
- Determinación de las áreas de explotación por unidad productiva, las áreas comunales, las de uso cultural y las de manejo ambiental, de acuerdo con sus usos y costumbre;

- El perfil de los programas y proyectos que permitan el mejoramiento de la calidad de vida y el desarrollo socioeconómico de la comunidad objeto de estudio;
- La determinación cuantificada de las necesidades de tierras de la comunidad;
- Las conclusiones y recomendaciones que fueren pertinentes.²⁰¹

6.1.3. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN, REESTRUCTURACIÓN, AMPLIACIÓN Y SANEAMIENTO DE RESGUARDOS INDÍGENAS.

El Capítulo III del Decreto 2164 de 1995 contiene cada uno de los pasos que conforman el procedimiento llevado a cabo al momento de constituir, reestructurar, ampliar o sanear los resguardos indígenas, así:

²⁰¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995), Op. Cit., Artículo 6.

TABLA No. 5: PROCEDIMIENTO

ACTIVIDAD	DESCRIPCIÓN
1. Solicitud	El trámite se iniciará: • De oficio por el INCODER, • A solicitud del Ministerio del Interior o de otra entidad pública, • De la comunidad indígena interesada, a través de su cabildo o autoridad tradicional, o de una organización indígena. Esta solicitud, deberá acompañarse de una información básica relacionada con la ubicación, vías de acceso, un croquis del área pretendida, el número de familias que integra la comunidad y la dirección donde recibirán comunicaciones y notificaciones.
2. Creación de expediente	Una vez recibida la solicitud por el INCODER o cuando se tenga conocimiento de la necesidad de legalizar el territorio que ocupa una comunidad indígena, se conformará un expediente que contenga las diligencias administrativas correspondientes y las comunicaciones que se reciban relacionadas con la solicitud. Una vez abierto el expediente, el INCODER incluirá dentro de sus proyectos de programación anual, la visita y estudios necesarios. Cuando se trate de un caso urgente, le dará prioridad dentro de su programación.

3. Visita	El Gerente General del Instituto o su delegado ordenará llevar a cabo la visita a la comunidad interesada y al área pretendida, por funcionarios de la entidad, señalando el tiempo en que se realizará.
	• Auto: El auto que ordena la visita se comunicará al Procurador Agrario, a la comunidad indígena interesada o a quien hubiere formulado la solicitud y se fijará un edicto que contenga los datos esenciales de la petición en la secretaría de la Alcaldía donde se halle ubicado el predio o el terreno, por el término de diez (10) días, a solicitud del INCODER, el cual se agregará al expediente.
	• Acta: De la diligencia de visita se levantará un acta, suscrita por los funcionarios, las autoridades de la comunidad indígena y las demás personas que intervinieren en ella. La que deberá contener, entre otros, los siguientes datos: a). ubicación del terreno; b). Extensión aproximada; c). Linderos generales; d). Número de habitantes indígenas, y grupo o grupos étnicos a los cuales pertenecen; e). Número de colonos establecidos, indicando el área aproximada que ocupan, la explotación que adelantan y el tiempo de ocupación.

	Prosiguiendo con el acta de visita, cuando se trate de procedimientos de ampliación, reestructuración o saneamiento de resguardos indígenas, el auto que ordene la visita se comunicará al Ministerio del Medio Ambiente y en la misma comunicación se le solicitará a dicho Ministerio el pronunciamiento expreso sobre la verificación y certificación del cumplimiento de la función ecológica de la propiedad del resguardo, para lo cual dispondrá de un término no mayor de treinta (30) días.
4. Rendición del estudio.	El Instituto elaborará dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su culminación, el estudio de que trata el artículo 6o. del Decreto 2164 y el plano correspondiente. Al estudio se agregará una copia del informe rendido por el Ministerio del Medio Ambiente relacionado con el cumplimiento de la función ecológica de la propiedad, cuando se trate de los procedimientos de ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas.

5. Concepto del Ministerio del Interior	El expediente que contenga el trámite administrativo tendiente a constituir un resguardo indígena se remitirá al Ministerio del Interior para que emita concepto previo sobre la constitución dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de recibo de la solicitud del INCODER. Transcurrido este término, si no hubiere pronunciamiento expreso, se entenderá que el concepto es favorable y se procederá a devolver el expediente al Instituto.
6. Publicación notificación y registro.	Se notificará al representante legal de la o las comunidades interesadas en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo y una vez en firme, se ordenará su inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente al lugar de ubicación de las tierras constituidas con el carácter legal de resguardo. Los Registradores de Instrumentos Públicos abrirán un folio de matrícula inmobiliaria correspondiente al resguardo constituido o reestructurado y cancelarán las matrículas anteriores de los bienes inmuebles que se constituyan con el carácter legal de resguardo.

7. Recursos	Contra las providencias que culminen los procedimientos encaminados a la constitución, ampliación o reestructuración de los resguardos indígenas o la conversión de una reserva indígena en resguardo, procede el recurso de reposición ante la Junta Directiva del Incora (Incoder), el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su notificación.
---------------------------	---

6.1.4. FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA.

La Carta Política de 1991 protege el derecho a la propiedad, además de atribuirle a ésta una función social y ecológica por medio del inciso segundo del artículo 58 al afirmar que *“la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”*.²⁰²

Es con esta base que la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, aduciendo que *“(L)a propiedad, en tanto que función social, puede ser limitada por el legislador, siempre y cuando tal limitación se cumpla en interés público o beneficio general de la comunidad, como, por ejemplo, por razones de salubridad, urbanismo, conservación ambiental, seguridad etc; el interés individual del propietario debe ceder, en estos casos, ante el interés social”*.²⁰³

²⁰² COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política (20, Julio, 1991), Op. Cit., Artículo 58.

²⁰³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 295 del 29 de julio de 1993. M.P. JAIME BARRETO NIÑO. Bogotá D.C. p. 13. 19 p.

Por tal motivo, la función social y ecológica ha de ser entendida como la defensa del interés general, además de la preservación del medio ambiente para su goce y disfrute, logrando una relativización del derecho de propiedad.

En concordancia, la Corte Constitucional afirma que la función ecológica dentro del ordenamiento colombiano tiene una triple dimensión, a saber:

(...) de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación (CP art 8). De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales (CP art 79). Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares.²⁰⁴

Entonces resulta lógico que dentro del Decreto objeto de estudio se consagre en su artículo 4° que el INCODER en coordinación con los respectivos cabildos y autoridades tradicionales, adelantan estudios socioeconómicos, jurídicos y de tenencia de tierra de las comunidades indígenas con el objeto de determinar el cumplimiento de la función social de la propiedad en las tierras de resguardo, conforme a los usos, costumbres y cultura de la respectiva comunidad.²⁰⁵

La constitución de los resguardos indígenas y las modificaciones que concierne a estos, debe propender por un interés superior que busque mantener y fortalecer el factor social así como el factor ecológico; en este afán, el Ministerio de Ambiente es el encargado de pronunciarse si la función ecológica de la propiedad sobre los terrenos del resguardo se están cumpliendo conforme a los usos, costumbres y cultura que le son propios, enviando el informe a los cabildos o autoridades

²⁰⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 126 del 1 de abril de 1998. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Bogotá D.C. p. 31. 49 p.

²⁰⁵ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995), Op. Cit., Artículo 4.

tradicionales con la finalidad de que se llegue a un acuerdo respecto de la forma en la que debe resarcirse y de las medidas que deban tomarse.

Posteriormente será el INCODER quien verifique el incumplimiento de la función social de la propiedad en el resguardo en mención, conforme a sus usos, costumbres y cultura, según lo previsto en el decreto 2164 del 7 de diciembre de 1995; en concertación con los cabildos y autoridades tradicionales, el Instituto determinará las causas de ellos y promoverá, si fuere el caso, el apoyo de las entidades pertinentes que integran el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, para adoptar los mecanismos de solución que permitan corregir dicha situación.

Para los efectos del presente Decreto, la función social de la propiedad de los resguardos está relacionada con la defensa de la identidad de los pueblos o comunidades que los habitan, como garantía de la diversidad étnica y cultural de la Nación y con la obligación de utilizarlas en beneficio de los intereses y fines sociales, conforme a los usos, costumbres y cultura, para satisfacer las necesidades y conveniencias colectivas, el mejoramiento armónico e integral de la comunidad y el ejercicio del derecho de propiedad en forma tal que no perjudique a la sociedad o a la comunidad.²⁰⁶

La función ecológica guarda estrecha relación con los elementos esenciales de la constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de los resguardos indígenas, dejando al momento de su análisis la posibilidad para:

- Favorecer la convergencia entre autoridades ambientales regionales y autoridades indígenas.
- Consolidar territorios indígenas y garantizar su defensa frente a posibles amenazas.

²⁰⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995), Op. Cit., Artículo 17.

- Articular la formulación de los planes de vida indígenas a los procesos de ordenamiento territorial.
- Identificar la importancia de un resguardo para la sustentabilidad de los ecosistemas en una región.
- Resolver conflictos: dinamizar la gestión ambiental a partir de la puesta en común de problemas ambientales y de sus causas, para poder establecer acuerdos y compromisos mutuos para su solución.²⁰⁷

La supervivencia de la comunidad así como del entorno en que se desarrolla su sociedad, es donde la función ecológica comprende la posibilidad de reproducción de la comunidad, tanto física como culturalmente, garantizando la sustentabilidad de manera completa, en todos los aspectos que se requieran para que no hallan amenazas de extinción.

6.1.5. ELEMENTOS GENERALES DE LOS RESGUARDOS

Además de lo tratado anteriormente, el Capítulo V del Decreto 2164 de 1995 aborda de manera general la naturaleza jurídica de los resguardos indígenas, así como su manejo y administración, por lo que a continuación se esbozará por medio de la siguiente tabla.

²⁰⁷ TORO LONDOÑO, Beatriz. (Et al.). GUIA METODOLOGICA PARA LA CERTIFICACION DE LA FUNCION ECOLOGICA DE LA PROPIEDAD EN LOS RESGUARDOS INDIGENAS EN COLOMBIA. Bogota D.C.: Universidad del Rosario, 2004. ISBN.: 958-8225-22-1. p. 10. 64 p.

TABLA No. 6: ELEMENTOS GENERALES DE LOS RESGUARDOS

Naturaleza jurídica	Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.
Manejo y administración	Las áreas que se constituyan con el carácter de resguardo indígena serán manejadas y administradas por los respectivos cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades, de acuerdo con sus usos y costumbres, la legislación especial referida a la materia y a las normas que sobre este particular se adopten por aquellas.

Servidumbres y construcción de obras	Los resguardos indígenas estarán sometidos a las servidumbres establecidas por las leyes vigentes. Cuando en un resguardo se requiera la construcción de obras de infraestructura de interés nacional o regional, sólo podrán constituirse previa concertación con las autoridades de la comunidad y la expedición de la licencia ambiental, cuando esta se requiera, determinando la indemnización, contraprestación, beneficio o participación correspondiente. La expedición de la licencia ambiental se efectuará según lo previsto en el Artículo 330 de la Constitución Política y la Ley 99 de 1993. En todos los casos previstos en el presente artículo se elaborará un reglamento intercultural de uso en concertación con la comunidad y con la participación del Ministerio del Interior.
Aguas de uso publico	La constitución, ampliación y reestructuración de un resguardo indígena no modifica el régimen vigente sobre aguas de uso público.

Obligaciones de la constitución y la ley.	Los resguardos indígenas quedan sujetos al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, conforme a los usos, costumbres y cultura de la comunidad. Así mismo, con arreglo a dichos usos, costumbres y cultura, quedan sometidos a todas las disposiciones sobre protección y preservación de los recursos naturales renovables y del ambiente.
---	---

En caso de duda sobre el carácter y la pertenencia a un pueblo indígena de una colectividad, el Incora (hoy Incoder) deberá solicitar al Ministerio del Interior la realización de estudios etnológicos con el propósito de determinar si constituye una comunidad o parcialidad indígena. Ahora bien, se hace necesario relacionar la titulación indígena en las últimas décadas con el fin de alimentar más la base conclusiva de este trabajo.

6.1.6. BREVE RESEÑA SOBRE LA TITULACIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA

La territorialidad indígena, materializada en la constitución de resguardos que circunscriban la autonomía de las comunidades étnicas en Colombia, se ha desarrollado en las últimas décadas de forma tal que *“(...) hacia finales de los ochenta y en el período previo al acuerdo social de la Constitución Política de 1991, ya se había titulado a los pueblos indígenas un área de 25.447.348 hectáreas, que con relación a la totalidad de la superficie del país correspondía al*

22.28%²⁰⁸. No obstante, según lo señala la Organización Nacional Indígena Colombiana (ONIC) el 99.9% del área titulada eran tierras localizadas en la Amazonia, la Orinoquia y la región del Pacífico, es decir, tierras consideradas baldías desde el ordenamiento jurídico nacional, además de espacios de frontera, que no habían sido integrados en la economía agroindustrial de la nación y que hasta ese momento permanecían articuladas a las lógicas extractivas, especialmente de recursos forestales²⁰⁹.

Asimismo, después de la Constitución Política de 1991, el área titulada a los pueblos indígenas se había ampliado a 30.816.152 hectáreas, mientras que para el 2008 según el INCODER la superficie ascendía en 439,404 hectáreas que en definitiva ofrecían la cifra de 31.255.556 ha²¹⁰. Estas cifras indicaban un aumento significativo en la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de resguardos, por lo que servían como estandarte de un Estado protector de los derechos de las comunidades indígenas. Aunque, *“(...) es entonces importante entender que del total del área titulada el 79% se encuentra en la Amazonía y Orinoquia, región donde se asienta una población de 71.000 habitantes, que representa el 5% del total de la población indígena nacional”*²¹¹, ya que así puede cambiar la perspectiva antes señalada, en razón a que la cortina de humo presentada por el gobierno nacional pretende asemejar las cifras del crecimiento con las del desarrollo en el ámbito de reconocimiento y protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

A continuación se relacionan la creación de resguardos por departamentos para el año 2010.

²⁰⁸ Roldan, R. Reconocimiento legal de tierras indígenas en Colombia. En: Reconocimiento y demarcación de territorios indígenas en Colombia. GAIA, CERC. Bogotá. 1.993. Citado por: ONIC. Estado de los Derechos Humanos y colectivos de los pueblos indígenas de Colombia: Etnocidio, Limpieza étnica y destierro. Bogotá: Julio, 2009. Informe al Relator Especial de la ONU para los derechos de los Pueblos Indígenas. p. 5. 36 p.

²⁰⁹ ONIC. Estado de los Derechos Humanos y colectivos de los pueblos indígenas de Colombia: Etnocidio, Limpieza étnica y destierro. Bogotá: Julio, 2009. Informe al Relator Especial de la ONU para los derechos de los Pueblos Indígenas. p. 5. 36 p.

²¹⁰ Ibídem.

²¹¹ Ibídem.

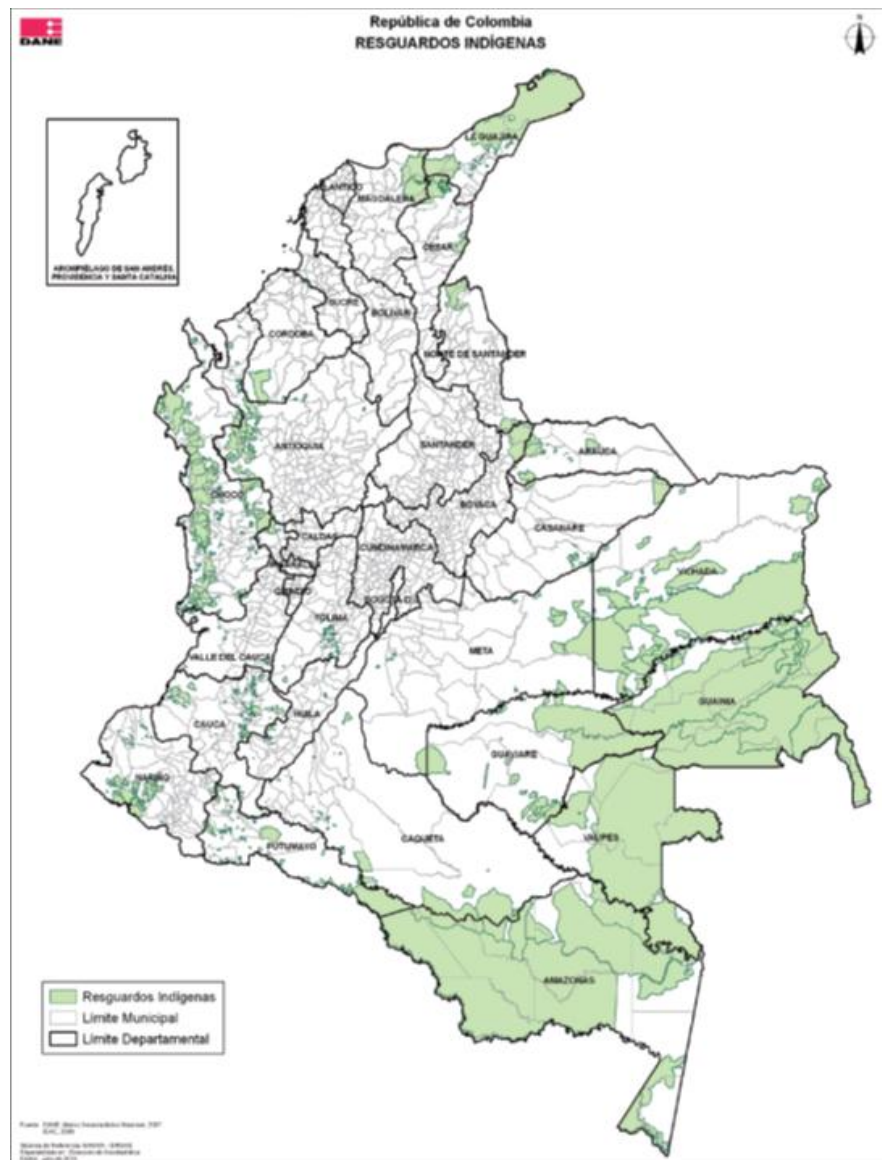
**TABLA No. 7: RESGUADOS INDÍGENAS LEGALMENTE CONSTITUIDOS
SEGÚN DANE**

DEPARTAMENTOS	NÚMERO DE RESGUARDOS	MUNICIPIOS CON RESGUARDOS	POBLACION INDIGENA PROYECTADA 2011
Amazonas	29	10	27.379
Antioquia	45	21	19.238
Arauca	26	6	4.410
Boyacá	2	2	4.700
Caldas	8	5	49.031
Caquetá	45	10	7.742
Casanare	11	4	6.691
Cauca	93	26	233.135
Cesar	11	5	42.801
Chocó	119	26	54.009
Córdoba	4	4	51.859
Guainía	25	4	16.800
Guaviare	25	3	10.267
Huila	16	10	6.699
La Guajira	26	11	241.516
Magdalena	5	5	8.421
Meta	20	6	11.034
Nariño	65	20	124.841
Norte de Santander	9	6	4.865
Putumayo	66	13	26.409
Risaralda	6	3	10.506
Santander	2	2	919
Sucre	3	3	17.823
Tolima	72	7	23.635
Valle Del Cauca	26	14	9.903
Vaupés	5	4	19.533
Vichada	32	4	30.063
Total	796	234	1.064.229

Fuente: INCODER, Resguardos indígenas legalmente constituidos, 2010 y DANE, proyecciones de población indígena en resguardos a 30 de junio de 2010.

De tal suerte, es válido aclarar que el aumento en la constitución de resguardos a partir de la expedición del Decreto 2164 de 1995 resalta la labor del INCORA en la realización de los estudios respecto de las comunidades, sin embargo, las proyecciones trazadas por las autoridades encargadas de la protección de las comunidades indígenas deben encargarse de agilizar el trámite administrativo para la titulación de tierras toda vez hay comunidades con solicitudes en trámite sin una solución pronta.

IMAGEN No. 1: MAPA DE RESGUARDOS INDÍGENAS-CENSO DANE 2005



Es claro el aumento en la constitución de resguardos a partir de la expedición del Decreto 2164 de 1995, resaltando la labor del Incora-Incoder en la realización de los estudios respecto de las comunidades, ya que es esta entidad la que ha facilitado la realidad social que hoy vivimos, aclarando que la meta aún debe alcanzarse puesto que estas medidas aún no abarcan el 100% de la población indígena en Colombia para la protección y salvaguarda de sus tierras con la figura de los resguardos.

6.2. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARATORIA Y DELIMITACIÓN DE ZONAS MINERAS INDÍGENAS POR LOS PUEBLOS ÉTNICOS QUE HABITAN EL TERRITORIO

Ahora bien, teniendo claro el procedimiento para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de resguardos indígenas en Colombia y habiendo definido el concepto de *zona minera indígena*, es momento de abordar el trámite administrativo a seguir por los resguardos, reservas, comunidades indígenas y demás para la delimitación y declaratoria de ésta, en el supuesto beneficio del mencionado derecho de prelación de las comunidades indígenas, el cual permite que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. De tal suerte, se hace necesario acudir a lo establecido por la autoridad minera creada por el Decreto 4134 del 3 de Noviembre del 2011, es decir, la Agencia Nacional Minera (AMN), cuyo objeto es:

(...) administrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado, promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos mineros de conformidad con las normas pertinentes y en coordinación con las autoridades ambientales en los temas que lo requieran, lo mismo que hacer seguimiento a

los títulos de propiedad privada del subsuelo cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley.²¹²

Además, se le consagra la función señalada en el numeral 1° del artículo 4°, “*(E)jercer las funciones de autoridad minera o concedente en el territorio nacional*”²¹³, por lo que dentro de la misma norma se encomienda a la Vicepresidencia de Protección y Fomento la labor de “*(D)irigir los estudios técnicos y sociales requeridos para señalar y delimitar las zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas, así como la declaratoria de las mismas, en los términos establecidos en la ley*”²¹⁴. De ahí, que la Agencia Nacional Minera sea la autoridad, adscrita al Ministerio de Minas y Energía, sobre la que recae la labor de declarar y delimitar las zonas mineras indígenas en el territorio colombiano.

Por lo anterior, desarrollando lo estipulado en el Título Tercero, sobre Regímenes Especiales, Capítulo XIV, sobre Grupos étnicos, de la Ley 685 del 2001, la ANM, implementó el procedimiento MIS1-P-002 del 26 de Diciembre del 2013, elaborado con el fin de “*Establecer las directrices para delimitar y declarar zonas mineras de comunidades indígenas y negras, con el fin de obtener el derecho de prelación en la zona declarada*”²¹⁵, además de enunciar las siguientes actividades internas:

²¹² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 4134 (3, Noviembre, 2011). Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica. Diario Oficial no. 48.242. Bogotá D.C., 2011. Artículo 3.

²¹³ *Ibíd.*, Artículo 4 numeral 1.

²¹⁴ *Ibíd.*, Artículo 17 numeral 7.

²¹⁵ AGENCIA NACIONAL MINERA. Procedimiento para la delimitación y declaración de zonas mineras. MIS1-P-002. Bogotá D.C.: la Agencia, 2013. Pág. 1.

TABLA No. 8: PROCEDIMIENTO

ACTIVIDADES	RESPONSABLE(S)
1. Identificar la necesidad de delimitar y declarar una zona minera. Lo cual se puede realizar a través de una solicitud o de oficio.	Labor a realizar por la Agencia Nacional Minera y/o las entidades públicas y/o la comunidad indígena. Por medio, de informes o solicitudes.
2. Recibir la solicitud de delimitación y declaración de zona minera y entregar al responsable. A través de radicación física, correo electrónico, por medio físico.	Labor realizada por la secretaria de Vicepresidencia de la Agencia Nacional Minera. Por medio del Sistema de Correspondencia.
3. Recibir, diligenciar Formulario, base de datos y crear expediente. Diligenciar los datos principales de la solicitud en un formulario con el fin de alimentar la base de datos de zonas mineras de grupos étnicos.	Labor realizada por el servidor público que administre la base de datos. Por medio del Formulario de radicación, Base de Datos y expediente.

4. Recibir, analizar y asignar al funcionario responsable del expediente. Se hará entrega física del archivo, al responsable del expediente, lo cual figurará en la base de datos de zonas mineras de Grupos étnicos.	Labor realizada por el Gerente / Comité de Formalización. Por medio de memorando, correo electrónico o base de datos.
5. Informar al Administrador de la base de datos, el funcionario asignado a la solicitud. Actualizar la base de datos y entregar el expediente al servidor asignado.	Labor realizada por el Gerente / Comité de Formalización. Por medio de correo electrónico.
6. Actualizar Base de Datos y entregar expediente al servidor asignado. Ingresar las actualizaciones del expediente a la Base de Datos, relacionadas con las fechas de entrega y funcionario asignado.	Labor realizada por el servidor público administrador de la Base de Datos. Por medio de la planilla de control y el expediente.

7. Recibir expediente y realizar las comunicaciones pertinentes. Solicitar mediante oficio, certificaciones a INCODER y al Ministerio del Interior, e informar a la comunidad a través de oficio el INICIO DEL TRÁMITE.	Labor realizada por el servidor público - profesional. Por medio de la planilla de control y el expediente. Por medio de oficios, oficio – Solicitud de certificación de acuerdo con el grupo étnico
8. Recepción de las certificaciones solicitadas. Recibidas las certificaciones se continúa el trámite. Si no se reciben, se reitera la solicitud con el fin de que sean allegadas so pena de archivo del trámite.	Labor realizada por el servidor público - profesional.
9. Analizar información. Revisar, analizar información y reportar fecha de recepción al Administrador de la base de datos. Generar un informe, el cual puede ser final, si el procedimiento termina con su actuación o parcial, si se puede continuar.	Labor realizada por el servidor público - profesional.

10. Decisión sobre la viabilidad del informe final. SI - Si es viable la elaboración del informe final se elabora el acto administrativo de declaración y delimitación de la zona minera indígena. NO - Pero, si no es viable se verificará el acto administrativo de rechazo.	Labor realizada por el servidor público – profesional y de apoyo.
11. Elaboración del informe preliminar.	Labor realizada por el servidor público – profesional y de apoyo.
12. Decisión sobre la viabilidad del proceso. SI - Siendo viable el proceso se realiza la Visita Técnica al área con el fin de verificar si la zona a declarar cumple con los requisitos legales exigidos en la Ley 685 de 2001. NO - Pero, si no es viable se verificará el acto administrativo de rechazo.	Labor realizada por el servidor público – profesional y de apoyo.

13. Informar al Comité la No viabilidad. En el informe deberá fundamentar su conclusión apoyada en un análisis técnico o jurídico del cual quedará copia en el expediente, y definir el paso a seguir.	Labor realizada por el servidor público – profesional y de apoyo. Por medio de correo electrónico.
14. Estudiar informe o concepto y verificar el reporte del responsable.	Labor realizada por el Gerente / Comité de Formalización.
15. Decisión sobre la viabilidad del proceso. SI - Siendo viable el proceso en la postura del Gerente o Comité, se procede a dar el aval del informe. NO - Pero, si no es viable se elaborará el acto administrativo de rechazo y se remitirá para visto bueno.	Labor realizada por el Gerente / Comité de Formalización.

15.1. Dar el aval del informe. Si el comité o gerente está de acuerdo con el informe proferido por el funcionario de apoyo, deberá dar el aval al mismo, para continuar con el trámite pertinente, a saber, la realización de la Visita Técnica.	Labor realizada por el Gerente / Comité de Formalización. Por medio de correo electrónico.
15.2. Elaborar Acto Administrativo de Rechazo y remitir para visto bueno. Con fundamento en el informe proyectado por el funcionario de apoyo, el responsable del expediente deberá proyectar el acto administrativo pertinente.	Labor realizada por el servidor público – profesional y de apoyo. Por medio de correo electrónico.
16. Verificar Acto Administrativo de Rechazo. Una vez proyectado el acto administrativo, pasará a revisión del comité o gerente.	Labor realizada por el Gerente / Comité de Formalización.

17. Conformidad del Gerente o del Comité. SI – Estando conforme con el acto administrativo, se procede a dar visto bueno y remitir para la firma. NO - Pero, si no es viable se devolverá el acto administrativo de rechazo para nueva elaboración.	Labor realizada por el Gerente / Comité de Formalización.
17.1. Dar visto bueno al Acto Administrativo de Rechazo y remitir para firma. Una vez revisado el acto administrativo por el Gerente o Comité el acto administrativo pasará a la firma del Vicepresidente.	Labor realizada por el Gerente / Comité de Formalización.
18. Firmar Acto Administrativo de Rechazo.	Labor realizada por el Vicepresidente de Promoción y Fomento.

19. Elaborar memorando a Atención al minero con el fin de surtir la notificación personal de la Resolución de Rechazo. Una vez firmado el acto administrativo, pasará al Grupo de Información y Atención al Minero para su notificación.	Labor realizada por el servidor público – profesional.
20. Recibir memorando y firmar. El Gerente del Grupo de Fomento firma el memorando que solicita la notificación de la Resolución y pasa el expediente al Grupo de Atención al Minero, para el proceso de notificación de la resolución de rechazo.	Labor realizada por el Gerente del Grupo de Fomento.

21. Recibir expediente y documento soporte de notificación. Surtida la notificación del acto administrativo se recibe el expediente, con el documento soporte de notificación, bien sea para archivo o para resolver recurso.	Labor realizada por el Vicepresidente de Promoción y Fomento.
22. Solicitar a la Gerencia de Catastro y Registro Minero certificación del área libre con respecto a la solicitud Con el fin de continuar con la visita técnica del área.	Labor realizada por el servidor público – profesional. Por medio de correo electrónico o comunicación solicitando certificado de área libre y reporte grafico.
23. Recibir información solicitada. El Grupo de Fomento, recibe la información solicitada por parte del Grupo de Registro y Catastro Minero.	Labor realizada por el servidor público – profesional.

24. Realizar análisis del Certificado de Área Libre. El responsable de expediente realiza la evaluación de la información remitida por el Grupo de Registro y Catastro Minero.	Labor realizada por el servidor público – profesional. Por medio de concepto de viabilidad de la visita.
25. Decisión sobre la necesidad de la visita. SI – Siendo necesaria la visita técnica se procede a programarla. NO - Pero, si no es necesaria, el Gerente o Comité vuelve a estudiar el informe o concepto y se verificará el reporte del responsable.	Labor realizada por el servidor público – profesional.
25.1. Programar Visita Técnica. Una vez revisada la información, el responsable del expediente deberá programar la Visita Técnica al área, acompañado de un grupo interdisciplinario de la Entidad.	Labor realizada por el servidor público – profesional.

26. Realizar Visita Técnica. Se realiza la Visita Técnica al área con el fin de verificar si la zona a declarar cumple con los requisitos legales exigidos en la Ley 685 de 2001.	Labor realizada por el servidor público – profesional.
27. Elaborar Informe de Visita Una vez practicada la Visita Técnica al área se elabora un informe técnico en el cual se concluye si es viable o no la declaración y delimitación de la zona minera de comunidades étnicas.	Labor realizada por el servidor público – profesional. Por medio del informe de visita.
28. Decisión sobre le rechazo SI - Siendo rechazada se procede a elaborar Acto Administrativo de Rechazo y remitir para visto bueno. NO - Pero, si no es rechazada, se procede a elaborar acto administrativo de declaración y delimitación de la Zona Minera.	Labor realizada por el servidor público – profesional.

28.1. Elaborar Acto administrativo de declaración y delimitación de la Zona Minera Con fundamento en el procedimiento realizado se concluye que es viable elaborar Acto administrativo de delimitación y declaración de zona minera. Este acto administrativo será proyectado por el responsable del expediente.	Labor realizada por el servidor público – profesional.
29. Revisar y dar visto bueno al Acto Administrativo de delimitación y declaración de zona minera. Una vez proyectado el acto administrativo, se revisará por el Gerente o por el Comité de Formalización para el visto bueno. En la base de datos se debe actualizar la hoja de vida del expediente, y pasarlos para su revisión, a través de un correo electrónico.	Labor realizada por el Gerente / Comité de Formalización.

30. Revisar y firmar del acto administrativo de delimitación y declaración de Zona Minera. El funcionario competente firmará el acto Administrativo de delimitación y declaración de zona minera.	Labor realizada por el Vicepresidente de Promoción y Fomento.
31. Gestionar la publicación de la Resolución de delimitación y declaración de Zona Minera. Enviar el acto administrativo en formato Word a la Oficina de Planeación con el fin de publicar el acto administrativo de declaración y delimitación.	Labor realizada por el servidor público – profesional. Por medio de correo electrónico o memorando.
32. Remitir para Inscripción la Resolución en el Registro Minero. Elaborar el memorando al Grupo de Catastro y Registro Minero para su anotación.	Labor realizada por el servidor público – profesional. Por medio de memorando.

33. Comunicar la Resolución a la Comunidad beneficiaria. Una vez publicada e inscrita oficiar a la comunidad informando que se surtió el proceso.	Labor realizada por el Gerente de Promoción y Fomento.
---	---

Así, siendo señalado el trámite interno a surtir dentro de la ANM para la declaratoria de una *zona minera indígena* tras el informe o solicitud, puede aportarse otra perspectiva del mismo trámite hasta la realización de la visita técnica y explicitado de manera más sencilla con la ayuda del Sistema Integral de Gestión Minera (SI.MINERO)²¹⁶:

ESQUEMA No. 1: TRÁMITE



²¹⁶ SISTEMA INTEGRAL DE GESTIÓN MINERA. Zonas Mineras Indígenas y zonas mineras de comunidades negras. [En línea] <<http://201.234.79.115/SIMINERO/documentacion/zonas-de-comunidades-negras-e-indigenas/>> (Citado en Enero de 2015).

Bajo este flujograma, los indicadores numerados se describen como:

- 1.** Por medio de esta tarea, se da inicio al proceso. El registro de la solicitud del trámite se hace mediante un formulario web, a través del portal de SI.MINERO, al cual se puede acceder desde el Sistema de Información Minero Colombiano SIMCO.
- 2.** El Coordinador asigna las tareas a las personas capacitadas de su equipo de trabajo.
- 3.** Los actos administrativos y/o comunicaciones que se generan en este trámite son:
 - Un oficio solicitando certificados al INCODER y el Ministerio del Interior para verificar la legalidad de la comunidad.
 - Un oficio solicitando el estudio de libertad de área, enviando como entrada la delimitación de la misma.
 - Un oficio de rechazo u oficio de requerimiento, si el solicitante no es una persona idónea para hacer la solicitud.
 - Una Resolución, informando que no hay área o indicando que el área otorgada es total o parcial.
- 4.** El profesional realiza un informe técnico sobre el área solicitada, describiendo el campo y mostrando los aspectos sociales y económicos de la zona, entre otros.
- 5.** Se registra respuesta del INCODER y MININTERIOR. Teniendo en cuenta estos documentos se emite una evaluación sobre la solicitud presentada.

6. En esta tarea el profesional puede programar, reprogramar o anular una visita que se vaya a realizar a una zona solicitada como zona minera indígena o de comunidad negra²¹⁷.

En lo que se refiere a los distintos roles que se hallan dentro del procedimiento, la ANM y el SI.MINERO concuerdan en que son tres. El primero de ellos es rol del solicitante, quien “(...) es el encargado de dar inicio al proceso, mediante el ingreso de la solicitud, por medio del formulario web en el portal de SI.Minero, al cual se puede acceder desde el Sistema de Información Minero Colombiano SIMCO”²¹⁸; solicitud que contiene los siguientes ítems²¹⁹:

IMAGEN No. 2: SOLICITUD DE DELIMITACIÓN DE ZONA MINERA INDÍGENA

SOLICITUD DE DELIMITACIÓN DE ZONA MINERA INDÍGENA

Radique su Solicitud de delimitación de zona minera. Si tiene alguna duda en el diligenciamiento de este Formato, [consulte el instructivo](#)

De conformidad con lo establecido en el Artículo 122 de la ley 685 de 2001, código de minas, que reza “La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.

El numero de radicación asignado solo tendrá validez una vez se allegue el documento de la solicitud debidamente firmado por la autoridad correspondiente; una vez se diligencie este formato de solicitud, por favor imprímalo, fírmelo y envíelo utilizando cualquiera de las siguientes opciones:
-Fax:
-Correo Electrónico:
o adjuntarlo en el sistema SI.MINERO

Fecha: 2011-02-02 11:24:18 Esta es la fecha de radicación de su solicitud

* NOMBRE COMUNIDAD INDÍGENA Y/O NOMBRE RESGUARDO INDÍGENA (Obligatorio)

1

* Nombre Autoridad Indígena (Obligatorio)

2

* Cédula de ciudadanía (Obligatorio)

3

Correo electrónico

4

Dirección Envío de Correspondencia

5

Teléfono Fijo

6

Teléfono Celular

7

* Departamento

Seleccione uno...

8

* Municipio

Seleccione uno...

9

Comentarios Adicionales a su Solicitud: 10

11 Cancelar 12 Previsualizar solicitud 13 Enviar Solicitud

²¹⁷ Ibídem.

²¹⁸ Ibídem.

²¹⁹ SISTEMA INTEGRAL DE GESTIÓN MINERA. Zonas Mineras Indígenas y zonas mineras de comunidades negras. [En línea] <<http://201.234.79.115/SIMINERO/documentacion/zmi-solicitud-zona-minera-indigena/>> (Citado en Enero del 2015)

Por otro lado, se habla del Coordinador de Zonas Mineras Indígenas y Zonas Mineras de Comunidades Negras, que tiene la función de “(...) *asignar las tareas al profesional capacitado para el desarrollo de éstas dentro del proceso, reasignar a otro profesional las tareas no resueltas por otros usuarios y dar finalización al proceso*”²²⁰. Por último, los Profesionales de Zonas Mineras Indígenas y Zonas Mineras de Comunidades Negras, quienes se encargan de:

(...) solicitar certificación al INCODER o MININTERIOR, para verificar que pertenecen a una comunidad con resguardo; generar oficio de rechazo; y generar oficio de requerimiento, si el solicitante no es una persona idónea para hacer la solicitud; programar visitas; elaborar informe de visita; estudiar libertad de área, solicitando los datos a Ingeominas; generar resolución de libertad de área, informando que no hay libertad de área o que hay libertad de área parcial; reasignar la tarea; y, en caso que la tarea no le corresponda, puede devolverla al coordinador encargado para asignarla a otro profesional²²¹.

De igual forma, es relevante destacar que dentro del procedimiento establecido por la Agencia Nacional Minera se hace referencia a:

- **Las Áreas a delimitar** – La necesidad de que la zona a delimitar y declarar esté dentro del territorio del resguardo indígena²²².
- **Los insumos requeridos para programar visita** – Se señalan dos, el certificado de área libre y el Certificado de presencia de las comunidades indígenas y grupos indígenas en el área, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica.

²²⁰ Ibídem.

²²¹ Ibídem.

²²² AGENCIA NACIONAL MINERA, Procedimiento para la delimitación y declaración de zonas mineras, Op. Cit., p.. 3.

- **La visita** – La Agencia Nacional Minera establece que la visita señalada en el artículo 122 del Código de Minas,

(...) se efectuará teniendo en cuenta el estudio geológico minero del área, con el objeto de verificar en campo la naturaleza y ubicación de los trabajos mineros en curso o que se hubieren adelantado, y los indicios o probabilidades de que el suelo o subsuelo correspondientes son actual o potencialmente productores de minerales. Se establecen entonces en campo, unos puntos de control tendientes a la delimitación de la zona, y se ubican los trabajos mineros o los puntos con potencial minero²²³.

Es válido resaltar, que para la declaratoria de *zona minera indígena* serán tomados en consideración los aspectos sociales, económicos y culturales contemplados por el INCODER en el acto administrativo de resguardo indígena. Ahora, dentro de los aspectos a considerar por este estudio se destacan:

- Aspectos Generales de la región, como localización, vías de acceso y fisiografía general.
- Aspectos sociales y económicos de la comunidad, incluyendo entre otros, economía, información social, cultural y de educación, organización social y sitios sagrados.
- Levantamiento de un mapa social del contexto sociopolítico.
- Aspectos geológicos y mineros: geología general con enfoque al potencial minero de la zona, actividades mineras y potencialidades mineras.²²⁴

²²³ AGENCIA NACIONAL MINERA, Procedimiento para la delimitación y declaración de zonas mineras, Op. Cit., p. 4.

²²⁴ AGENCIA NACIONAL MINERA, Procedimiento para la delimitación y declaración de zonas mineras, Op. Cit., p. 4 – 5.

- **Casos en los que no es procedente la delimitación y declaratoria de zonas mineras** – Se señalan los siguientes eventos:

- Cuando el territorio de propiedad colectiva de comunidades negras, no se encuentre debidamente reconocido por la autoridad competente.
- Cuando el solicitante de declaración de una zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas no este facultado para formular esta solicitud.
- Cuando el área solicitada se encuentre totalmente superpuesta con alguna restricción de orden legal.
- Cuando la zona que requiere la delimitación y declaración, se encuentre totalmente superpuesta con títulos mineros.
- Cuando el informe de visita determine que no es procedente continuar con el trámite para la declaración y delimitación.²²⁵

De esta manera, tras haber analizado el procedimiento y los aspectos relevantes de la delimitación y declaratoria de las *zonas mineras indígenas* señalados por la Agencia Nacional Minera, es útil presentar un balance histórico que señale la cantidad de *zonas mineras indígenas* que existen actualmente en Colombia, las resoluciones que las declararon y las distintas autoridades que han expedido estos actos administrativos con el fin de materializar este mecanismo de protección condicionado, teniendo especial énfasis en las delimitaciones y declaratorias posteriores a la Carta Política de 1991.

- **Balance anual de Zonas Mineras Indígenas en el último cuatrienio**

El Plan Nacional de Desarrollo de 2010 – 2014, señalado en la ley 1450 del 16 de Junio del 2011, establece como uno de sus objetivos el de “(...) *lograr un dinamismo económico regional que permita desarrollo sostenible y crecimiento*

²²⁵ AGENCIA NACIONAL MINERA, Procedimiento para la delimitación y declaración de zonas mineras, Op. Cit., p. 5.

*sostenido*²²⁶; de tal suerte, se tenía presupuestado que tanto la política minera como la protección a los derechos territoriales de las comunidades indígenas avocarían por una armonía, en principio jurídica y luego práctica; con ayuda de los tres pilares de la Prosperidad Democrática, es decir:

1. Una estrategia de crecimiento sostenido basado en una economía más competitiva, más productiva y más innovadora, y con sectores dinámicos que jalonan el crecimiento.
2. Una estrategia de igualdad de oportunidades que nivele el terreno de juego, que garantice que cada colombiano tenga acceso a las herramientas fundamentales que le permitirán labrar su propio destino, independientemente de su género, etnia, posición social o lugar de origen.
3. Una estrategia para consolidar la paz en todo el territorio, con el fortalecimiento de la seguridad, la plena vigencia de los Derechos Humanos y el funcionamiento eficaz de la Justicia.²²⁷

Sin embargo, en lo que respecta a la delimitación y declaración de zonas mineras indígenas

(...) es pertinente anotar que a mayo de 2009 el Ministerio de Minas ha declarado 16 zonas mineras indígenas que suman 197.314 Ha, es decir, menos del 1% del área de los resguardos indígenas en Colombia. Si la prelación –en caso de que los indígenas estén interesados en desarrollar minería– solo funciona en estas zonas, significaría que casi el 100% de los territorios están desprotegidos, y en caso de que las comunidades no deseen minería, su decisión no es vinculante, a pesar de ser Colombia uno de los países suscriptores del Convenio 169 de la OIT²²⁸

²²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1450 (16, Junio, 2011). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010 – 2014. Bogotá D.C. Artículo 1.

²²⁷ *Ibíd.*, Artículo 3.

²²⁸ FIERRO MORALES, Políticas Mineras en Colombia, Op. Cit., p. 171.

Entonces, puede entenderse que el trámite para la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas respecto a la declaratoria de *zonas mineras indígenas* en favor de éstos, es a todas luces extenso y tedioso para una comunidad que desee explorar y explotar los recursos naturales en su territorio. Tanto es así, que sólo en los departamentos de la Guajira, Cauca, Guainía, Chocó, Antioquia y Vaupés se hallan actualmente delimitadas y declaradas *zonas mineras indígenas*.

Ahora bien, ya para el 6 de Mayo del 2010²²⁹, tras la solicitud hecha por la Gobernadora del Cabildo del Resguardo Jambaló, la señora Florilva Trochez Ramos, el Ministerio de Minas y Energía señaló y delimitó a favor del resguardo un área localizada en jurisdicción del municipio de Jambaló, Departamento del Cauca. De tal forma, que el Ministerio de Minas y Energía había declarado, por solicitud de las comunidades indígenas, 17 Zonas Mineras Indígenas en todo el territorio nacional, abarcando un total de 242.985 hectáreas, mientras que en cuanto a las solicitudes en trámite, fueron presentados dos en Antioquia, ocho en Cauca, seis en Guainía, una en Nariño, cuatro en Putumayo, una en Vichada, tres en Risaralda, una en Tolima y una en Vaupés, para un total de 27 procesos que no culminaron en la delimitación y declaratoria de *zonas mineras indígenas*²³⁰.

Asimismo, en el 8 de Febrero del 2013 el Ministerio de Minas y Energía finalizó el traslado de 65 expedientes de Zonas Mineras de comunidades indígenas a la Agencia Nacional Minera. Ésta, una vez evaluados los expedientes recibidos, encontró que 3 de dichos expedientes no correspondían con solicitudes de delimitación de zonas mineras, 17 contenían información de zonas mineras indígenas declaradas. Con lo anterior el número total de solicitudes en trámite

²²⁹ COLOMBIA. MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Resolución n° 180760 (6, Mayo, 2010). Por la cual se señala y delimita una Zona Minera Indígena. Bogotá D.C.

²³⁰ AUDIENCIA PÚBLICA DE RENDICIÓN DE CUENTAS A LA CIUDADANÍA 2010 - 2011. (1: 16, Noviembre, 2011: Bogotá D.C., Colombia). Memorias. Bogotá D.C. Ministerio de Minas y Energía, 2011. p. 74 – 75. 175 p.

recibidas del Ministerio de Minas y Energía, una vez evaluados los expedientes, fue de 91. Además, durante ese año, la ANM realizó las siguientes actividades²³¹:

- 12 visitas de delimitación para las siguientes solicitudes:
 - Resguardo indígena Campo Alegre Afilador.
 - Cabildo Indígena Nueva Isla.
 - Resguardo Indígena San Marcelino.
 - Resguardo Indígena Yarinal.
 - Resguardo Indígena Santa Rosa de Sucumbíos.
 - Resguardo Indígena Cañamomo Loma Prieta.
 - Consejo Comunitario Cocomaseco.
 - Consejo Comunitario Cocomanorte.
 - Consejo Comunitario El Aguacate.
 - Consejo Comunitario Chilona El Salto.
 - Consejo Comunitario Cértegui.
 - Consejo Comunitario Rio Pepe.
- Visita de redelimitación para la solicitud del Consejo comunitario Acadesan.
- Solicitud a las entidades y áreas competentes del gobierno para obtener la información necesaria que permitiera actualizar los expedientes y definir el trámite a seguir.

²³¹ AUDIENCIA PÚBLICA DE RENDICIÓN DE CUENTAS A LA CIUDADANÍA 2012 – 2013. [En línea] < http://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/rendicion_de_cuentas_2014.pdf> (Citado en Enero de 2015).

- Recepción de 14 nuevas solicitudes de zonas mineras indígenas en la Agencia.
- Se estableció el procedimiento MIS1-P-002 para “Delimitación y Declaración de Zonas Mineras”.
- Proyección de los actos administrativos con la información general para 25 solicitudes de zona minera, en tanto que se recopila la información de terceros, entre la cual se encuentra la confirmación de presencia de comunidades indígenas en territorio no declarados como resguardos por parte del Ministerio del Interior.

De manera posterior, para el informe del año 2014 la Agencia Nacional Minera²³² informó lo siguiente:

- 12 visitas de delimitación para las siguientes solicitudes:
 - Resguardo indígena Campo Alegre Afilador
 - Cabildo Indígena Nueva Isla
 - Resguardo Indígena San Marcelino
 - Resguardo Indígena Yarinal
 - Resguardo Indígena Santa Rosa de Sucumbíos
 - Resguardo Indígena Cañamomo Loma Prieta
 - Consejo Comunitario Cocomaseco
 - Consejo Comunitario Cocomanorte

²³² AUDIENCIA PÚBLICA DE RENDICIÓN DE CUENTAS A LA CIUDADANÍA 2013 – 2014. [En línea] < http://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/rendicion_de_cuentas_2014.pdf > (Citado en Enero de 2015).

- Consejo Comunitario El Aguacate
- Consejo Comunitario Chilona El Salto
- Consejo Comunitario Cértegui
- Consejo Comunitario Rio Pepe
- Visita de redelimitación para la solicitud del Consejo comunitario Acadesan.
- Solicitud a las entidades y áreas competentes del gobierno para obtener la información necesaria que permitiera actualizar los expedientes y definir el trámite a seguir.
- Se estableció el procedimiento MIS1-P-002 para “Delimitación y Declaración de Zonas Mineras”
- Declaración de 1 zona minera indígena, a saber:
 - Resolución 006 de febrero 18 de 2014 – Resguardo Indígena Santa Rosa de Sucumbíos y El Diviso (zona minera indígena)
- Ampliación a 6 meses del periodo que tienen las comunidades étnicas para presentar sus propuestas en ejercicio del derecho de prelación otorgado por las zonas mineras. Resolución 079 de enero 29 de 2014.

Así pues, según el Ministerio de Minas y Energía, actualmente existen 17 *zonas mineras indígenas* en el territorio colombiano señaladas así.

TABLA No. 9: ZONAS MINERAS INDÍGENAS EN COLOMBIA

MUNICIPIO	DEPARTAMENTO	RESGUARDO	ETNIA	RESOLUCIÓN	ÁREA (Ha)
Inírida	Guainía	Remanso - Chorrobocón	Puinaves y Curripacos	32634 de 17 dic 1992	47.769
Silvia	Cauca	Pitayó	Nasa	60469 del 14 Sep. 1993	51.537
Paez	Cauca	Togoima, Vitoncó y Toez	Nasa	600787 del 25 Nov 1993	11.541
Puracé	Cauca	Puracé y Paletará	Coconucos	600788 del 25 Nov 1993	20.783
Buenos Aires	Cauca	Las Delicias- Canoas	Paeces	801703 29 Jul 1996	19.079
Bagadó	Chocó	Alto Andágueda	Embera- Katíos	8-1704 del 29 Sep 1996	6.535
Totoró	Cauca	Polindara	Nasa	83563 del 19 Dic 1997	266
Paez	Cauca	Mosocó y San José	Nasa	700083 de 30 ene 1998	18.033
Manaure	Guajira	Alta y media Guajira	Wayuú	181087 del 21 Oct 2002	4.572
Uribia	Guajira	Alta y media Guajira	Wayuú	180521 de 10 May 2004	823

Puracé	Cauca	Puracé	Coconucos	180550 del 12 May 2006	114
Uribia	Guajira	Alta y Media Guajira	Wayuú	181795 del 14 Dic 2006	7.346,7
Valparaiso	Antioquia	La María	Embera Chamí	181295 del 28 Ago 2007	103,2
Uribia	Guajira	Alta y Media Guajira	Wayuú	181451 del 1 Sep 2008	385
Uribia	Guajira	Alta y Media Guajira	Wayuú	181515 del 10 Sep 2008	1.518
Mitú	Vaupés	Vaupés	Puinabes- Curripacos	181529 del 11 Sep 2008	6.909
Jambaló	Cauca	Jambaló	Paéz	180760 del 6 de mayo de 2010	12.992,23

En conclusión, la delimitación y declaratoria de zonas mineras indígenas en favor de las comunidades indígenas es actualmente un arma de doble filo debido a que, aunque se establezca un derecho de prelación para los pueblos indígenas que habitan el territorio y la gran mayoría de zonas mineras indígenas hayan sido delimitadas y declaradas en favor de éstas, el nivel de extracción de la minería artesanal no puede competir las demás formas de extracción de los recursos naturales, por lo que es viable la intervención de terceros en la actividad que desarrollen los pueblos indígenas dentro de su territorio.

6.3. LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL DECRETO 2333 DEL 19 DE NOVIEMBRE DEL 2014

A finales del 2014 el gobierno del presidente Juan Manuel Santos, por medio del Ministerio de Agricultura expidió el Decreto 2333 del 19 de Noviembre del mismo año con el fin de establecer los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas, motivado quizá por la ausencia de la eficiencia en la implementación práctica de los mecanismos de protección atribuidos a las comunidades indígenas, entre otros, a la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de resguardos indígenas y la delimitación y declaratoria de zonas mineras indígenas. Siendo así, no está de más presentar un análisis a los aspectos importantes de esta norma con el propósito de apoyar la investigación aquí presentada.

En desarrollo de lo anterior, en principio es válido mencionar que el bloque de constitucionalidad referido en los capítulos anteriores se presenta como el mayor aporte a la expedición del Decreto 2333 del 2014, toda vez que dentro de los considerandos de la norma se hallan señalados algunos artículos del Convenio 169 de la OIT y la Carta Política de 1991. Además, se resalta la sentencia T-009 del 2013 de la Honorable Corte Constitucional donde se acude a la doctrina para afirmar:

Dada la relación de las comunidades con el hábitat, su concepto de territorio es dinámico, pues para ellas comprende (...) todo espacio que es actualmente imprescindible para que un pueblo indígena acceda a los recursos naturales que hacen posible su reproducción material y espiritual, según sus características propias de organización productiva y social. Este espacio se puede presentar, según sea el caso, de manera continua o discontinua. //

Aclaro que me refiero a un 'espacio actual' porque sitúo la consideración de la definición de límites territoriales de un pueblo determinado, en un momento histórico sincrónico cuyas características demográficas y tecnológicas, una

vez determinado el espacio que le corresponde, deberán modificarse y/o readecuarse en el futuro, de tal manera que guarden una relación equilibrada al interior de sus límites.²³³

De esta manera, se logra ejemplificar,

(...) la importancia de ampliar el concepto de territorio de las comunidades étnicas a nivel jurídico, para que comprenda no sólo las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad –por ejemplo bajo la figura del resguardo-, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra y se contribuya a la preservación de las costumbres pasadas y su transmisión a las generaciones futuras.²³⁴

Razón por la cual, el Decreto propone mejorar la eficiencia de los mecanismo de protección de los territorios habitados por las comunidades indígenas. Ahora bien, en cuanto a los principios que rigen esta norma se puede hablar de los siguientes

1. Celeridad de los procesos de protección de la posesión de la tierra o territorios ancestrales y/o tradicional – Establece que “(...) *el procedimiento de protección jurídica a la posesión de los territorios ancestrales y/o tradicionales, al igual que todas las actuaciones y decisiones, estará desprovisto de toda dilación administrativa y se ajustarán a los criterios constitucionales y a la ley antitrámites*”²³⁵; por lo que se infiere el reconocimiento por parte del gobierno nacional de la necesidad del mejoramiento, no sólo de la estructura jurídica sino también de lo netamente

²³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-009 del 21 de Enero del 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C. p. 15. 60 p.

²³⁴ *Ibíd.*, p. 15 – 16.

²³⁵ COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. Decreto 2333 (19, Noviembre, 2014). Por medio del cual se establecen los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas acorde con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, y se adicionan los artículos 13, 16 y 19 del Decreto 2664 de 1994. Bogotá D.C. Artículo 2.

procedimental en la aplicación de los mecanismos de protección al territorio de las comunidades indígenas.

2. Relación especial de los pueblos indígenas con las tierras y territorios –

Se establece que *“(E) l Estado respeta, reconoce y garantiza la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas reviste su relación con las tierras y territorios, o con ambos, que ocupan y utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación”*²³⁶.

3. Respeto a la ley de origen, ley natural, derecho mayor o derecho propio de los derechos indígenas – Se establece la importancia del respeto a la autonomía y jurisdicción de la comunidad indígena.

4. Identidad territorial ancestral y/o territorial – Se refiere al sentido de pertenencia de la comunidad indígena con el territorio poseído.

5. Respeto a los derechos de terceros – Se refiere al reconocimiento y respeto a los derechos adquiridos por terceros.

Ahora bien, un detalle notorio de esta norma es que incluye al concepto de *resguardo* en los *territorios ancestrales y/o tradicionales*, al definir a éstos como *“(...) los resguardos indígenas, aquellas tierras que históricamente han venido siendo ocupados o poseídos por los pueblos o comunidades indígenas y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, culturales y espirituales”*²³⁷. Sumado a lo reseñado, también se propende por la creación del acto administrativo que reconozca la posesión de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales *“(...) mientras se cumple el trámite*

²³⁶ Ibídem.

²³⁷ Ibíd., Artículo 3.

*administrativo para la expedición del título de propiedad colectiva*²³⁸, lo que a todas luces se entiende como la aceptación, por parte del gobierno nacional, del tedio y la demora del procedimiento para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas en Colombia.

Continuando con el análisis del Decreto 2333 del 2014, es inevitable mencionar que en el Título II, Capítulo I, Artículo 4° se le da un plazo de seis meses, a partir de la entrada en vigencia de la norma, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para crear un sistema de coordinación interinstitucional con el fin de unificar la información predial de los territorios indígenas y posteriormente crear un sistema de información con las cifras recopiladas. Sistema de coordinación que estará integrado por los Ministerios del Interior, Agricultura y Desarrollo Rural además del de Ambiente y Desarrollo Sostenible; sumados al IGAC, a la Superintendencia de Notariado y Registro, el INCODER y la Comisión Nacional de Territorios Indígenas.

Por otro lado, en el Título III, Capítulo I, Artículo 5° de la norma analizada, se consagra el procedimiento a seguir para adelantar la medida de protección de la posesión de territorios ancestrales y/o tradicionales, dentro de los que se encuentran los resguardos, y que se divide en los siguientes pasos:

²³⁸ Ibídem.

TABLA No. 10: PROCEDIMIENTO

ACTIVIDAD	DESCRIPCIÓN
1. Solicitud	El trámite se iniciará: • De oficio por el INCODER, • A solicitud del Ministerio del Interior o de otra entidad pública, • De la comunidad indígena interesada, a través de su cabildo o autoridad tradicional, o de una organización indígena. Esta solicitud, debe acompañarse de información básica relacionada con la ubicación, vías de acceso, croquis del área a proteger, el número de familias que integra la comunidad y la dirección donde recibirán comunicaciones y notificaciones. Además, podrá presentarse junto con la solicitud de constitución de resguardos de que trata el Capítulo 111 del Decreto 2164 de 1995.

2. Validación de la información y apertura de expediente	Una vez recibida la solicitud por el INCODER y revisados los documentos aportados, dentro de un término no mayor a 20 días se procederá a abrir un expediente, al cual se le asignará una numeración. Éste contendrá las diligencias administrativas adelantadas en el presente procedimiento. El INCODER revisará si adicionalmente existe una solicitud de procedimientos de constitución, ampliación, saneamiento de resguardos o clarificación y/o reestructuración de la vigencia legal de los títulos de origen colonial o republicano y podrá usar esta información para el procedimiento de protección del objeto del presente decreto, como por ejemplo el estudio socioeconómico.
3. Certificación de Apertura de expediente e Inicio de Proceso de Protección	Una vez se realice la solicitud y abierto el expediente de protección de los territorios ancestrales y/o tradicionales de los pueblos indígenas, el INCODER expedirá inmediatamente una Certificación de Apertura de Expediente e Inicio de Proceso de Protección, la cual será notificada a la comunidad y a quien ésta lo solicite.

4. Posibilidad de estudios socioeconómicos y levantamientos topográficos dentro de la constitución, ampliación y saneamiento de resguardos.	En caso de que existan estudios socioeconómicos y levantamientos topográficos adelantados dentro de los procedimientos de constitución, ampliación, saneamiento, o reestructuración de resguardos de origen colonial o republicano que hayan avanzado, el INCODER podrá emitir inmediatamente la medida de protección basado en la información y estudios que reposen en dichos expedientes.
5. Auto que ordena la Visita Técnica	El INCODER emitirá un auto donde se determinen los responsables, funcionarios, y fechas para realizar la visita técnica tendiente a recopilar la información para la elaboración del estudio socioeconómico y levantamiento topográfico. El auto comunicará: • Al Procurador Agrario, • A las comunidades ocupantes interesadas y • A quien hubiese formulado la solicitud. Se notificará personalmente a los titulares de derechos inscritos en los folios de matrícula inmobiliaria y se fijará un edicto que contenga los datos esenciales de la petición en la secretaría de las alcaldías donde se halle ubicado el territorio ancestral y/o tradicional, por el término de 10 días, el cual se agregará al expediente.

6. Visita Técnica	En la visita técnica se levantará un acta suscrita por las autoridades indígenas y funcionarios y las personas que han intervenido en ella, la cual deberá contener los siguientes datos: a) Ubicación del territorio, b) Linderos generales, c) Área aproximada, d) Número de habitantes que hacen parte de la comunidad, e) Número de colonos o terceros establecidos, indicando el área aproximada que ocupan y la explotación que adelantan. La visita deberá realizarse en un plazo no mayor a 12 meses después de emitido el auto. En los casos en que exista riesgo de despojo territorial, la visita se hará con carácter urgente y prioritario.
7. Entrega de estudio socioeconómico y levantamiento topográfico.	Dentro de los 30 días hábiles siguientes a la culminación de la visita técnica, el INCODER elaborará el estudio socioeconómico y levantamiento topográfico con su plano correspondiente. Se compulsará copia del mismo a la comunidad respectiva y se realizará socialización cuando esta lo requiera.

8. Expedición de la resolución de protección provisional de la posesión del territorio ancestral y/o tradicional.	Con base en el estudio socioeconómico y levantamiento topográfico, El INCODER expedirá, en un plazo no mayor a 15 días siguientes a la elaboración del mismo, una resolución motivada decidiendo sobre el reconocimiento y protección provisional de la posesión del territorio ancestral y/o tradicional. En caso que resulte procedente tal reconocimiento y protección, en la misma resolución se solicitará a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos la inscripción de la medida provisional en los folios correspondientes. En los casos en que no existan folios de matrícula inmobiliaria se solicitará la apertura inmediata de uno nuevo a nombre del INCODER, con la anotación provisional respectiva de su carácter de territorio ancestral y/o tradicional indígena, en favor de la respectiva comunidad, así como la inscripción de la mencionada resolución.
---	--

De esta forma, el trámite de protección a la ocupación o posesión de territorios para las comunidades indígenas tiene la intención de paliar el extenso, agotador y tedioso procedimiento para la constitución, saneamiento, ampliación y reestructuración de resguardos indígenas, por medio de un acto administrativo con similitudes en el trámite para su consecución pero diferencias en los términos, lo que no garantiza un gran avance sino por el contrario genera algunas dudas en su eficiencia. No obstante, prosiguiendo con el análisis de la norma jurídica, junto al procedimiento señalado anteriormente, se indica que ante la presencia de

superposición de ocupaciones o posesiones entre pueblos indígenas, la medida de protección se extenderá a todas ellas de carácter provisional mientras el INCODER realice la titulación correspondiente²³⁹.

Sumado a lo anterior, en lo que se refiere al estudio socioeconómico y levantamiento topográfico se consagra la posibilidad de usar la información obtenida en el trámite de protección a la posesión de territorios ancestrales y/o tradicionales indígenas para apoyar la los procesos de constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de resguardos indígenas basados en los parámetros legales²⁴⁰. Asimismo, dentro de este Capítulo, se habla de una prelación de la protección a la posesión de estos territorios para las comunidades indígenas en riesgo o situación de desplazamiento²⁴¹.

Por otro lado, se presenta un detalle significativo en el Artículo 8° de la norma analizada, ya que habla de la creación de un Código de territorios ancestrales y/o tradicionales por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro en un término de treinta días, contados a partir de la vigencia del Decreto 2333, es decir, el 19 de Noviembre del 2014. Medida imperativa que fue acogida por la entidad al expedir la Resolución n°14364 del mismo año, en la que se resolvió:

Crear y adoptar un número de código y la especificación que continuación se relaciona, para la calificación e inscripción en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos del país, del acto jurídico de Protección Provisional de la Posesión de Territorios Ancestrales y/o Tradicionales por pueblos indígenas, así:

²³⁹ Ibíd., Artículo 5.

²⁴⁰ Ibíd., Artículo 6.

²⁴¹ Ibíd., Artículo 7.

CÓDIGO NATURALEZA JURÍDICA

0900 OTROS

0949 PROTECCIÓN PROVISIONAL DE LA POSESIÓN DE
TERRITORIOS ANCESTRALES Y/O TRADICIONALES POR PUEBLOS
INDÍGENAS.²⁴²

Igualmente, dentro de este acto administrativo, se:

- Delega a la Oficina de Informática de la Supernotariado la implementación en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, el nuevo código para registro de los actos del INCODER²⁴³;
- Ordena el envío de copia de este acto administrativo a las y los Registradores de Instrumentos Públicos y Notarios y Notarias del país, para lo de su competencia²⁴⁴;
- Señala que el acto administrativo rige para las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, que utilicen el sistema folio magnético, a partir de su implementación por parte de la Oficina de Informática y para las oficinas que funcionan dentro del Sistema de Información Registra - SIR, a partir de su implementación por parte del operador respectivo²⁴⁵.

Ahora bien, reanudando el análisis del Decreto 2333 del 2014 se enunciará el Artículo 9°, donde se establece que inmediatamente después de expedida la resolución que reconozca y proteja la posesión de los territorios ancestrales y/o

²⁴² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y RESGISTRO. Resolución n° 14364 (23, Diciembre, 2014). Por la cual se crea y adopta un código para la inscripción de las Resoluciones de Protección Provisional de la Posesión de Territorios Ancestrales y/o Tradicionales por pueblos indígenas, de conformidad con el Decreto No. 2333 de 2014, que establece los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica a dichos territorios, según lo dispone el Convenio 169' de la OIT en sus artículos 13 y 14. Bogotá D.C. Artículo 1.

²⁴³ Ibíd., Artículo 2.

²⁴⁴ Ibíd., Artículo 3.

²⁴⁵ Ibíd., Artículo 4.

tradicionales, el INCODER iniciará el proceso de demarcación del área reconocida por medio de una placa con un mapa de coordenadas del área objeto de protección que será instalada en lugar visible para la comunidad. Aunque en los casos en los que se evidencie amenazas o violación a derechos humanos, el INCODER a petición y concertando con la comunidad acogerán la medida más adecuada para la demarcación.

Luego, en el Capítulo II del Título III, se consagran otras medidas de protección a la posesión de territorios ancestrales y/o tradicionales de las comunidades indígenas, entre las que se destaca, para la investigación, la hallada en el artículo 10, a saber:

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 69 y 72 de la Ley 160 de 1994 y de conformidad con el capítulo V del Título Segundo del reglamentario 1465 de 201 el INCODER podrá revocar directamente, en cualquier tiempo, resoluciones de adjudicación tierras baldías donde estén establecidas comunidades indígenas o que constituyan su hábitat, proferidas con violación a lo establecido en las normas legales o reglamentarias vigentes sobre baldíos.

No podrán hacerse adjudicaciones de baldíos donde establecidas comunidades indígenas o que constituyan su hábitat, sino únicamente y con destino a constitución y ampliación de resguardos indígenas.²⁴⁶

(Negrilla fuera del texto original).

En pocas palabras, se busca en la protección a los derechos atribuidos a las comunidades indígenas sobre su territorio al revocar directamente las resoluciones de adjudicación de tierras baldías donde estos pueblos estén establecidos. Conjuntamente, se adiciona al artículo 13 del Decreto 2664 de 1994 en lo referido a la Certificación de la existencia de comunidades o pueblos indígenas en tierras baldías lo siguiente:

²⁴⁶ COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, Decreto 2333 (19, Noviembre, 2014), Op. Cit., Artículo 10.

Parágrafo 2. De conformidad con el artículo 69 de la Ley 160 de 1994 y en concordancia con los artículo 9 y 13 del presente Decreto, previo al estudio de la solicitud de adjudicación de baldíos, la Dirección Técnica de Baldíos y/o las Direcciones Territoriales respectivas del INCODER solicitarán a la Dirección de Asuntos Étnicos de esta entidad certificación sobre la existencia o no, en el área pretendida, de solicitudes de constitución, saneamiento o ampliación de resguardos indígenas, o reestructuración de resguardos de origen colonial o republicano, así como medidas de protección de la posesión de territorios ancestrales y/o tradicionales. De no encontrarse información registrada sobre dichos procesos, deberá solicitarse información adicional al Ministerio del Interior, a las entidades territoriales pertinentes y/o a las organizaciones indígenas, para que se pronuncien sobre la existencia o no de comunidades indígenas en el área pretendida, la cual será remitida al Ministerio del Interior para su respectiva validación.²⁴⁷

Lo que demuestra el interés, de parte del gobierno nacional, por solucionar las violaciones a los derechos territoriales de las comunidades indígenas sobre todo en lo que respecta a la adjudicación de tierras baldías a terceros cuando son ocupadas por éstos. A la par con esta adición, se presenta la hecha al artículo 16 del Decreto 2664 de 1994, sobre la publicidad de la solicitud, que a partir del 19 de Noviembre quedó así:

Parágrafo: En el evento de que se haya certificado existencia de procesos de los que trata el parágrafo 2 del artículo 13 del presente decreto, o se haya recibido información acerca de la existencia de comunidades indígenas sobre el predio pretendido o colindante, se notificará a la Autoridad Indígena y/o las organizaciones indígenas de carácter nacional sobre la realización de la inspección ocular dentro del procedimiento de adjudicación en tierras baldías.

²⁴⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. Decreto 2333 (19, Noviembre, 2014), Op. Cit. Artículo 11.

La Autoridad Indígena y/o las organizaciones indígenas de carácter nacional podrán acompañar dichas inspecciones.²⁴⁸

Además, a la verificación de los siguientes hechos de que habla el numeral 1 del artículo 19 del Decreto antes enunciado, o sea: el nombre y localización del inmueble, con indicación del departamento municipio, inspección de policía y vereda o fracción donde se encuentre; los linderos del predio, con sujeción a los puntos cardinales, y el nombre e identificación de los colindantes suministrados por el peticionario, confrontándolos con el plano que para el efecto se haya elaborado o aportado y, en todo caso, verificándolos directamente en el curso de la diligencia; la clase de explotación del predio, señalando si ésta es adelantada directamente por el peticionario a sus expensas con indicación de la porción ocupada o cultivada y la inculta, su grado de conservación, naturaleza de los cultivos, edificaciones, número y clase de ganados, extensión y estado de los crecimientos y demás mejoras instaladas en el fundo; la explotación adelantada en el inmueble, para determinar si corresponde a la aptitud agropecuaria de los suelos que se establezca en la diligencia; el tiempo de ocupación y aprovechamiento económico del predio se determinará teniendo en cuenta las evidencias de intervención sobre suelos, por el período vegetativo de los cultivos permanentes y sempiternamente, la composición del hato ganadero, el registro de marcas, las adecuaciones para ganadería, la existencia de pastos mejorados, y otros medios de orden técnico que sean pertinentes; la clase de bosques, señalando si pertenecen a especies maderables de valor comercial; si las fuentes de corrientes de agua son objeto de la protección vegetal exigida por la ley; si es necesario repoblar o conservar los bosques existentes, o si éstos pueden aprovecharse de conformidad con las disposiciones vigentes; las áreas dedicadas a la conservación de la vegetación protectora, así como las destinadas al uso forestal racional, situadas fuera de las zonas decretadas como reservas forestales o de bosques nacionales; determinar, además, si en el predio hay bosques de

²⁴⁸ COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. Decreto 2333 (19, Noviembre, 2014), Op. Cit. Artículo 12.

páramo, de galería, morcillas, humerales, ciénagas, marismas y otros espacios bióticos; si el predio tiene márgenes o laderas con pendientes superiores a cuarenta y cinco grados (45°); si el predio está comprendido o no en una zona reservada por el instituto u otra entidad pública, o por la ley; o se hallan establecidas comunidades indígenas, o se hayan destinadas a la titulación colectiva en beneficio de las comunidades negras, según las prescripciones de la Ley 70 de 1993 y sus reglamentos; determinar si el predio hace parte de playones y sabanas comunales, o playones nacionales, o madre viejas desecadas naturalmente de los ríos, lagos, lagunas y ciénagas de propiedad nacional, así como también si se halla dentro de las reservas territoriales del Estado, o comprende bienes de uso público; indicar si el predio se halla situado dentro de un radio de cinco (5) kilómetros alrededor de las zonas donde se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables; establecer si el predio es aledaño a Parques Nacionales Naturales constituidos; determinar si el predio se encuentra dentro de las zonas seleccionadas o reservadas por entidades públicas, para adelantar planes viales u otros de igual significación económica y social para la región o el país; si se hallan establecidas en el fundo personas diferentes al peticionario, indicando a qué título y la extensión aproximada que ocupan. Para tal efecto, podrá recibir los testimonios o documentos que sean pertinentes; los demás datos o hechos que el INCORA (ahora INCODER) considere necesario hacer constar en el acta respectiva²⁴⁹; se adicionó otro literal: “o) *Si existe presencia de comunidades indígenas en el área pretendida que ejerzan posesión ancestral y/o tradicional sobre el territorio*”.²⁵⁰

Prosiguiendo, esta norma menciona un tratamiento especial o medidas excepcionales para la demarcación y protección de los territorios ocupados por los

²⁴⁹ COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. Decreto 2664 (3, Diciembre, 1994). Por el cual se reglamenta el Capítulo XII de la Ley 160 de 1994 y se dictan los procedimientos para la adjudicación de terrenos baldíos y su recuperación. Diario Oficial n° 41.627. Bogotá D.C. Artículo 19.

²⁵⁰ COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. Decreto 2333 (19, Noviembre, 2014), Op. Cit., Artículo 13.

pueblos indígenas en situación de aislamiento (PISA), toda vez se plantea la necesidad de intervención de otras comunidades indígenas además de algunas autoridades regionales y nacionales.

En definitiva, el Decreto 2333 del 19 de Noviembre del 2014 demuestra la intención del gobierno nacional de paliar o contrarrestar el fracaso que se manifiesta en la materialización de la protección a los derechos territoriales de las comunidades indígenas que, como se demostró en este escrito, desde la Constitución Política de 1991 adquirieron un valor preponderante frente a los derechos de orden netamente económico. El déficit es tal que incluso en los parámetros del reconocimiento de los derechos en la constitución de un resguardo por parte de la comunidad, éstos, o sea, los derechos territoriales de los pueblos indígenas, se ven afectados entre otras cosas por la adjudicación de tierras baldías a terceros. De tal suerte que, habiendo hecho esta investigación se pondrá de presente la respuesta al interrogante señalado en el comienzo del escrito, con un NO contundente.

7. CONCLUSIONES

Por último, habiendo enunciado los derechos atribuidos constitucionalmente a las comunidades indígenas que sirven de base para la incorporación de instrumentos jurídicos que protejan su territorio; presentado el desarrollo jurídico de los mecanismos de protección a los derechos territoriales de las comunidades indígenas en la legislación nacional; y haber descrito el procedimiento administrativo a seguir por las comunidades indígenas que habitan el territorio colombiano para constituir, reestructurar, sanear o ampliar un resguardo indígena además del trámite para delimitar y declararse zona minera indígena, aunado a un análisis del Decreto 2333 del 2014. Es preciso concluir:

1. La Constitución Política de 1991 es la base normativa para el reconocimiento y protección de los derechos de las comunidades indígenas.

Como se demostró en este texto, en un Estado social y democrático de derecho como el colombiano la fuente que contiene los principios y valores normativos de los cuales emanan los distintos derechos que poseen los miembros de la sociedad, es la Constitución Política. Es dentro de ésta, donde se halla el principio que sirve de sustento teórico para la protección de los derechos indígenas, a saber, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Por lo tanto, la consagración de los derechos fundamentales de los grupos étnicos en Colombia, tales como, derecho a la subsistencia o supervivencia cultural; a la integridad étnica, cultural y social; a la Consulta previa y a la toma de decisiones que puedan afectar a la comunidad; y a la propiedad colectiva, no hallaría una sólida estructura sobre la cual asentarse sino existiera una norma constitucional que los sostuviera.

2. En la legislación colombiana existen mecanismos de protección suficientes para garantizar la protección de los derechos de las comunidades indígenas sobre su territorio.

El devenir de la historia normativa en Colombia, ha llevado a que en la actualidad, dentro de la legislación nacional, existan instrumentos jurídicos cuyo objeto sea la protección y salvaguarda de los derechos territoriales que les asisten a los pueblos étnicos. Es así, como dentro de esta investigación fueron identificados y caracterizados cada uno de los mecanismos de protección encontrados en la ley nacional, a saber, los resguardos indígenas, las reservas indígenas, la consulta previa y por último, la zona minera indígena. Lo que nos lleva a concluir que la ley colombiana dota a la comunidad indígena, como sujeto colectivo de derechos, de suficientes instrumentos jurídicos que propenden por el ejercicio de la protección a los derechos territoriales que le asisten a ésta. Prueba de lo anterior, se encuentra en las normas reseñadas en el capítulo II de esta investigación, que evidencian el compendio jurídico que sobre esta materia rige en Colombia, logrando así conformar el bloque de constitucionalidad que sirve como base teórico-jurídica de los instrumentos denominados: resguardo, zona minera indígena y consulta previa.

3. El *resguardo indígena* es la máxima representación jurídica del reconocimiento y protección a los derechos de las comunidades indígenas en Colombia.

Si bien son diversos los mecanismos de protección a las comunidades indígenas, que han sido mencionados a lo largo de este proyecto, es uno el que a nuestra consideración sirve de plataforma para la concreción de los demás postulados jurídicos, estamos hablando, del resguardo indígena. Este instrumento jurídico se presenta como la consolidación del reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio. Además, es viable afirmar que los derechos territoriales se han fortalecido con la constitución de los resguardos,

base fundante para la delimitación y declaratoria de zonas mineras indígenas, la consulta previa y los títulos individuales por comunidad o parcialidades.

Ahora bien, es importante destacar el Decreto 2164 de 1995, que crea el procedimiento a seguir para la consolidación de los resguardos indígenas en Colombia, sin duda alguna un paso para la protección del mecanismo más importante sobre los derechos de las comunidades indígenas en sus territorios, dejando de un lado que el único actor en la búsqueda de la protección de los derechos de las comunidades sean estas mismas, ya que el INCODER de oficio o la entidades públicas a cargo de la protección de los derechos de la minorías, puedan solicitar y facilitar la iniciación del proceso de constitución.

En nuestros días la constitución de un resguardo indígena es un tema que no sólo tiene una normativa clara, sino que posee lineamientos base, sobre los cuales se busca la protección territorial indígena, además de crear aspectos claves para la salvaguarda de los derechos de las etnias, como lo es la información obtenida a través de los estudios realizados, y así tener una panorámica entregada por la misma comunidad sobre sus necesidades y temas que los afectan.

4. La *zona minera indígena* en la legislación minera colombiana, es el instrumento idóneo para manifestar el derecho de prelación de las comunidades indígenas sobre su territorio.

De otro lado, en lo que se refiere a la zona minera indígena es válido decir que es el instrumento que la legislación minera colombiana otorga a las comunidades indígenas para que hagan uso del derecho de prelación en la explotación de recursos naturales hallados en su territorio. Por esto, en opinión nuestra puede ser considerado un mecanismo de protección de los derechos territoriales de los pueblos étnicos, debido a que se constituye a partir de la base del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural desarrollada en la Carta Política.

Asimismo, como se mostró en el presente escrito, existe todo un desarrollo legal y reglamentario que aborda el procedimiento para la delimitación y declaratoria de zonas mineras indígenas, que esta a cargo de la Agencia Nacional Minera como autoridad competente y entidad adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

5. El INCODER y la ANM son las autoridades encargadas de ejecutar y coordinar el cumplimiento de los postulados normativos que reconocen y protegen los derechos territoriales de las comunidades indígenas.

Las normas referenciadas las cuales fueron objeto de nuestro estudio, nos llevan a concluir que la función del estado como facilitador de los mecanismo de protección respecto de las minorías y en particular de las comunidades indígenas, ha estado encaminada a la creación de autoridades como el INCODER y la Agencia Nacional Minera, las cuales no sólo buscan la transparencia en los estudios sino la verificación de los datos aportados por la comunidad y los organismos estatales que de oficio solicitan la constitución de resguardos además de la delimitación y declaratoria de zonas mineras indígenas.

Es la conformación del INCODER un medio para las comunidades indígenas en lo referente a su territorio, ya que es en virtud de éste que puede llevarse a cabo la conformación, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos, siendo el facilitador del acceso de las comunidades a los factores productivos y bienes públicos, contribuyendo así a mejorar su calidad de vida. Igual de importante llega a presentarse la Autoridad Nacional Minera, ya que tiene la misión de materializar el derecho de prelación al momento de delimitar y declarar zonas mineras indígenas en Colombia, toda vez es la autoridad competente para otorgar dicho beneficio a la comunidad que desee acceder a él.

6. La problemática procedimental no se soluciona con más normas jurídicas, ni más autoridades, sino con el riguroso cumplimiento de los términos establecidos en las leyes y los decretos.

En un país legalista como el colombiano, habitualmente las autoridades incurren en el error de concebir a la norma jurídica como la salida a los inconvenientes sociales y culturales que aquejan a la comunidad. De ahí que, como se demostró anteriormente, aunque sea suficiente la normatividad que protege los derechos territoriales de los pueblos indígenas, dentro de nuestra investigación encontramos que se han presentado problemas al momento de materializar los mecanismos de protección, precisamente porque su exigibilidad está supeditada a las autoridades encargadas de dar cumplimiento a lo estipulado. De ahí, que la solución reiterada en esta investigación se centre netamente en lo que concierne a lo procedimental, haciendo que los mínimos términos sean los que primen en la constitución de resguardos, al igual que en la delimitación y declaratoria de zonas mineras indígenas en favor de la comunidad étnica que las habite.

Ahora bien, pese a lo que se ha ido concluyendo en este trabajo, en este momento se ha emprendido de nuevo un camino normativo que busca la salvaguarda de los derechos de los indígenas para con sus territorios, tal como se refleja con el Decreto 2333 del 19 del 2014 analizado en el capítulo III.

7. Con el Decreto 2333 del 19 de Noviembre del 2014, el gobierno nacional busca promover más postulados normativos en pro de las protección a los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

Las nociones normativistas que imperan en Colombia, conllevan a atribuir la solución a los problemas actuales a la norma jurídica. Es por esto, que para finales del año anterior se expidió el Decreto 2333 como una forma de proteger los territorios poseídos por las comunidades indígenas de manera tradicional y ancestral, toda vez uno de sus principios es el de la celeridad que puede verse reflejada en la duración del trámite que se establece en 75 días:

1. Solicitud, sin término;
2. Validación de información, se tiene que dar en un término de 20 días hábiles;
3. Auto que ordena la visita en 10 días hábiles;
4. Entrega del estudio, en 30 días hábiles; y
5. Expedición de resolución en 15 días hábiles. Mientras la demarcación se realiza sin tiempo establecido.

De tal suerte, vale decir que la implementación de un título provisional que acredite la posesión tradicional y/o ancestral de un territorio por parte de una comunidad indígena, puede llegar a ofrecer buenos réditos, además de presentar algunos otros beneficios, como por ejemplo la posibilidad de utilizar y facilitar los estudios para esta titulación en los trámites de constitución, saneamiento, reestructuración y ampliación de los resguardos, y la creación de un sistema de coordinación interinstitucional. No obstante, por ser una norma con una vida jurídica de tan solo tres meses de vigencia es necesario hacer un seguimiento exhaustivo con el fin de prevenir y sancionar cualquier tipo de actuación que vaya en contra de la celeridad que debe darse en los procedimientos allí señalados, por lo que a nuestro parecer es muy pronto como para afirmar o negar la utilidad de este trámite de titulación provisional a la posesión.

BIBLIOGRAFÍA

DURÁN SALAZAR, Diego Fernando; MORENO ANAYA, Oscar Enrique. Análisis sustancial y procesal de los requisitos que debe cumplir el pequeño minero para que mediante la figura del contrato de concesión, le sea permitida la explotación aurífera en un área determinada. Bucaramanga, 2012, 142 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho.

REY QUIJANO, Jeisson S. La explotación minero aurífera ilegal en el sur de bolívar colombiano; análisis en el distrito minero de Santa Rosa. (2002-2008). Bucaramanga, 134 p, 2008, trabajo de grado (Abogado), Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política.

RUEDA CARVAJAL, Carlos E. El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena nacional en Colombia. El debate de la coordinación. En: Revista de Estudios Socio Jurídicos de la Universidad del Rosario. N° 1 (Enero - Junio, 2008); ISSN 0124 – 0579.

QUINTERO GARAY, Clara P. Expropiación indirecta en los contratos de concesión. En: Revista de Estudios Socio Jurídicos de la Universidad del Rosario. N° 2 (Julio – Diciembre, 2008); ISSN 0124 – 0579.

GÓMEZ REY, Andrés. La concesión de aguas superficiales a la luz de la teoría general del acto administrativo. Incidencia de la tradición dogmática del derecho público en el derecho ambiental. En: Revista de Estudios Socio Jurídicos de la Universidad del Rosario. N° 2 (Julio - Diciembre, 2010); págs. 345 – 377. ISSN 0124 – 0579, ISSNE 2145 – 4531.

TIRADO ACERO, Misael. Tierra, autonomía y ancestralidad, una triada de poder al interior de la jurisdicción especial indígena en Colombia. En: PROLEGÓMENOS Derechos y Valores, Ph.D, Director Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales. Facultad de Derecho Universidad Militar Nueva Granada, Colombia, Bogotá, D.C. Volumen XIV - No. 28 - Julio - Diciembre 2011 - ISSN 0121-182X, editorial: Bernardo Vanegas Montoya, Ph.D.

GALVIS, María C. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas – La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. DPLF. Washington D.C., 2006; 24 p. T: 202-462-7701 | F: 202-462-7703.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César et al. JUSTICIA GLOBAL 2: La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 2010. ISSN: 2145-2369.

GUERRERO G, Luis G. et al. Minería, Conflictos Sociales Y Violación De Derechos Humanos En Colombia. CINEP. Programa por la Paz. Bogotá D.C., 2012; 25 P.

RUBIANO GALVIS, Sebastián. La regulación ambiental y social de la minería en Colombia: comentarios al proyecto de ley de reforma al Código de Minas. Foro Nacional Ambiental. Bogotá D.C., 2012; 16 p.

RODRÍGUEZ, Gloria A. La Consulta Previa con Pueblos Indígenas y Comunidades Afrodescendientes en Colombia. Derecho Ambiental. Facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario. Bogotá D.C., 2010; 203 p.

GONZÁLEZ PERAFÁN, Leonardo. Impacto de la minería de hecho en Colombia: Estudios de caso: Quibdó, Istmina, Timbiquí, López de Micay, Guapi, El Charco y Santa Bárbara. Bogotá, D.C., mayo de 2013. Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz- INDEPAZ.

PADILLA, Guillermo. Et al. El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina. Bolivia, 2012: editorial Beatriz Cajías de la Vega y Claudia Heins.

FIERRO MORALES, Julio. Políticas Mineras en Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá, 2012; 264 p. ISBN 978-958-8341-38-5.

POVEDA R., Gabriel. La minería Colonial y Republicana: Cinco siglos de variantes y Desarrollos. Bogotá, 2005. Biblioteca Virtual del Banco de la República.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001). Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n° 45.273. Bogotá D.C.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2655 (23, Diciembre, 1988). Por el cual se expide el Código de Minas. Diario Oficial n° 44.545. Bogotá D.C.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política (20, Julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá D.C., 1991. No. 116. 120 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-634 del 30 de Agosto de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-180391. Bogotá D.C. 25 p. Ver también Sentencia T-009 del 21 de Enero del 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-433 del 23 de Mayo del 2011. M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo. Bogotá D.C. 16 p.

FAJARDO, Darío. Tierra, poder político y reforma agraria y rural. En: Cuadernos Tierra y Justicia, n. 1. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá, 2002.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1045A del 14 de Diciembre del 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá D.C. 58 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-366 del 11 de Mayo de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C. 122 p.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos. Bogotá D.C. 2010. 56 p.

BASTIDAS, Ana Cristina. VALLEJO, Jaime Guerrón. YAMA, Oscar Gerardo. MINERIA AURIFERA EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO. San Juan de Pasto. 2011. Institución Universitaria Cesmag. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas Derecho. Proyecto pedagógico socio jurídico.

ZUÑIGA URBINA, Francisco. CONSTITUCIÓN Y DOMINIO PÚBLICO: DOMINIO PÚBLICO DE MINAS Y AGUAS TERRESTRES. 42 p.

CORTES NIETO, Johanna del Pilar., et al. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá: Abril de 2009.

COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO. Exigibilidad jurídica de los DESC en Colombia mediante acciones jurídicas Internacionales. Colectivo de Abogados. [En línea]. <<http://www.colectivodeabogados.org/nuestro-trabajo/D-E-S-C/Exigibilidad-juridica-de-los-DESC>> (Citado en enero de 2015).

DECLARACION DE QUITO. La exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales. (24, julio, 1998.)

ROMO E., Jorge y ESCALONA, María R. Marco Jurídico de los derechos indígenas en Puebla. En: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [en línea]. N° 4 (Diciembre, 2003). Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/4/pr/pr15.pdf>> (citado el 2 de Noviembre del 2014). 195 p.

OLSEN, Vemund. Marco Legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. Traducido por Miguel Ángel Horcajada Velasco. En: Tierra Profanada: Impacto de los megaproyectos en Territorios indígenas de Colombia. HREV, 2008. 32 p.

COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995). Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1995. no. 42140. 12 p.

SEMPER, Frank. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006. Tomo II. Montevideo, Uruguay, 779 p.

ROJAS B., Francisco. Los Derechos de los Grupos étnicos. En: Gaceta Constitucional Número 67 del 4 de Mayo de 1991. Bogotá D.C. 103 p.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política (20, Julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá D.C., 1991. no 116. Artículo 1°. 120 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-510 del 18 de Septiembre de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. 91 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 del 13 de Septiembre de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. 25 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-742 del 30 de Agosto de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C. 24 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-001 del 11 de Enero del 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá D.C. 96 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 del 13 de Septiembre de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 25 p.

SANCHÉZ B., Esther. Los Pueblos Indígenas En Colombia Derechos, Políticas y Desafíos. Bogotá D.C.: UNICEF, 2003. 91 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-973 del 18 de Diciembre del 2009. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo. Bogotá D.C. 70 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-188 del 12 de Mayo del 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. 11 p.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 21. (4, marzo, 1991). Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. Bogotá D.C. 1991. 50 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-039 del 3 de Febrero del 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá D.C. 47 p.

ONU. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 61/295 (13, Septiembre, 2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas. Nueva York: 2007. Artículo 3°. 19 p.

SANCHEZ, Enrique et. al. Derechos e identidad: Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá D.C.: Disloque editores, 1993. 337 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-349 del 8 de Agosto del 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C. 25 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-523 del 6 de Julio del 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C. 158 p.

BERNAL P., Carlos. Estructura y Límites de la ponderación. En: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes [en línea]. N° 26 (2003). Disponible en: < <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc1v5t1> > [citado el 2 de Noviembre del 2014]. p. 225 – 238. Página 225.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Citado por BERNAL P., Carlos. Estructura y Límites de la ponderación. En: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes [en línea]. N° 26 (2003). Disponible en: < <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc1v5t1> > [citado el 2 de Noviembre del 2014]. p. 225 – 238. Página 227.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-022 del 23 de Enero del 1996. M.P. Álvaro Montenegro García. Bogotá D.C. 14 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-282 del 12 de Abril del 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C. 44 p.

ROLDAN O. Roque. Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente. Citado por RODRÍGUEZ, Gloria A. Breve reseña sobre los derechos y la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia. En: En Teoría Constitucional Liber Amicorum en Homenaje a Vladimiro Naranjo. Universidad del Rosario. 2006. ISBN 958-8298-12-1. 220 p.

FRIEDE, Juan. El indio en lucha por la tierra. Citado por SEMPER, Frank. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006. Tomo II. Montevideo, Uruguay, 779 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-634 del 30 de Agosto de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C. 25 p.

FIGALLO, Guillermo. Los Decretos de Bolívar sobre los derechos de los indios y la venta de tierras de las comunidades. En: Debate Agrario: Análisis y alternativas. Noviembre, 2011. N° 45. Lima, Perú, 134 p.

COLOMBIA. CONGRESO GENERAL DE LA REPÚBLICA. Ley 1ª (11, Octubre, 1821). Sobre extinción de los tributos de los indígenas, distribución de sus resguardos y exenciones que se les conceden. Cúcuta. 1821.

COLOMBIA. SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LA NUEVA GRANADA. Ley 3ª (22, Junio, 1850). Que adiciona y reforma las de 3 de junio de 1848 (1) y 30 de mayo de 1849 (2), orgánicas de la administración y régimen municipal. Bogotá. 1850.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 (26, Mayo, 1873). Ley 57 de 1887, art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. Sancionado el 26 de mayo de 1873. Bogotá D.C. 1873.

SEMPER, Frank. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006. Tomo II. Montevideo, Uruguay, 779 p.

RODRÍGUEZ, Gloria A. Breve reseña sobre los derechos y la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia. En: En Teoría Constitucional Liber Amicorum en Homenaje a Vladimiro Naranjo. Universidad del Rosario. 2006. ISBN 958-8298-12-1.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-188 del 12 de Mayo de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. 11 p.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 135 (3, Diciembre, 1961). Sobre reforma social agraria. Diario Oficial n° 30691. Bogotá D.C. 1961.

COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2001 (29, Septiembre, 1988). Por el cual se reglamenta el inciso final del Artículo 29, el inciso 3o. y el párrafo 1o. del Artículo 94 de la Ley 135 de 1961 en lo relativo a la constitución de Resguardos Indígenas en el territorio nacional. Diario Oficial n° 38.515. Bogotá D.C. 1988.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 153 (15, Agosto, 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diario Oficial 7.151. Bogotá. 1887.

DNP. Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio. Citado por RODRÍGUEZ, Gloria A. Breve reseña sobre los derechos y la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia. En: En Teoría Constitucional Liber Amicorum en Homenaje a Vladimiro Naranjo. Universidad del Rosario. 2006. ISBN 958-8298-12-1.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-387 del 28 de Junio del 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C. 49 p.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 160 (3, Agosto, 1994). Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n° 41.479. Bogotá D.C

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-039 del 3 de Febrero de 1997. M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Bogotá D.C. 47 p.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Resolución 61/295. (13, septiembre, 2007).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio No. 169 de 1989. [En línea] < <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>> (Citado en enero de 2015).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio No. 169 de 1989 SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES 1989. (7, junio, 1989). Ginebra.

RODRIGUEZ, Gloria Amparo. DE LA CONSULTA PREVIA AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO A PUEBLOS INDIGENAS EN COLOMBIA. Bogotá D.C.: GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ S.A.S., abril de 2014. 308 p.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. RECLAMACIÓN (artículo 24) - COLOMBIA - C169 - 2001. [En línea] <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es:NO> (Citado en enero de 2015).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-383 del 13 de Mayo de 2003. M.P. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá D.C. p. 133. 146 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 196 del 14 de Marzo de 2012. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Bogotá D.C. 131 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1051 del 5 de Diciembre de 2012. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Bogotá D.C.143 p.

POVEDA R., Gabriel. La minería Colonial y Republicana. Cinco siglos de variantes y Desarrollos. En: Revista Credencial Historia. Edición 151. Julio, 2002. Bogotá D.C.

FIERRO MORALES, Julio. Políticas Mineras en Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. ISBN 978-958-8341-38-5. Febrero, 2012. Bogotá. 39 p.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 (15, Agosto, 2001). Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n° 45.273. Bogotá D.C

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-418 del 28 de Mayo de 2002. MP. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá D.C. 27 p

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-891 del 22 de Octubre del 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C. 70 p.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. MINISTERIO DE AGRICULTURA. Decreto 2164 (7, Diciembre, 1995). Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional. Diario Oficial No 42.140. Bogotá D.C.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. LOS PUEBLOS INDIGENAS DE COLOMBIA EN EL UMBRAL DEL NUEVO MILENIO. CAPITULO III. TIERRAS Y TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS. [En línea] < <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4430.pdf?view=1>> (Citado en enero de 2015).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 295 del 29 de julio de 1993. M.P. JAIME BARRETO NIÑO. Bogotá D.C. 19 p.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 126 del 1 de abril de 1998. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Bogotá D.C. 49 p.

TORO LONDOÑO, Beatriz. (Et al.). GUIA METODOLOGICA PARA LA CERTIFICACION DE LA FUNCION ECOLOGICA DE LA PROPIEDAD EN LOS RESGUARDOS INDIGENAS EN COLOMBIA. Bogota D.C.: Universidad del Rosario, 2004. ISBN.: 958-8225-22-1. 64 p.

ROLDAN, R. Reconocimiento legal de tierras indígenas en Colombia. En: Reconocimiento y demarcación de territorios indígenas en Colombia. GAIA, CERC. Bogotá. 1.993. Citado por: ONIC. Estado de los Derechos Humanos y colectivos de los pueblos indígenas de Colombia: Etnocidio, Limpieza étnica y destierro. Bogotá: Julio, 2009. Informe al Relator Especial de la ONU para los derechos de los Pueblos Indígenas. 36 p.

ONIC. Estado de los Derechos Humanos y colectivos de los pueblos indígenas de Colombia: Etnocidio, Limpieza étnica y destierro. Bogotá: Julio, 2009. Informe al Relator Especial de la ONU para los derechos de los Pueblos Indígenas. 36 p.

AGENCIA NACIONAL MINERA. Procedimiento para la delimitación y declaración de zonas mineras. MIS1-P-002. Bogotá D.C.: la Agencia, 2013.

SISTEMA INTEGRAL DE GESTIÓN MINERA. Zonas Mineras Indígenas y zonas mineras de comunidades negras. [En línea] <<http://201.234.79.115/SIMINERO/documentacion/zonas-de-comunidades-negras-e-indigenas/>> (Citado en Enero de 2015).

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1450 (16, Junio, 2011). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010 – 2014. Bogotá D.C

COLOMBIA. MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Resolución n° 180760 (6, Mayo, 2010). Por la cual se señala y delimita una Zona Minera Indígena. Bogotá D.C.

AUDIENCIA PÚBLICA DE RENDICIÓN DE CUENTAS A LA CIUDADANÍA 2010 - 2011. (1: 16, Noviembre, 2011: Bogotá D.C., Colombia). Memorias. Bogotá D.C. Ministerio de Minas y Energía, 2011. 175 p.

AUDIENCIA PÚBLICA DE RENDICIÓN DE CUENTAS A LA CIUDADANÍA 2012 – 2013.[Enlínea]<http://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/rendicion_de_cuentas_2014.pdf> (Citado en Enero de 2015).

AUDIENCIA PÚBLICA DE RENDICIÓN DE CUENTAS A LA CIUDADANÍA 2013 – 2014. [En línea] <http://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/rendicion_de_cuentas_2014.pdf> (Citado en Enero de 2015).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-009 del 21 de Enero del 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C. 60 p.

COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. Decreto 2333 (19, Noviembre, 2014). Por medio del cual se establecen los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas acorde con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, y se adicionan los artículos 13, 16 y 19 del Decreto 2664 de 1994. Bogotá D.C.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y RESGISTRO. Resolución n° 14364 (23, Diciembre, 2014). Por la cual se crea y adopta un código para la inscripción de las Resoluciones de Protección Provisional de la Posesión de

Territorios Ancestrales y/o Tradicionales por pueblos indígenas, de conformidad con el Decreto No. 2333 de 2014, que establece los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica a dichos territorios, según lo dispone el Convenio 169' de la OIT en sus artículos 13 y 14. Bogotá D.C.

COLOMBIA. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. Decreto 2664 (3, Diciembre, 1994). Por el cual se reglamenta el Capítulo XII de la Ley 160 de 1994 y se dictan los procedimientos para la adjudicación de terrenos baldíos y su recuperación. Diario Oficial n° 41.627. Bogotá D.C.