

La propiedad del subsuelo de las comunidades indígenas en Colombia

Juan Carlos Cerro Turizo
Maestría en Derecho Administrativo
Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomas de Aquino

Dr.
CIRO NOLBERTO GUECHA MEDINA

21 de noviembre de 2022

La propiedad del subsuelo de las comunidades indígenas en Colombia

Autor

Juan Carlos Cerro Turizo

Presentado para optar al título de: Magister en Derecho Administrativo

DIRECTOR

CIRO NOLBERTO GUECHA MEDINA

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE AQUINO
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
Bogotá D.C.
2022

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I: UNA MIRADA HISTORICA-JURIDICA AL DERECHO DEL SUBSUELO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN COLOMBIA.	11
1. Antecedentes históricos de la legislación minera en los territorios de la Nación.	13
2. Jurisprudencias de 1921 y 1925 a favor de la teoría del subsuelo en cabeza de las comunidades étnicas.	18
CAPITULO II: EL TERRITORIO ANCESTRAL COMO DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS	24
1. El Resguardo indígena	26
2. Dominio y manejo de los recursos naturales localizados en territorio ancestral	30
3. El derecho de los pueblos indígenas a la Consulta Previa	34
CAPITULO III: MANEJO LOS RECURSOS NATURALES LOCALIZADOS EN TERRITORIO ANCESTRAL	41
1. Un análisis sobre los procedimientos de reforma a la Constitución – Título XIII	44
2. Análisis del artículo 332 de la Constitución Política de Colombia	48
3. Sobre la Ley 685 de 2001, <i>"Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones"</i>	50
4. El Convenio No. 169 de la OIT respecto al territorio	52
5. Escenarios normativos donde la titularidad del subsuelo se encuentra en cabeza de personas diferentes a la Nación en Colombia.	54
5.1.Sobre los Títulos de Reconocimiento de Propiedad Privada -RPP-	55

5.2. Posibilidad de tener el Reconocimiento de Propiedad Privada sin ser propietario del suelo	57
5.3. La suspensión de obligaciones del título minero por fuerza mayor o caso fortuito	60
5.4. Autoridad judicial competente para conocer controversias entre titular de Reconocimientos de Propiedad Privada -RPP- y terceros y procesos declarativos de pertenencia	63
5.5. Sobre el Amparo administrativo de Reconocimientos de Propiedad Privada	64
5.6. Caducidad de Reconocimientos de Propiedad Privada -RPP-	68
6. Posición de la comunidad indígena frente al mandato del artículo 332 superior	69
7. Viabilidad de reformar el artículo 332 superior en pro del reconocimiento de derechos al subsuelo y sus recursos a las comunidades indígenas	72
8. Normatividad Relevante Sobre Pueblos Indígenas Expedidas con Posterioridad a La Constitución de 1991	75
CONCLUSIONES	78
BIBLIOGRAFIA	81

Resumen

En Colombia, así como en varios países latinoamericanos, se desarrollan proyectos de extracción de recursos naturales no renovables como minería e hidrocarburos en asentamientos indígenas, los cuales están amparados legalmente y son aprobados por la Nación bajo esta perspectiva de legalidad, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el orden constitucional, la propiedad y/o titularidad del subsuelo está en cabeza del Estado.

No obstante, en la presente investigación se analizan algunas normas y sentencias expedidas desde la época de la Colonia, en las cuales se estableció la titularidad del subsuelo en cabeza de las comunidades indígenas por la noción que desde la época se dio a las tierras habitadas por ellos, en el sentido que no son terrenos baldíos, sino vacantes que al pasar de los pueblos indígenas a los municipios solo se les cedió el uso del suelo y no del subsuelo.

Es por lo anterior, que es procedente realizar un análisis con base en la norma y la jurisprudencia para intentar determinar si es posible a través de una reforma constitucional establecer la titularidad del subsuelo en cabeza de las comunidades indígenas con el objeto de atribuirle derechos y obligaciones en favor de dichas comunidades como consecuencia de los proyectos de extracción que se desarrollan en sus asentamientos.

En ese orden de ideas, en la presente investigación se exponen los fundamentos históricos, normativos y jurisprudenciales mediante los cuales se analiza la pertinencia de la modificación del artículo 332 de la Constitución Política de Colombia, en relación con la titularidad del subsuelo en cabeza de las comunidades indígenas cuando se desarrollan proyectos de extracción de recursos naturales no renovables en dichos asentamientos.

Palabras clave: Recursos naturales, indígenas, subsuelo, derechos, titularidad.

Abstract

In Colombia, as well as in different Latin American countries, projects for the extraction of non-renewable natural resources such as mining and hydrocarbons are developed in indigenous settlements, which are legally protected and approved by the Nation under this perspective of legality, considering that, according to the constitutional order, the property and/or ownership of the subsoil is at the head of the State.

However, there are different norms and sentences issued since the Colonial era, in which the ownership of the subsoil was established at the head of the indigenous communities due to the notion that since that time was given to the lands inhabited by them, in the sense that they are not vacant land, but vacant land that when passing from the indigenous peoples to the municipalities, they were only ceded the use of the land and not the subsoil.

It is for the above that it is appropriate to carry out an analysis based on the norm and jurisprudence to try to determine if it is possible to establish the ownership of the subsoil at the head of the indigenous communities in order to specify considerations in favor of said communities such as,

the payment of royalties and surface fees as a result of the extraction projects that are developed in their settlements.

In this order of ideas, in the present investigation the historical, normative, and jurisprudential foundations will be exposed through which the relevance of the modification of article 332 of the Political Constitution of Colombia will be analyzed, in relation to the ownership of the subsoil in the head of the indigenous communities when non-renewable natural resource extraction projects are developed in said settlements.

Keywords: Natural resources, indigenous, subsoil, rights, ownership.

Introducción

Desarrollar el concepto de la propiedad del subsuelo y específicamente lo relacionado al manejo de los recursos naturales no renovables que en él se encuentran, ha sido foco de polémicas, injusticias y fallos contradictorios en la historia de los diferentes países que como Colombia tienen poblaciones indígenas. Definir esta propiedad, no es un tema meramente de derecho, es necesario abordar sus matices jurídico-políticas, históricas, filosóficas, ideológicas y económicas. En el caso de Colombia, una parte importante de su sostenimiento económico se basa en la explotación minera y de hidrocarburos, de ahí que el Estado debe ser parte activa en este proceso.

Sin embargo, es necesario también tener en cuenta los pueblos indígenas que ancestralmente han ocupado estos territorios en donde el Estado constitucional y legalmente ejerce su poder y explota estos recursos, amparado principalmente en el artículo 332 constitucional que señala que *“el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las Leyes preexistentes”*. (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 332).

El Convenio 169 de la OIT, es claro en señalar que los recursos naturales existentes en las tierras de los pueblos indígenas y tribales son un derecho inherente a estos pueblos, lo cual implica una cabal participación en su utilización, administración y conservación.

En Colombia, (por lo menos en el papel) al referirse a la explotación de recursos en los territorios indígenas, no puede el Estado amparado en su poder y dominio, perjudicar su integridad cultural, social y económica, para lo cual se debe tener en cuenta la participación de los representantes de las respectivas comunidades, sin embargo dichos procedimientos son complejos, confusos y en muchas ocasiones con duración de años y lo más preocupante es que fueron diseñados bajo criterios de una sociedad no indígena.

Para los pueblos indígenas existen elementos importantes de la cultura como *“el agua, las piedras, las plantas, la madre tierra, los sitios sagrados que son aplicados a todos los individuos del grupo de acuerdo con las necesidades de cada uno de los miembros del clan”* (García, 2004).

Señala Jarabo citando a Will Kymlicka que, *“la supervivencia de las culturas indígenas en todo el mundo depende sobremanera de la protección de su base territorial, de ahí que los pueblos indígenas hayan luchado tenazmente para mantener la propiedad de sus tierras”* (2019, p. 99). Los movimientos indígenas encaminados a la recuperación de territorios expropiados son la principal causa de conflictos étnicos en el mundo, ya que ante el poder económico y político de los diferentes actores distintos a los indígenas que tienen intereses, por lo general las comunidades indígenas sucumben, es así como el concepto de reservas territoriales cobra relevancia al ser éstas una forma de proteger su propiedad comunal y/o fiduciaria, la cual no puede ser enajenada sin el aprobación de toda la comunidad.

Es por lo anterior que respecto a la defensa de los territorios de los pueblos indígenas mediante las reservas territoriales, explica Kymlicka lo siguiente:

(...) cuando la tierra está dividida y es alienable, los miembros más acaudalados de la sociedad predominante pueden comprarla junto otros recursos de los cuales dependen la comunidad. Además, la tierra individualizada y alienable es más vulnerable a la expropiación por parte de los gobiernos. Por lo tanto, la creación de reservas territoriales ofrece protección contra el poder económico y político de la sociedad predominante y frena sus ambiciones de comprar o expropiar las tierras indígenas (2009, p. 17).

Este problema según el pronunciamiento de la CIDH (2001) se da, ya que para la cultura la relación con la tierra *“no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento*

material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (párr. 149).

Mediante una investigación documental, se utilizó el método analítico descriptivo, mediante el cual se analizó brevemente en la primera parte de la investigación la historia del derecho de propiedad y las normas dictadas por el rey para las nuevas Colonias en Indias Occidentales, y para la conquista que determina el derecho de propiedad del subsuelo del rey español, sus sucesores y los que los independentistas Simón Bolívar y Santander, expidieron para los mismos.

Luego se revisaron Leyes y jurisprudencias que abordaron dicha situación, las cuales fueron expedidas desde 1821, hasta llegar a la Constitución de 1886 y el Código Fiscal, así como normatividad relacionada con el derecho de los indígenas. Se continua con un tránsito histórico y normativo relacionado con legislación agraria, minera e indígena, expedidas posterior a la Constitución de 1886, tales como la Ley 89 de 1890, tratados y normas internacionales relacionados con principios fundamentales de las minorías referenciadas. En un segundo capítulo, se desarrollarán conceptos como la concepción de territorio en las comunidades como objeto armonizador en los aspectos cultural, social y político.

Revisado esto, en el tercer capítulo se abordará lo acontecido a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 y el bloque de constitucionalidad en relación con los artículos 1 2, 7, 9, 63, 246, 329, 330, 332, y las excepciones constitucionales del artículo 58 respecto a la investigación histórica, normativa y jurisprudencial de los derechos al subsuelo de las minorías y comunidades indígenas.

Luego, abordaremos un estudio a la normatividad vigente y relacionada con la propiedad del subsuelo en cabeza de personas jurídicas y naturales diferentes a la Nación siempre y cuando acrediten la existencia de postulados señalados en la norma.

Finaliza la investigación con elementos históricos, normativos y jurisprudenciales que soportan la posible viabilidad de modificación del artículo 332 de la Constitución Política y los requisitos que deben acreditar dichas comunidades para obtener la titularidad del subsuelo en el evento de prosperar dicha modificación.

CAPITULO I

UNA MIRADA HISTORICA-JURIDICA AL DERECHO DEL SUBSUELO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN COLOMBIA

En Colombia, los pueblos indígenas históricamente han sido objeto de discriminación, violencia y exclusión por parte de quienes han gobernado el país durante siglos. Es así como desde las épocas de la Colonia, que comenzó en el siglo XVI destruyó gran parte de la cultura indígena de Colombia, muchos grupos sobrevivieron y continúan en la actualidad. Las diferentes comunidades étnicas han tenido un papel casi nulo dentro del ordenamiento social colombiano, a pesar de que los pueblos indígenas por ejemplo han habitado por miles de años estos territorios.

Bien lo explica Botero (2003, p. 3), al señalar que la propiedad del subsuelo ha tenido una turbulenta historia en Colombia y para ello cita a Bushnell (1994) quien hace una reseña sobre la evolución de la propiedad:

[hacia los años veinte] la legislación sobre el subsuelo colombiano era inusualmente compleja, lo cual hacía que las rondas de demandas y contrademandas se tornaran interminables. Durante el auge liberal del tercer cuarto del siglo XIX, Colombia había abandonado durante un breve lapso la doctrina jurídica española que abandonaba la propiedad de la superficie del subsuelo (que en aquella época era propiedad pública, a menos que fuera expresamente enajenada) (p. 43).

Antes de 1991, una Colombia multicultural plenamente reconocida era una ilusión. La vieja Constitución de 1886, bajo la cual se gobernaba el país en ese momento, establecía que los colombianos debían ser iguales: *"una sola lengua, una sola raza y religión"*, bajo esta óptica, los indígenas no pertenecían a la sociedad y eran conocidos como *"salvajes"*. La identidad se basaba en un principio de homogeneidad absolutamente excluyente. Tal como lo dictaba la Corona

española desde el siglo XVI, los pueblos indígenas se ubicaban en resguardos donde seguían el proceso de educación bajo la religión católica y en español como única lengua. Es solo hasta la promulgación de la Constitución colombiana de 1991 que se concede una importancia notable a las comunidades indígenas, particularmente, en cuanto al subsuelo perteneciente a las tierras que habitan los pueblos indígenas. Es a partir de 1991 que, desde un nuevo enfoque a la industria petrolera le toca buscar un nuevo camino de negociación para poder explotar los recursos de los territorios indígenas.

Es importante mencionar que, sin ser la utopía de la memoria, la Ley colombiana siempre ha reconocido a los pueblos indígenas como sociedades cultural y jurídicamente distintas dentro de la gran sociedad nacional, y como tales titulares de derechos fundamentales. Uno de estos derechos especiales era el derecho a la propiedad en forma de resguardo específicamente definido en la Ley 89 de 1890. El resguardo como institución otorgaba a la comunidad plenos derechos de propiedad sobre sus tierras, dentro de una jurisdicción marcada, libre de ordenanzas civiles. La Ley 89 de 1890 otorga a los indígenas la potestad de establecer sus propias formas de gobierno interno, mediante la elección de Cabildos o Consejos Indígenas, órganos integrados por varios miembros de la respectiva comunidad que asumen la administración interna del grupo, particularmente en lo que se refiere a la distribución y administración de las tierras comunales y la realización de medidas policiales menores para mantener el orden interior.

Los cabildos fueron reconocidos por el Estado como entidades públicas de carácter especial, incorporadas a la estructura política y administrativa del país. Como órganos de gobierno que responden a las comunidades, tienen dos funciones principales: gobernar la comunidad y participar en su nombre en actividades ajenas a la vida normal de la comunidad, pero relacionadas con la

defensa de los intereses del grupo. La Ley de Reforma Agraria 135 de 1961 reconoció los derechos plenos de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras tradicionalmente ocupadas.

Es por lo anterior que es importante entender el desarrollo histórico que han tenido los pueblos indígenas en cuanto a diferentes aspectos propios de su idiosincrasia, analizando para efectos del presente trabajo, el tema de la tierra y el subsuelo al que ellos pertenecen.

1. Antecedentes históricos de la legislación minera en los territorios de la Nación

Desde que Colombia se convirtió en una República independiente, comenzaron las pujas por el poder, en esta naciente Nación se empezaron a crear Leyes para el manejo de los recursos como fuente de poder, es así como Duarte (2012) comenta que hacia 1821 y “*con el fin de fomentar la agricultura se expide la Ley sobre tierras baldías, la cual estableció que el Estado dispondría de ellas y que se prefería a aquellos poseedores que tuvieran casas o labranzas en ese terreno*” (p. 7). Se reconoce aquí la propiedad particular sobre tierras adquiridas por compensación, compras sucesivas y demás títulos, así como la propiedad privada del suelo incluido el subsuelo.

En 1823 se promulgo la primera Ley de minas de la República, de la cual surge la “*figura del arrendamiento minero*” (Duarte, 2012, p. 7). En 1829 se expide un Decreto, que le mantiene el principio de propiedad por parte del Estado sobre los recursos naturales no renovables, incluidas las minas de cualquier clase.

No obstante lo anterior, el Gobierno tenía la potestad en cuanto a las minas de darlas en propiedad o posesión previa solicitud de los ciudadanos, los cuales debían garantizar su y la respectiva tributación sobre el valor y la cantidad del mineral extraído. Durante el periodo comprendido entre 1830 y 1858, se promulgaron de la siguiente manera:

- Ley 13 de junio de 1833, sobre hallazgos de tesoros.
- Ley 10 de mayo de 1834, sobre competencia de los juicios mineros a los tribunales ordinarios.
- Ley del 16 de mayo de 1836, sobre la cesión a las rentas de las provincias el valor de la expedición de títulos mineros.
- Ley de 21 de junio de 1842, sobre la administración parroquial.
- Ley de 1 de junio de 1844, sobre registro de instrumentos públicos y anotación de hipotecas.
- Ley de 10 de junio de 1844, sobre los quintos, fundición, rescate y extracción de oro y de plata.
- Ley de 9 de junio de 1847, sobre arrendamiento de las minas de esmeraldas.

Con la expedición de la Constitución Política (1863), el Estado o República Federal se reservaba ciertas minas como las de oro, plata y platino, y algunas fueron entregadas a los particulares dueños del suelo.

La Ley 106 de 1873 a través de la cual se expidió el Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia, el gobierno regulo las adjudicaciones de baldíos en donde el subsuelo seguía como parte del Estado suponiendo para el particular concesionario la obligación de pagar un derecho o impuesto al Estado por poder explotar y obtener beneficios. Esto se conoció como la Prueba Diabólica, en donde se debía demostrar que, *“un título emanado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, a falta de este, los documentos públicos de origen oficial emanados por autoridad competente que acrediten su existencia, y en la mayoría de los casos, los particulares se ven imposibilitados para acreditar la propiedad sobre los hidrocarburos”* (Arce-Rojas, 2007, p. 95).

Con la expedición de la Constitución de 1886 se dieron varios cambios importantes respecto al tema del subsuelo y de los recursos mineros siempre favoreciendo al Estado. Paralelamente, en dicha Constitución las comunidades indígenas no tuvieron ningún tipo de reconocimiento, sus

derechos fueron prácticamente ignorados por el constituyente de origen elitista en donde el indígena no era más que un salvaje y por tanto no tenía derechos.

Fue por lo anterior que surgió la Ley 89 de 1890, una ley infame para las comunidades indígenas ya que mediante ella se dan las instrucciones para gobernarlos y en cierta manera despectiva dominarlos, ya que según los políticos elitistas y oligarcas de ese entonces esta población era salvaje, inculta y semi-civilizados, razón por la cual debían aplicarse las formas que en la colonia utilizaban los conquistadores españoles y ser confinados a unos resguardos manejados por la iglesia católica y excluidos de todo reconocimiento.

Con la Ley 30 de 1903 sobre asuntos fiscales de minas, se regulan puntualmente los asuntos de petróleos, se hacen aclaraciones en cuanto a las disposiciones del Código Fiscal referentes a minas de carbón y otros minerales que se aplicarían a los depósitos de hidrocarburos.

El Decreto 34 de 1905, confería al ejecutivo autorización para otorgar privilegios en la construcción de canales, explotación del lecho de los ríos y canteras, depósitos de asfalto y aceites minerales.

Gran importancia supondría la promulgación de la Ley 55 de 1905, ya que a través de ella, la Nación se adjudica el poder sobre los resguardos indígenas y confiere poder sobre estos terrenos para poder venderlos y cederlos a los municipios eso si respetando los derechos de los indios residentes en ellos.

Con la Ley 120 de 1919 y con el auge del petróleo a nivel mundial, se regulo el tema petrolero y su explotación lo que derivó en los años posteriores se expidieron varias Leyes

tendientes a regular la exploración y extracción petrolera indistintamente del territorio donde se hallarán reservas, fuera este resguardo indígena o no.

Con la Ley 160 de 1936 se dan algunas disposiciones sobre el tema petrolero, es así como el inciso 2º del artículo 10 dispone que es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional. Resaltan la Ley 20 de 1960, la cual señala que todas las minas pertenecen a la Nación, sin menoscabo de los derechos ya ganados a favor de terceros.

La Ley 110 de 1921 derogó el Código Fiscal que había sido adoptado en 1887. Esta Ley señala Azuero et. Al. (2001), se refiere a los terrenos baldíos y a los bienes fiscales, y los define así:

Son bienes fiscales del Estado: c) Minas distintas a las mencionadas en el artículo 202 de la Constitución Nacional y las de cobre. Se incluyen entonces como bienes fiscales, el carbón, hierro, azufre, petróleo, descubiertos o que se descubran en terrenos baldíos, y en los que, con tal carácter hayan sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873 sin perjuicio de los derechos adquiridos” (p. 51).

A medida que se incrementan los abusos hacia los grupos étnicos como indígenas y negritudes, producto de una Constitución que en nada garantizaba sus derechos, empieza un despojamiento sistemático de sus tierras, a partir de 1946, el Estado negó todo derecho de los indígenas a poseer en autonomía (para sus usanzas ancestrales) sus tierras y mediante el manejo de leyes y decretos, el gobierno en ese entonces en cabeza de Laureano Gómez despojo a éstos de sus tierras catalogando a negros e indígenas como *“estigmas de inferioridad racial”*. (Pineda, 2002, Párr. 9)

El Decreto 2117 de 1969 crea las Unidades Agrícolas Familiares (UAF), en donde se regula la división de los resguardos, la parcelación y creación de las Reservas Indígenas para la asignación legal en usufructo de baldíos nacionales a favor de estas comunidades, aun en cabeza del Estado.

La Ley 31 de 1967 ratificó el Convenio 107 sobre abolición de las sanciones penales por incumplimiento de contratos de trabajo de parte de los indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1957, dándole por primera vez un reconocimiento a los derechos de los indígenas y la recuperación de sus derechos territoriales.

La Ley 135 de 1961, otorga al INCORA la función de establecer una nueva política agraria frente a las tierras indígenas, posibilitando la creación de nuevos resguardos a cargo del INCORA. En 1967 Colombia se adhiere al Convenio 107 de 1957 de la OIT sobre los derechos de las Minorías tribales lo cual ayudo en cierta forma a respetar los derechos de las tierras indígenas.

El surgimiento de los movimientos sociales propios de las décadas de 1970 y 1980, reafirmo la lucha de los pueblos indígenas por sus territorios y fue así como por ejemplo el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y otras organizaciones indígenas tomaron como meta la recuperación su tierra, su lengua y su cultura, en otras palabras recuperar su identidad.

Para 1980, señala Pavajeau, *“las reservas, en su mayoría, fueron convertidas en resguardos y hasta hoy casi en su totalidad los territorios han sido legalizados. Estas comunidades se aferraron indiscutiblemente a estas disposiciones legales, sin renunciar en su lucha a que se les reconozca su condición de dueños plenos de sus tierras”* (2010, p. 40).

Dando una mirada a la historia de Colombia, sus constituciones, leyes y decretos, no hay duda que las acciones del Estado, siempre desfavorecieron los derechos indígenas sobre sus

territorio y ni qué decir del subsuelo, las diferentes normativas, tratados y convenios en vez de darle una solución de fondo a la problemática del respeto de los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo algunas de ellas supusieron una luz a futuro para que poco a poco se fueran dando normativas tendientes a reconocer cada vez más a estas comunidades, lo que en cierta forma sucedió con la promulgación de la Constitución de 1991.

2. Jurisprudencias de 1921 y 1925 a favor de la teoría del subsuelo en cabeza de las comunidades étnicas

Continuando con esta revisión histórica y en aras de dar mayor claridad respecto al concepto de la propiedad del subsuelo respecto al dominio de los recursos naturales no renovables de los territorios en los que ancestralmente las comunidades indígenas han habitado, se deben revisar los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con los argumentos que soportan la tesis del subsuelo en cabeza de las comunidades indígenas. Sea lo primero recordar lo señalado en el artículo 3 de la Ley 55 de 1905:

(...) quedan comprendidos en los Distritos agraciados los Corregimientos, agregaciones o aldeas que hacen parte de ellos; de modo que en comunidad con la población que sirve de cabecera del Municipio les corresponderá el dominio de los Resguardos de que se trata, aunque con posterioridad sean erigidos en Distritos dichos Corregimientos, agregaciones o aldeas”. Por su parte el inciso 3 del artículo 4 de la misma Ley dispuso “declárense abandonados los Resguardos o terrenos correspondientes a poblaciones de indígenas que han desaparecido de entre dichos terrenos.

Conforme la norma expuesta, los terrenos de los resguardos de indígenas pasaron a los municipios y estos últimos celebraron contratos con particulares respeto al aprovechamiento de los recursos minerales que en el subsuelo se encontraban, bajo el argumento que, al abandonarse dichos terrenos y pasar a los municipios esta transferencia contenía tanto el suelo como el subsuelo.

En ese orden de ideas, los pronunciamientos jurisprudenciales de la época efectuaron análisis jurídico e histórico respecto a si los terrenos de resguardos de indígenas cedidos por el inciso 3 del artículo 4 de la Ley 55 de 1905 a los Municipios, eran baldíos o de propiedad de la Nación. Dicha situación se analizó a través de algunas sentencias que tratan el tema de manera puntual y que se relacionan a continuación:

- Fallo de la Corte Suprema Justicia - Sala de Negocios Generales del Cinco (5) de diciembre de 1921,(Magistrado ponente, Doctor Manuel Rodriguez Diago), en el juicio contra municipio de lorica, promovido por el fiscal del tribunal de Cartagena por el contrato de arriendo de tierras de resguardos en lorica (Gaceta Judicial Tomo XXIII-No. 1489.)Pg. 122-124.
- Fallo de la Corte Suprema Justicia - del 30 de MARZO de 1922 - ... *“la Corte no puede declarar de un modo general que la Nación es dueña de los depósitos o minas de carbón, guano, petróleo o aceite mineral u otro producto de naturaleza análoga, a la Nación SOLO le PERTENECEN Los QUE se ENCUENTREN en TERRENOS BALDÍOS, o que fueren de su propiedad, por cualquier título o que procedan de una adjudicación de baldío.”* Gaceta Judicial No. 1506 del 20 Junio 1922-Tomo XXIX-Pág. 147.
- Fallo de la Corte Suprema Justicia - Sala de Negocios Generales del 5 de diciembre de 1924- Gaceta Judicial No. 1503 del 18 mayo 1922-Tomo XXIX-Pag 122, 123, 124. Magistrado P. Ramon Rodriguez Diago..... *“No pertenece a la Nación en subsuelo de los*

terrenos de Resguardos de indígenas QUE SE HAN DECLARADO ABANDONADOS. En consecuencia ella carece de derechos para demandar la nulidad de los contratos de arrendamiento de estos terrenos celebrados por los respectivos municipios con particulares”.

- Fallo de la Corte Suprema Justicia. La Sentencia del treinta (30) de octubre de 1925. Sala de Negocios generales Bogotá- de la Sala Plena, en proceso de acusación de inexequibilidad de algunos mandatos de las Leyes 55 de 1925, 104 de 1919, 32 de 1920 y 38 de 1921 (GJ. XXXII, 1655 y 1656, 90).

Dentro de los antecedentes de la sentencia relacionadas, se evidencia unas pretensiones en común a través de las cuales los demandantes procuran la nulidad de los contratos suscritos entre los municipios y particulares, bajo el argumento que el subsuelo de los terrenos abandonados por los indígenas y posteriormente cedidos a los municipios le corresponde a la Nación y no a los municipios, razón por la cual dichos contratos debían ser suscritos por la Nación.

Del análisis efectuado por la corte se evidencia que el artículo 1 la Ley 55 de 1905, preceptuó la vacancia de los resguardos de indígenas, el artículo 2 de la misma Ley, señalo que: *“la Nación cede a los Distritos municipales los terrenos de Resguardos de indígenas ubicados dentro de su jurisdicción; pero los Distritos agraciados respetarán los derechos de los indios que residan en ellos y que les han sido otorgados por Leyes anteriores”.*

Por la analogía y relación de los artículos referidos, la cesión efectuada por los Municipios conforme el artículo 2, fue de los terrenos de resguardos de indígenas que estaban abandonados, es decir, que sean vacantes, los cuales son los inmuebles que están sin dueño aparente o conocido, según lo establecido por el artículo 706 del Código Civil.

Según lo establecido en sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales, Bogotá 5 de diciembre de 1921 página 124, Magistrado Ramon Rodríguez Diago:

(...) Lo dispuesto en la Ley 55 de 1905 en referencia, no es sino la transmisión a los Municipios, en forma especial, de los terrenos de resguardos vacantes, que ya les pertenecían por la disposición general de artículo 82 de la Ley 153 de 1887, que declaró pertenecerles los bienes vacantes con una excepción, y es la señalada en la Ley de 1905 donde explica el procedimiento para dicha cesión. Es claro que estos terrenos vacantes no son baldíos, porque el carácter de aquellos es el de haber tenido dueño, y haberlos éste abandonado, según se desprende de la definición que de ellos da el Código Civil, y del contexto de los artículos 1.º y 4.º de la Ley precitada de 1905, a diferencia de las tierras baldías, que eran en ese año, y son hoy también, las no apropiadas con títulos legítimos, al tenor del artículo 5.º del Código Fiscal de 1873 (CSJ. Sala de Negocios Generales, diciembre 05 de 1921, M.P. Ramon Rodríguez Diago).

Concluye la Corte con el argumento según el cual, los Resguardo indígenas que por Leyes españolas les fueron asignados, según el Reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1820, se les repartirán en pleno dominio y propiedad cuando así se pueda, reconociendo dicha propiedad, pues la posesión presume dueño al poseedor. Durante la época federal colombiana, algunos estados legislaron sobre resguardos, y el del Cauca expidió la Ley 90 de 1859, que en su artículo 11 no permitió la enajenación de los resguardos, por lo cual fueron acusados ante la Corte Suprema Federal dicho artículo 11 y el 10, habiendo suspendido esa corporación y anulado el Senado el artículo 11, por contrario a la libre enajenación de tales terrenos, con lo cual quedo

reconocido tácitamente que los indígenas eran dueños de ellos, según la cita que al efecto trae el fallo apelado.

Es así como en la época de la Colonia rigieron las disposiciones reales, asignadas después a la Recopilación de Indias en donde la asignación de tierras a los indios fueron para su protección, pero no tenían derechos sobre las mismas. En consecuencia, los resguardos de indígenas concedían a los Municipios por la Ley 35 de 1905, bienes vacantes, pero no son baldíos ni de propiedad de la Nación. Para que fueran lo uno o lo otro habría sido necesario que la Ley lo hubiese dicho y esto no ha sucedido, no porque los bienes vacantes aparezcan sin dueño cuando éste los abandona, pasan a bienes Nacionales, porque la Ley los había declarado antes de pertenencia de los Municipios, infundadas tanto la primera como la tercera acción de la demanda, que versan sobre restitución de los subsuelos de los terrenos arrendados por el Distrito de Lorica a la Sociedad Diego Martínez & Compañía. Y siendo esto así, carece la Nación de derecho para pretender que se declare nulo el contrato de arrendamiento celebrado entre el expresado Distrito y la Sociedad Diego Martínez & Compañía, o lo que es lo mismo, *“que también es infundada la segunda acción; todo lo cual indica que es perfectamente jurídica la sentencia apelada a que este fallo se refiere”* (CSJ. Sala de Negocios Generales, diciembre 05 de 1921M.P. Ramon Rodríguez Diago).

En ese orden de ideas se evidencia que los terrenos de resguardos de indígenas cedidos por el inciso 3 del artículo 4 de la Ley 55 de 1905 a los Municipios son vacantes (sin dueño aparente o conocido) y no baldíos, esto es, que tuvieron un dueño (comunidades indígenas) y que en esos momentos tenían la propiedad plena otorgada por la Colonia española, es decir el suelo y el subsuelo. Razón por la cual y conforme la parte resolutive de la sentencia, el subsuelo no pertenecía a la nación sino a los resguardos por el reconocimiento histórico otorgado por la Colonia española y por la concepción de bienes vacantes que ostentaban los terrenos de los resguardos.

Así las cosas y analizando el contexto histórico, normativo y jurisprudencial señalado, se evidencia que desde la época de la Colonia se les reconocía la propiedad absoluta a los pueblos indígenas sobre los terrenos que habitaban y explotaban, con fundamento no solo en cédulas reales o títulos otorgados por la corona sino también en derechos adquiridos que fueron reconocidos por la jurisprudencia y para el caso en particular por el artículo 2 de la Ley 55 de 1905 el cual estableció que debían respetarse los derechos adquiridos de los indios.

CAPITULO II.

EL TERRITORIO ANCESTRAL COMO DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

En la tradición de los pueblos indígenas de toda América, el común ha sido una historia de discriminación y abusos por parte de los Estados, es así como el despojo de sus tierras, territorios y recursos en pro del avance económico ha sido una constante en donde Colombia no es ajeno a esta problemática; es solo con la promulgación de la Constitución de 1991 que los pueblos indígenas empiezan a tener un reconocimiento jurídico real.

Era necesario proteger a estas comunidades así como su identidad cultural como integrantes de la Nación, ya que bajo la Constitución de 1886, no tenían ningún tipo de reconocimiento, para el Estado no existían como comunidad, no tenían derecho a la propiedad colectiva sobre sus tierras ancestrales y su participación en las decisiones de la sociedad era nula, aspectos que empezaron a cambiar a partir de 1991 con el nuevo rumbo constitucional del país.

Es necesario reconocer que si hubo un cambio en Colombia al reconocer que somos una *"sociedad étnica y culturalmente plural"* y ordena la participación como parte integral del funcionamiento del Estado. Esta nueva declaración está íntimamente asociada al acceso, uso y control de la tierra, adscribiendo nuevos derechos sobre la tierra como adscribiendo nuevas formas de reconocimiento y pertenencia. Más específicamente, la nueva Constitución reconoce por primera vez a los grupos étnicos y sus derechos, incluido el derecho al territorio colectivo. Defiende la organización política indígena (cabildo) como un cuerpo reconocido de terratenientes. Es el cabildo, el órgano rector de los resguardos indígenas, es una entidad pública de carácter especial incorporada a las estructuras políticas y administrativas del país. Es una institución autónoma que recibe fondos del gobierno central, puede recaudar impuestos y hacer y administrar Leyes dentro de sus territorios y lleva a cabo servicios públicos y medidas policiales menores para mantener el

orden interno y está integrado en el sistema político a nivel constitucional. Este reconocimiento explica la Corte Constitucional es de vital importancia para las comunidades indígenas en razón a que,

(...) el recurso natural humano se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación (Sentencia SU- 039/1997, p.17).

Es por esto por lo que este pronunciamiento es importante ya que a un nivel constitucional se considera que la población indígena y su entorno originario se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado.

Señala la Corte Constitucional que este es un derecho (el de propiedad colectiva sobre territorios indígenas) que tiene una importancia preponderante para estos pueblos que han ocupado estos territorios por siglos. La ley colombiana atendiendo este concepto ha acogido diferentes Convenios Internacionales, ratificados por medio del Congreso de la Republica como la Ley 21 de 1991 la cual aprueba el Convenio 169 de la OIT (el cual se tratará a fondo más adelante), donde se resalta *“la especial relación de las comunidades indígenas que ocupan no solo por ser estos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de su religiosidad”* (Sentencia T-405 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara).

1. El Resguardo indígena

La Constitución de 1991 confiere a los territorios indígenas el estatus de instituciones políticas y administrativas. Esta figura legal otorga formalmente a las comunidades indígenas un alto grado de autonomía administrativa y fiscal para el manejo de sus asuntos internos y sus relaciones con otros organismos públicos y privados. Como entidad político-administrativa integrada al nuevo sistema constitucional, un territorio indígena puede ser gobernado por autoridades indígenas y se puede establecer una base imponible para los miembros de la comunidad. Además, cada territorio indígena tiene una participación en la distribución del ingreso nacional. Puede administrar sus propios recursos y prestar servicios públicos, o por lo menos algunos de los que le son prestados por las entidades territoriales, tales como educación, salud, saneamiento básico, y puede realizar obras de ingeniería en beneficio de la comunidad, etc.

La Constitución Política en su artículo 63 define la propiedad de tierras comunitarias de los indígenas bajo la forma jurídica del resguardo, así: “(...) *las tierras de resguardo (...) son inalienables, imprescriptibles e inembargables*”, aunado al artículo 329 que señala que, “(...) *Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable*”.

Con esta protección constitucional, se protege las tierras comunitarias indígenas al reconocer su propiedad colectiva, con lo que se protege también su identidad cultural y su cosmogonía. El indígena ama la tierra y la considera como madre, aquella donde tiene sus cementerios, en los cual han sepultado a sus antepasados. La respeta y la hace respetar, la defiende, ya que de ella depende su subsistencia. El resguardo señala Semper (2006) es una “*invención de la época Colonial que perdura en el presente*” (p. 767). Sin embargo aclara que,

(...) ya no se condice con las ideas actuales de los indígenas sobre su tierra. Por eso durante las sesiones de la Asamblea Constituyente se desarrollaron conceptos más amplios respecto de los territorios indígenas (artículos 286 y 287 de la CP) y entidades territoriales indígenas (artículo 329 de la CP), que fueron volcados al texto constitucional sin que quedara claro qué relación guardan las diferentes figuras jurídicas entre sí. Tampoco la Corte Constitucional ha contribuido con sus sentencias a una mayor claridad en este ámbito, al constatar, desconcertada, que un resguardo no es idéntico a una entidad territorial (p. 767).

Enumera además los principales derechos de los pueblos y las comunidades indígenas respecto a sus territorios, su identidad, sus conocimientos y participación en las decisiones del Estado y sus instituciones.

Por su parte, Carreño (2020) explica como la Corte Constitucional ha enumerado expresamente entre los derechos fundamentales de la comunidad indígenas los siguientes:

- El derecho a la subsistencia a resultas del derecho a la vida (artículo 11 de la CP);
- El derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica a resultas del derecho a la integridad física (artículo 12 de la CP), en particular como derecho a la defensa contra la desaparición forzada;
- El derecho a la propiedad de tierra comunitaria;
- El derecho a la participación en decisiones y medidas que pudiesen afectar a las comunidades indígenas, en particular relacionadas **con la extracción de recursos naturales en sus territorios** según el artículo 6.15 de la ley 21 de 1991, artículo 330 de la CP (“Consulta previa”). (subrayado propio) (párr. 13).

Mora & Sogamoso (2018) resaltan que, para lograr la consolidación de lo considerado hoy como resguardo indígena ha implicado una elaboración amplia en el tiempo, tanto por parte de los mismos pueblos, como de lo normativo que comienza a *“reconocer al indígena el derecho sobre sus tierras, brindándole autonomía respecto a sus tradiciones y su modo de vivir, sin desconocer la estrechez y demarcación territorial, orientada más al confinamiento y hacinamiento que a la amplitud de su significado, pues éste se presentaba alejado de todo, especialmente de tierras aptas para cultivos y pastoreo”* (p. 14). Es así explica Mora & Sogamoso (2018) como a los indígenas, se les comienza a distribuir las tierras con la condición de que éstas no podían venderse, lo cual se desintegra a finales del siglo XIX, como consecuencia de la consolidación del latifundio, llevando a los pueblos indígenas a condiciones de empobrecimiento que dio lugar a grandes luchas en el territorio colombiano.

Posteriormente, leyes como la Ley 200 de 1936, limitó el latifundio, y buscó castigar el abandono de tierras y poner en práctica la denominada función social de la propiedad y la Ley 135 de 1965 mediante la cual se titulan ciertos territorios a los pueblos indígenas, marcaron un desarrollo legislativo en cuanto a territorios indígenas. Pero es hasta 1980, que luego de sendas luchas indígenas en tierras tolimenses que cobraron cientos de vidas que logra consolidarse una política de Estado, que le da un carácter de legalidad a los resguardos, situación que se consolidó con la Constitución Política de 1991, que instituyó los resguardos indígenas como propiedad colectiva, no enajenable, imprescriptible e inembargable.

Kymlicka (1996) subraya la importancia de entender que *“la supervivencia de las culturas indígenas en todo el mundo depende sobremanera de la protección de su base territorial, de ahí*

que los pueblos indígenas hayan luchado tenazmente para mantener la propiedad de sus tierras”(p. 69).

Los movimientos indígenas encaminados a la recuperación de territorios expropiados han sido foco de grandes conflictos en diferentes países ya que el poder económico y los intereses de particulares y políticos ha hecho que se produzcan batallas legales en los que el poder político y económico triunfa. Es por lo anterior que para salvaguardar estas comunidades ante los ataques del poder, se deben proteger a través de reservas territoriales o resguardos indígenas, en los cuales se establezca que la tierra es de propiedad comunal y/o fiduciaria y, por lo tanto, no puede ser adjudicada, transferida, vendida ni enajenada por nadie sin la aprobación de la comunidad en su conjunto.

Aunado a lo anterior, el sistema indígena tradicional de gestión territorial es, en esencia, un sistema que debe buscar la conservación de la biodiversidad, en el que las relaciones sociedad y la naturaleza se basen en el respeto y el intercambio con los propietarios de determinados componentes de la flora y la fauna y de espacios específicos. En esta forma de manejo predomina una actitud de uso sustentable que, en gran medida, impide la degradación de los ecosistemas. La actual situación jurídica, define al resguardo como:

Una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con título de propiedad colectiva 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 recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado (Decreto 2164 de 1995, artículo 21).

La exaltación de los pueblos indígenas, obstáculos, ni discriminación, al igual que el goce pleno de sus derechos y libertades, sin el reconocimiento y la exigencia al Estado y a los gobiernos, es planteado por la OIT Colombia mediante la Ley 21 de 1 en 1989, mediante el Convenio 169, el cual es acogido por 991, donde se exhorta a los gobiernos miembros a “(...) *asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto por su integridad*” (OIT, 1989 y Congreso de la República, 1991).

Sin embargo, y pese a la buena voluntad del constituyente al querer exaltar desde el texto constitucional los derechos de los pueblos indígenas respecto de su territorio, la realidad es que la propiedad comunitaria del resguardo tiene una restricción derivada del artículo 58 superior, como está vigente también para la propiedad privada.

Al Estado pertenecen los recursos naturales no renovables de los resguardos, tal como lo señala el artículo 332 superior: “*El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las Leyes preexistentes*”. Según el Código de Minas (Ley 685 del 2001, art. 124) a los indígenas sólo les corresponde un derecho privilegiado.

2. Dominio y manejo de los recursos naturales localizados en territorio ancestral

El concepto de territorio ancestral y sagrado para los indígenas se basa en la esencia del pensamiento, en su visión cosmogónica, que les permite asumir la protección de su territorio sobre la base de su legado histórico cultural, puesto que les establece la existencia de un espacio y un territorio sagrado dentro de la dinámica de la diversidad. La realidad terrenal se vincula con el mundo de las deidades y el inframundo. Para mantener el equilibrio natural, interactúan varios

aspectos, cuales son el humano, lo sobrehumano, los sueños, los espíritus y la naturaleza. En este sentido, Zapata Torres (2010) detalló que:

Los territorios sagrados engendran, dentro de sí mismos, una soberanía que les permite actuar como centros ordenadores de unidades mayores, pero que al mismo tiempo se relacionan con otros centros ordenadores, generando redes organizativas que se tejen para configurar un mundo-tejido que simula un gran telar donde se constituye el universo. Cada espacio sagrado conectado con otros espacios entra en comunicación con otros seres y configuran una especie de telaraña unida al gran centro desde donde se cuida y se ejerce el control de todas las manifestaciones del contexto. Así, el territorio sagrado constituye la lógica que las distintas comunidades adoptan para la construcción y simbolización de su entorno (p. 5).

Ahora bien, dentro de esa territorialidad indígena el componente espiritual está relacionado con el universo y los humanos y se manifiesta en los espacios geográficos sagrados: (la montaña, el valle, las lagunas, las piedras, los árboles (que son como sus hermanos), los ríos, entre otros). En este simbolismo territorial, las partes defienden la articulación de esas unidades complejas.

Según Guerra (2002), los territorios sagrados *“son los puntos que se conectan con otros puntos para generar redes y conexiones entre los territorios. Se concibe el territorio de manera social y equilibrada dándosele prevalencia a la parte espiritual ante la productiva”* (p. 86). Es así como los pueblos indígenas afirma Zapata (2010) han optado por *“defender su territorio desde la concepción cosmogónica y desde allí han sustentado su permanencia, a través de un diálogo coherente y respetuoso con otras lógicas culturales, confirmando así la simbolización del territorio*

sagrado como el fundamento que les permite el reconocimiento de la diversidad y el desarrollo local” (p. 1).

Afirma Guerra (2002) que, para los pueblos indígenas, “*en el territorio viven los seres sagrados*” (p. 87). Para los pueblos indígenas, los lugares sagrados y su territorialidad son procesos simbólicos dinámicos, entrelazados con las divinidades y ritualidades que se manifiestan en ellos. El territorio ya no es solamente una porción de tierra, se convierte en un espacio integral en donde confluyen creencias, identidades, amor y tradición en el cual se desarrollan pensamientos ancestrales y experiencias que le dan una conexión propia. Es el universo donde están presentes las relaciones individuales, colectivas e interculturales, hasta lograr su equilibrio. Entonces, la posesión es de todos y todos defienden su tierra.

En Colombia, corresponde al Estado garantizar la titulación formal de la tierra colectiva ya que mediante la normativa adecuada se puede reconocer la ocupación ancestral e histórica en el territorio asignado a las comunidades indígenas. Para esto se debe tener en cuenta que hay algunas excepciones en las que no procede la adjudicación de dichas tierras debido a que según la ley colombiana son:

- a) Bienes de uso público, b) áreas urbanas de los municipios, c) tierras de resguardos indígenas legalmente constituidos, d) áreas reservadas para la seguridad y defensa nacional, e) baldíos que hubieren sido destinados por entidades públicas para adelantar planes de significación para el desarrollo económico y social del país, f) baldíos que constituyan reserva territorial del Estado, g) baldíos donde estén establecidas comunidades indígenas o que constituyan su hábitat, y h) reservas

indígenas y territorios tradicionales utilizados por pueblos indígenas nómadas y seminómadas o agricultores itinerantes (Decreto 1745 de 1995, artículo 19).

Respecto a lo anterior y con base en la restricción del literal c); no se puede hacer adjudicación de predios en tierras indígenas legalmente constituidas y corresponde al Estado la protección integral de estas comunidades.

En consecuencias, cualquier proyecto que tenga como fin la explotación del subsuelo debe tener todas las legalidades requeridas, sus permisos ambientales, planes de manejo, así como los respectivos estudios de impacto social y ambiental concertados con las comunidades en concordancia con los pronunciamientos de la Corte IDH en Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 74, que señalan que es necesario e imprescindible la participación de las comunidades, y que además dicha explotación y extracción de recursos no puede menoscabar el bienestar y el beneficio a las comunidades y sus miembros, si lo anterior no se da, es obligación del Estado brindar una reparación integral a las comunidades como víctimas directas.

Claro está que a nivel constitucional, los recursos naturales son manejados por parte del Estado, sin embargo atendiendo a los dictámenes de la Corte IDH respecto al dominio y manejo de los recursos naturales localizados en los territorios ancestrales de las comunidades indígenas, “*se entiende que estas tienen derecho al usufructo de los recursos situados en su territorio, sin requerir del seguimiento de procedimientos adicionales*” (Niño, 2013, p. 102), lo que supone una desventaja para los pueblos indígenas dado que es la misma Ley la que por su especificidad no permite que las comunidades exploten los grandes recursos mineros, excepto por una autorización previa.

Un ejemplo puntual y quizás el más notorio en Colombia en cuanto al manejo de los recursos naturales de los territorios en donde se asientan comunidades indígenas es el caso de los

territorios Wayuu que, por su posición geográfica, tienen ciertos atractivos en el tema turístico, pero también son ricos en recursos naturales. Razón por la cual, empresas multinacionales como Cerrejón, que se dedica a la explotación de carbón, ha desalojado, a consecuencia de la extracción del mineral, a cientos de indígenas Wayuu de sus territorios, con distintas estrategias. Todo esto con el respaldo del gobierno nacional y los entes gubernamentales regional y locales, lo cual ha enquistado en La Guajira, por más de 40 años, una problemática social incesante, en medio de la cual, se impone el desalojo de los predios como consecuencia de la ampliación de distintas zonas de explotación por parte de la mencionada multinacional. Otro caso específico se ha dado en las cercanías del municipio de Manaure a raíz de los amplios yacimientos de gas, lo cual ha llevado a varias multinacionales a interesarse por estos territorios, desalojando a muchos pobladores indígenas, con el beneplácito del gobierno nacional y otros entes gubernamentales.

3. El derecho de los pueblos indígenas a la Consulta Previa

Los orígenes del marco legal y activista en torno a la consulta previa se sitúan dentro del proceso más amplio de globalización de los derechos de los pueblos indígenas. A medida que los pueblos indígenas y las organizaciones de derechos humanos tejían redes transnacionales de defensa de los derechos indígenas, los organismos intergubernamentales de derechos humanos dieron pasos hacia la construcción de estándares internacionales en la materia. La primera medida fue la decisión de 1971 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que instruyó a uno de sus órganos subsidiarios a realizar un estudio sobre la discriminación contra los pueblos indígenas. El documento que surgió de este mandato (el “informe Martínez Cobo”) el cual condujo a la creación del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Poblaciones Indígenas (1982), que coordinaría el proceso de creación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada veinte cinco años después, en 2007, por la ONU.

El instrumento seminal de esta ola de derecho internacional sobre los pueblos indígenas fue el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en 1989. El Convenio 169 es la pieza central de la historia internacional del CLPI en América Latina en general, y en Colombia en particular. La relación fue en ambas direcciones. Por un lado, la Convención se convirtió en la fuente esencial de las normas constitucionales que reconocieron el derecho al CLPI en varias constituciones latinoamericanas desde principios de la década de 1990. Por otro lado, los estados latinoamericanos fueron decisivos promotores del Convenio en la OIT y, sobre todo, aún constituyen la gran mayoría de los estados que lo han ratificado.

El derecho a la consulta previa fue otro avance fundamental de la Constitución de 1991; la Constitución no solo la reconoció sino que la Corte Constitucional la extendió tanto a los pueblos indígenas como a las comunidades negras a través de su jurisprudencia. Si bien la Constitución, en términos comparativos, no reconoció el derecho a la consulta previa tanto como lo hicieron las constituciones posteriores en Ecuador (2008) o Bolivia (2009), sí marcó un hito histórico que abrió el camino para que otras constituciones de la región profundizaran el reconocimiento del derecho a la participación diferenciada de los pueblos indígenas y afrodescendientes en Centro y Sudamérica.

Sin embargo, la Constitución colombiana sí vinculó un derecho especial de participación de los pueblos indígenas con decisiones sobre las actividades e impactos permitidos en sus territorios. El párrafo del artículo 330 de la Constitución define que,

(...) la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin perjuicio de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de esta explotación, el

Gobierno fomentará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Este artículo ha sido uno de los motores centrales de la demanda del movimiento étnico y sus aliados por el derecho a la participación en las decisiones que afectan a sus comunidades.

Además, este artículo reconoce que los territorios indígenas se regirán de acuerdo con las costumbres y usos de los pueblos, garantizando así el derecho a la autonomía en la toma de decisiones (incluida la participación en situaciones en las que el Estado pretenda implementar una medida que los afecte. El avance clave en el reconocimiento del derecho a la consulta previa en Colombia fue la coincidencia temporal entre la promulgación de la nueva constitución y la ratificación del Convenio 169 de la OIT. La movilización de organizaciones étnicas, especialmente el movimiento indígena, condujo a la rápida implementación del derecho en Colombia, convirtiéndose en el tercer país del mundo en ratificar la Convención después de Noruega y México. De hecho, Colombia promulgó temporalmente la Constitución y pocos días después ratificó el instrumento internacional.

En un contexto latinoamericano comparado, la garantía de los derechos étnicos a la población afrodescendiente fue una importante novedad del constitucionalismo colombiano. Si bien la propia Constitución no incluyó esta garantía, dejó la puerta abierta a través del artículo transitorio 55, que dispuso la expedición de una ley que garantizara y regulara los derechos colectivos de las comunidades negras sobre sus territorios. La inclusión del artículo transitorio 55 fue el resultado de la influencia de la coalición entre constituyentes indígenas y aliados dentro de la Asamblea Constituyente y los movimientos sociales indígenas y afrocolombianos.

En Colombia, la consulta previa es un derecho fundamental que certifica la autonomía de los pueblos indígenas, mediante la cual el gobierno debe garantizar la protección ante acciones de

agentes externos que busquen el bien propio, pero que afecten a la comunidad étnica. Ésta debe ser elaborada antes de tomar decisiones que puedan afectar a los pueblos y debe ser previa, libre e informada, con el fin que se dé un diálogo intercultural que genere acuerdos reales que dejen atrás las desigualdades en términos de información, asesoría técnica, recursos y desarrollo de los mismos.

Este instrumento elevado a rango constitucional ha permitido que los derechos étnicos y colectivos de las comunidades indígenas respecto a su territorio sea respetado o por lo menos no sea violentado impunemente como en épocas anteriores. La consulta previa, ha permitido la participación de las comunidades en temas que le atañen a su territorio y a poder en gracia de discusión, revisar proyectos o medidas que los puedan vulnerar o afectar, sentar posiciones sobre su futuro y poder tener un espacio en el Plan de Desarrollo Nacional de cada gobierno y los beneficios estatales a los que tengan derecho. La Corte Constitucional señala que,

(...) la consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, cada vez que se vaya a tomar una decisión que pueda afectarles directamente o cuando se pretenda realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios que puedan afectarles directamente (CC. SU-039/97).

La consulta previa señala Rodríguez (2014, p. 33), es el derecho que le permite a los pueblos indígenas tomar decisiones de forma autónoma respecto a decisiones que puedan afectar su forma particular de vivir y de controlar, *“en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, la consulta previa se soporta en el derecho de dichos pueblos a*

participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional, susceptibles de afectarles directamente” (artículo 7 del Convenio 169 OIT).

Explica Rodríguez además que la consulta previa no solo representa un beneficio para las comunidades indígenas, sino que además le permite a los Estados “*cumplir con su responsabilidad y deber de proteger la diversidad étnica y cultural, respetando los derechos a la identidad, al territorio, a la autonomía, a la participación, al desarrollo propio, entre otros*” (Dirección General de Asuntos Indígenas (DGAI), Ministerio del Interior, 1998, p. 56).

La misma Sentencia SU-039/97 antes mencionada, señala que el procedimiento y los objetivos de estas consultas, deben estar sujetos a la aplicación del principio de buena fe acorde a las circunstancias y que concluya con acuerdo de las partes. Es así como respecto a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, señala la Corte Constitucional que la consulta previa debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

- 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 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 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” (Sentencia SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Al margen del desarrollo Constitucional, legal y jurisprudencial es importante entender si las consultas previas ¿han servido para la protección de los derechos de los pueblos indígenas respecto a su identidad y territorios? para esto, se analizan tres puntos centrales de discusión que se desprenden de este interrogante. En primer lugar, la consulta y el consentimiento libres, previos e informados fueron incluidos dentro de las medidas de ampliación de la democracia promulgadas en la Constitución de 1991. La Constitución se estableció en el mismo momento en que el Estado ratificó el Convenio 169 de la OIT, y con ello se solidificaron las bases legales para la garantía del derecho a la consulta previa.

En segundo lugar es de resaltar que en Colombia se ha llevado a cabo más procesos de consulta con comunidades indígenas y afrodescendientes que cualquier otro país del mundo. Sin embargo, la rutinización del derecho ha sido cuestionada por la tensión entre el avance de derechos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la regulación restrictiva del ejecutivo colombiano.

En este contexto, los movimientos sociales han promovido la garantía del derecho a ser tenido en cuenta en las decisiones que toma el Estado. La respuesta a la tensión entre jurisprudencia y regulación se está abordando parcialmente a través de la promoción de la creación de una nueva norma que regule este derecho. No sólo se ha debatido el contenido y la forma jurídica de esta iniciativa, sino que la mera propuesta de creación de la norma ha sido muy cuestionada. Los que argumentan a favor y en contra de la norma y su naturaleza jurídica han estado involucrados en debates nacionales anteriores (y los muchos que se darán en futuras administraciones) sobre la protección de los derechos de los pueblos étnicos. La movilización social seguirá siendo la encargada de impulsar el proyecto de traducir las metas de vida y los proyectos políticos de estos pueblos en normas que se incluyan dentro del lenguaje del Estado.

Finalmente, al analizar la implementación del derecho a la consulta previa, encontramos que su implementación ha sido la suma de logros de movilización social y varios actores utilizando distintas herramientas, más que un proceso lineal organizado. Las perspectivas son múltiples y esta pluralidad ha estado presente desde el momento de su incorporación en la Constitución hasta los continuos procesos de implementación en la actualidad. También vemos esta pluralidad con los efectos del marco legal sobre las comunidades y el Estado. El proceso de consulta ha fortalecido simultáneamente la movilización social y ha sido una forma de control de las comunidades.

Por lo tanto, cualquier evolución de la implementación del derecho a la consulta previa debe tener en cuenta los impactos mixtos en las vidas de los pueblos étnicos, las actividades de la burocracia estatal y la acomodación de los actores privados.

CAPITULO III

MANEJO LOS RECURSOS NATURALES LOCALIZADOS EN TERRITORIO ANCESTRAL

Abordar el tema del territorio es complicado teniendo en cuenta los diferentes puntos de vista e interpretaciones jurídicas, para abordar este tema es necesario establecer una diferencia entre la legislación y los pronunciamientos jurisprudenciales (que no siempre van de mano el uno con el otro), con arraigo tradicional de cada uno de los pueblos indígenas, ya que al hacer una interpretación exegética de la normativa internacional, susceptible de aplicación a los diferentes Estados, las legislaciones nacionales deben tener en cuenta a cada una de las comunidades que se reconozcan como pueblo indígena, y que se encuentren bajo el mando del Estado. Sin embargo, en la práctica esta sería una tarea muy ardua, ya que implicaría una contradicción a los atributos propios de la Ley derivados del llamado Contrato Social.

Es por esto que es necesario analizar si puede ser posible concebir una normativa en materia de titulación y demarcación de tierras de comunidades indígenas que le diera a la propiedad colectiva de los territorios pertenecientes a estas comunidades una regulación especial y un tratamiento que no estuviera sometido a los procedimientos generales de utilización de tierras, reconociendo la existencia de un lazo inmaterial entre el titular, es decir, las comunidades y la cosa, esto es, las tierras ancestrales; que de forma automática cualifica el derecho a la propiedad; sin embargo esta apreciación debe ser examinada a profundidad ya que un cambio de esta naturaleza implicaría una reforma constitucional y una aplicación de Leyes internacionales que, si se mira desde la óptica estatal sería imposible de hacer, en razón a los intereses involucrados, no obstante lo anterior, la Constitución de Colombia de 1991 es reconocida como la primera en reconocer la aplicación de la justicia por parte de las comunidades indígenas de acuerdo con su derecho

consuetudinario, pero dentro de límites que armonizan la jurisdicción estatal con la jurisdicción indígena.

La ley colombiana siempre ha reconocido a los pueblos indígenas como sociedades cultural y jurídicamente distintas dentro de la gran sociedad nacional, y como tales titulares de derechos fundamentales. Recordemos que uno de estos derechos especiales era el derecho a la propiedad en forma de resguardo específicamente definido en la ley 89 de 1890. El resguardo como institución otorgaba a la comunidad plenos derechos de propiedad sobre sus tierras, dentro de una jurisdicción marcada, libre de ordenanzas civiles. La ley 89 de 1890 otorga a los indígenas la potestad de establecer sus propias formas de gobierno interno, mediante la elección de Cabildos o Consejos Indígenas, órganos integrados por varios miembros de la respectiva comunidad que asumen la administración interna del grupo, particularmente en lo que se refiere a la distribución y administración de las tierras comunales y la realización de medidas policiales menores para mantener el orden interior. Los cabildos fueron reconocidos por el Estado como entidades públicas de carácter especial, incorporadas a la estructura política y administrativa del país.

Como órganos de gobierno que responden a las comunidades, tienen dos funciones principales: gobernar la comunidad y participar en su nombre en actividades ajenas a la vida normal de la comunidad, pero relacionadas con la defensa de los intereses del grupo.

La Ley de Reforma Agraria 135 de 1961 reconoció los derechos plenos de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras tradicionalmente ocupadas. A fines de la década de 1960, el INCORA implementó esta ley y tituló 73 resguardos de 1,0 millón de hectáreas. Utilizando las pocas disposiciones de la Ley Agraria que se relacionaban con los indígenas, sectores de la población indígena que se dedicaban a trabajos serviles o serviles en las haciendas y haciendas del departamento del Cauca, iniciaron un vigoroso movimiento encaminado a reclamar las tierras que

habían adquirido. habían perdido o ampliado sus espacios vitales, si los tenían. La Constitución de 1991 confiere a los territorios indígenas la condición de instituciones políticas y administrativas. Esta figura legal otorga formalmente a las comunidades indígenas un alto grado de autonomía administrativa y fiscal para el manejo de sus asuntos internos y sus relaciones con otros organismos públicos y privados.

Como entidad político-administrativa integrada al nuevo sistema constitucional, un territorio indígena puede ser gobernado por autoridades indígenas y se puede establecer una base imponible para los miembros de la comunidad. Además, cada territorio indígena tiene una participación en la distribución del ingreso nacional. Puede administrar sus propios recursos y prestar servicios públicos, o por lo menos algunos de los que le son prestados por las entidades territoriales, tales como educación, salud, saneamiento básico, y puede realizar obras de ingeniería en beneficio de la comunidad, etc.

El artículo 357 de la Constitución establece la “*participación del resguardo indígena en los ingresos corrientes de la nación*”, de manera que todas las comunidades indígenas que ocupan un resguardo tienen derecho a recibir anualmente del gobierno central una cantidad de dinero proporcional al número de habitantes, para cubrir gastos de administración, provisión de servicios básicos servicios y programas de desarrollo.

Lo anterior fue un breve recuento importante de mencionar a fin de entender el proceso legislativo y constitucional densamente mencionando a lo largo de este trabajo con el fin de entender la importancia del territorio para los pueblos indígenas.

1. Un análisis sobre los procedimientos de reforma a la Constitución – Título XIII

Las reformas constitucionales de las últimas tres décadas trajeron cambios significativos tanto en los mecanismos de participación ciudadana como en la organización política y territorial de las naciones latinoamericanas. Primero, la mayoría de las reformas fueron impulsadas por la idea de expandir, fortalecer la democracia y crear nuevos espacios la participación ciudadana. Las reformas lograron esto de dos maneras diferentes: primero, a través del reconocimiento y expansión de mecanismos de democracia directa tales como consultas populares y referéndums; y segundo, a través de la creación de organismos ciudadanos para controlar los asuntos públicos. En este sentido, es de resaltar como las constituciones boliviana y ecuatoriana son significativamente diferentes, ya que estimulan nuevas formas de participación e incorporan el reconocimiento de la democracia comunitaria desarrollada por los pueblos indígenas, incluido de forma sobresaliente el respeto por su tierra y los recursos que en ella se encuentran.

En Colombia, en la Constitución de 1991 la figura mediante la cual se toman las decisiones políticas es la de la representación. Por eso el sistema político colombiano funciona por medio de la democracia representativa, teniendo en cuenta el sentido estricto de la democracia liberal. De este modo, se emplean las figuras de participación que promueve la Constitución, como la consulta popular, el cabildo, los referendos, entre otros. Estas acciones permitieron ampliar la democracia en pro de la representación mediante algún partido político, por lo que se estableció la oportunidad de los grupos sociales en el marco de las esferas políticas y en los cargos de representación, lo que les permitió reconocer los derechos e intereses de los habitantes.

Este modelo va en línea con el enfoque pluralista que caracterizó la Constitución. No obstante, aunque el argumento de la democracia ha sido una vía para la participación de los distintos grupos, las oportunidades reales para que en verdad estos incursionen en la política no han sido tan

amplias. Finalmente se llega a la representación por medio del aparato electoral, secundados por de los partidos políticos, los cuales se constituyen en uno de los principales escenarios para la representación democrática.

Es así como el proceso de reforma de la Constitución tiene su fuente en el origen mismo de ésta, proveniente de la representación dada por el constituyente primario para su creación. Cabe mencionar que las constituciones democráticas en concordancia con el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se caracterizan por la garantía de derechos y la separación de poderes, por lo que cualquier reforma que se pretenda sobre estas características podría ser vista como un intento de sustitución de la Constitución, a este respecto reseña Ruiperez (1992), que la importancia de la Constitución radica en que *“establece y regula los fundamentos de orden de la vida de un Estado y para lograr este fin, necesita herramientas necesarias para mantener cierta estabilidad”* (p . 234) y una de esas herramientas consiste en la incorporación de mecanismos que permitan su reforma, a fin de que no sea una Constitución rígida y pueda eventualmente actualizarse y/o cambiar frente a aspectos propios de la evolución de la sociedad.

Una característica de nuestra Constitución es su naturaleza normativa la cual está llena de aspiraciones, pero sus promesas no necesariamente se han cumplido. Por el contrario, la distancia entre lo dispuesto en el texto constitucional y la realidad social y política del país es muy sustancial. En el caso de Colombia, la Constitución se considera rígida, tal como lo explica la Corte Constitucional al señalar que,

(...) es y ha sido siempre de carácter rígido. Esto es, no puede ser modificada por un órgano constituido con la misma facilidad que las Leyes. La voluntad de las cámaras al respecto tiene que ser expresada siguiendo unas formas previamente

definidas en la propia Carta y en la Ley Orgánica de Reglamento del Congreso (Sentencia C-543/98, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

Lo anterior es bueno en la medida en que una Constitución que contemple en si misma mecanismos idóneos para su modificación garantiza que sea perdurable, ya que como señala Ruiperez, una Constitución, *“debido a las diferentes mutaciones que sufre la sociedad civil dentro de un Estado determinado, ha de ser necesariamente modificable, lo cual justifica el hecho de la existencia de reformas constitucionales”* (1992, p. 235), y de lo cual explica Ruiperez se puede desprender una máxima la cual se refiere a que *“(…) la reforma constitucional ha sido concebida y justificada como medio idóneo para subsanar los errores, políticos o técnicos, en que hubiera podido incurrir el legislador constituyente, cuyo mantenimiento podría, incluso, deparar la disolución del propio cuerpo político”* (p. 236).

También se puede entender la iniciativa reformista del texto constitucional en razón al inapelable cambio que sufre una sociedad; lo que lo obliga a adaptar sus textos constitucionales debido a la *“inexorable necesidad de que la Constitución debe adaptarse a la historia para conseguir sus fines”* (p. 238). En este entendido, la Constitución debe fortalecerse para consagrar diferentes principios de justicia y buscar una mayor igualdad social y justicia distributiva (especialmente en la forma de derechos sociales) al mismo tiempo que establecen una justicia de reconocimiento (especialmente en relación con los pueblos indígenas).

La Constitución Política de Colombia, tiene en el título XIII titulado *“De la Reforma de la Constitución”*, el procedimiento para su reforma, a través de siete artículos (artículos 374 a 380), ésta puede ser reformada de tres formas: por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por los ciudadanos a través de un referéndum (Constitución Política de Colombia, artículo 374).

Los proyectos de Ley para reformar la Constitución a través del Congreso pueden ser presentados por el gobierno nacional, diez miembros del Congreso, veinte por ciento de los miembros de los consejos administrativos locales y regionales, o por un número de ciudadanos que sume al menos el cinco por ciento del registro electoral (Constitución Política de Colombia, artículo 375). Al seguir la vía legislativa, los requisitos para la reforma constitucional son estrictos ya que la reforma propuesta debe ser discutida en dos periodos ordinarios de sesiones, de manera consecutiva. En el segundo período, la reforma deberá ser aprobada por la mayoría de los miembros de cada Cámara. Las reformas constitucionales a través de una Asamblea Constituyente requieren la aprobación de ambas cámaras del Congreso. Los ciudadanos pueden convocar la Asamblea Constituyente si la aprueban por lo menos un tercio de los padrones electorales. (Constitución Política de Colombia, artículo 376).

La aprobación de reformas constitucionales mediante referéndum requiere la aprobación del Congreso mediante Ley aprobada por la mayoría de los miembros de ambas Cámaras antes de las elecciones. Una vez otorgada esta aprobación, se llevan a cabo las elecciones, las cuales requieren la participación total de por lo menos una cuarta parte del número total de ciudadanos (Constitución Política de Colombia, artículo 378).

En nuestro país se han hecho varias reformas a la Constitución y se han intentado otro tanto, estos esfuerzos de reforma han creado tensiones entre los actores políticos colombianos y los intereses económicos han presionado para detener su materialización. Entre los opositores a proyectos de reforma que por ejemplo favorezcan a grupos étnicos como los indígenas están grupos económicos y políticos poderosos que ven afectados sus intereses económicos relacionados con la extracción de recursos naturales, ya que, existen muchos proyectos ya licenciados a empresas

transnacionales y otros fuertemente presionados para ese propósito. En este caso, el gobierno y los cabilderos utilizan los argumentos del desarrollo económico para demostrar que la constitucionalización del derecho al crecimiento económico es más importante y se oponen a cualquier tipo de reforma en pro de las comunidades indígenas.

2. Análisis del artículo 332 de la Constitución Política de Colombia

Como antecedente más cercano, se puede señalar que tras la adopción de diversas normas poco relevantes que permitían la propiedad privada de minas y campos petroleros y exigían al Estado otorgar concesiones para su explotación en tierras estatales, es con la Ley 20 de 1969 que se estableció el dominio de la Nación sobre los recursos minerales y el subsuelo y declaró la utilidad pública y el interés social de la industria minera y abrió la posibilidad de explotación directa por parte del Estado. En aplicación de esta Ley, se crearon y establecieron como administradores directos de los recursos del subsuelo, la Empresa Colombiana de Petróleo, Ecopetrol, y la Empresa Colombiana de Minería, Ecominas, los cuales debían ser explotados directamente o mediante Convenios de Asociación.

En 1998 se adoptó un nuevo Código de Minería mediante el Decreto Legislativo No. 2655. Este Código mantuvo el sistema de otorgamiento preferencial de derechos mineros a empresas estatales y los derechos de carbón fueron asignados a Nacional Minera Ltda., o Minercol, para su explotación a través de Acuerdos de Asociación. Como resultado de consultas previas con las organizaciones indígenas, el Código de Minería de 1988 restringió la minería en los territorios indígenas, que fueron declarados Reservas Mineras Indígenas, estableció el derecho preferencial de los pueblos indígenas para explotarlos y excluyó la actividad minera de las áreas sagradas o de importancia simbólica para las comunidades.

En ese momento ya se avanzaba en la titulación de territorios indígenas como reservas, en el marco de las Leyes de reforma agraria (Ley 200 de 1936 y Ley 135 de 1961) que obligaron al Instituto Colombiano de Reforma Agraria (Incora) a establecer territorios indígenas reservas. Esta legislación también prohibía que los terrenos “vacíos” ocupados por las comunidades fueran adjudicados a particulares sin la opinión favorable del Ministerio de Gobernación (antiguo Ministerio del Interior). Esta protección de los territorios ocupados por indígenas se transformó, mediante la Ley 30 de 1988, en una obligación de destinar estas tierras únicamente a la formación de resguardos indígenas.

La Constitución Política de 1991 consagró ampliamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluida la propiedad inalienable de sus territorios, y condicionó la explotación de los recursos naturales en esos territorios a la continuidad de la integridad social, económica y cultural de las comunidades y su participación en la toma de decisiones (Arts. 63 y 330).

También establece que el subsuelo y los recursos no renovables son propiedad del Estado, por lo que los particulares no adquieren derechos sobre estos. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 334 de la Constitución, corresponde al Estado intervenir en el uso, producción, operación, explotación y distribución de los minerales obtenidos del suelo y subsuelo, lo que se traduce directamente en una regulación específica para la industria minera, que permite a los particulares desarrollar estas actividades. A este respecto, en la Sentencia C-123 de 2014 la Corte señaló que,

9. Así pues, cuando los artículos 332 y 334 de la Constitución atribuyen al Estado, y no sólo a la Nación, la propiedad sobre los recursos del subsuelo y la facultad de decidir sobre su explotación - aspecto de nodal importancia para el ordenamiento

del territorio - en modo alguno cabe entender que la única voz competente para hablar en estos asuntos sea la de los órganos del nivel central, con exclusión de las demás. Ni siquiera cabría entender, como se hace en la sentencia, que tales disposiciones privilegien la posición de la Nación en la determinación de las políticas relativas a la explotación de los recursos naturales. Al contrario, al referirse al Estado, se está implicando tanto a la Nación como al conjunto de las entidades territoriales, quienes deberán adoptar las determinaciones al respecto de manera concertada (Salvamento de Voto de los Magistrados María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva a la Sentencia C-123/14).

Derivado del artículo 332 encontramos la regulación legal de la minería en Colombia, que abarca diferentes normas que van desde normas constitucionales hasta normas técnicas, que regulatorias de las operaciones mineras.

Sin duda, la principal normativa vigente es el Código de Minería o Ley 685 de 2001, que regula las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares en todas las etapas de la actividad minera. Normativa que se explicara en el siguiente acápite.

3. Sobre la Ley 685 de 2001, *"Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones"*

A fines de la década de 1990 se redactó un nuevo Código de Minería y se aprobó mediante la Ley 685 de agosto de 2001. Con este Código, el gobierno pretendía abrir el territorio nacional a la minería y por ello proponía deliberadamente restringir los derechos indígenas. De hecho, el nuevo Código impuso limitaciones no sólo a estos derechos sino también a los establecidos en la propia Constitución de 1991. También pretendía ser Ley de rango superior, sometiendo la

explotación minera únicamente a los requisitos establecidos en su propio texto, y dejando inaplicables las normas ambientales y los derechos indígenas. Este Código fue impugnado por inconstitucional en numerosas ocasiones debido, entre otras cosas, a la pretensión que le daría a la legislación ambiental; la falta de consulta previa a aquellas etnias que se verían gravemente afectadas; y la falta de consulta previa en los procedimientos de explotación de los recursos no renovables en sus territorios. La Corte Constitucional se pronunció sobre estas denuncias mediante las sentencias C-339, C-418 y C-891 de 2002, todas las cuales fallaron a favor de la constitucionalidad del Código aclarando el alcance de los aspectos impugnados.

Reglamentariamente, la minería se extendió a todo el territorio nacional, aumentando significativamente los títulos emitidos sobre una gran proporción de los territorios indígenas reconocidos. El Código de Minería establece los siguientes derechos en relación con las comunidades étnicas, indígenas y afrocolombianas:

- Delimitación de zonas mineras indígenas en sus territorios.
- Derecho de preferencia al otorgar una concesión en zonas mineras indígenas.
- Derecho de las autoridades indígenas a delimitar zonas excluidas de la minería en virtud de su importancia cultural, social y económica.
- Derecho a la integridad cultural, social y económica en relación con las actividades mineras en sus territorios.
- Derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado para la realización de actividades mineras en sus territorios.

El alcance de los anteriores derechos ha sido esclarecido en sucesivas sentencias de la Corte Constitucional, dictadas en respuesta a múltiples demandas interpuestas por comunidades y organizaciones indígenas por los graves conflictos e impactos que la actividad minera genera en

sus vidas y territorios. Entre estas sentencias, es importante señalar la reiterada obligación de consultar a las comunidades antes de otorgar derechos mineros sobre sus territorios a particulares, consulta que en los últimos años se ha convertido en una obligación del gobierno para obtener el consentimiento de las comunidades afectadas para cualquier alta -actividad de impacto.

Además de la normativa existente, el Ministerio de Minería y Energía, a través de su Viceministerio de Minas, emite políticas gubernamentales en relación con la gestión del sector minero, las cuales buscan formular, adoptar, articular y coordinar políticas y planes para el sector.

Otras funciones relevantes destinadas a mejorar el desempeño general del sector son desarrolladas por otras entidades adscritas al ministerio de la siguiente manera. La Agencia Nacional de Minería (ANM), creada mediante el Decreto 4134 de 2011, es la encargada de ejecutar los procesos de titulación y registro, asistir técnicamente a los diferentes proyectos y promover y cumplir las obligaciones derivadas de las concesiones mineras. La Unidad de Planeación Minero-Energética (UPME) se encarga de la planeación integral y permanente del sector, de brindar índices de desarrollo del sector y responsable, y de la producción y circulación de la información requerida por los diferentes actores del sector. sector y por las entidades en el desarrollo de nuevas políticas para el sector. El Servicio Geológico Colombiano (SGC) tiene a su cargo la investigación científica de los recursos potenciales del subsuelo colombiano de acuerdo con las políticas del Ministerio de Minas y Energía.

4. El Convenio No. 169 de la OIT respecto al territorio

Quizás el primer y más significativo efecto de la industria minera sobre los derechos de los pueblos indígenas en general es la expropiación de sus territorios ancestrales. Bajo las Leyes de reforma agraria vigentes a mediados del siglo pasado, cuando también estaba en vigor el Convenio

107 de la OIT y otros instrumentos internacionales que establecían protecciones especiales para los derechos y territorios indígenas, muchos territorios indígenas fueron destinados a la actividad minera e hidrocarburífera. Estas áreas fueron posteriormente excluidas de las reservas reconocidas, como en el caso de La Guajira. Aún después de la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT y de la Constitución Política de 1991, aún persistían reiteradas faltas de consulta a los pueblos indígenas sobre la actividad minera en sus territorios, lo que resultó en su exclusión de las tierras necesarias para su supervivencia, afectando gravemente su entorno y su entorno. integridad física, social, cultural y económica.

Ante esto, Organizaciones internacionales ha amparado los derechos de los pueblos indígenas a través de una serie de convenios internacionales. Los Convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) describen una estrategia internacional con respecto a los derechos, tanto civiles como territoriales, de los pueblos indígenas en relación con sus estados. Estas convenciones fueron fundamentales para establecer la agenda de una política hacia los pueblos indígenas por parte del estado colombiano al influir en la forma de la nueva Constitución nacional. El Convenio 169 fue ratificado con la Ley 21 de 1991, unos meses antes de que entrara en vigor la Constitución, y está estrechamente incorporado en la legislación relativa a las poblaciones indígenas en Colombia.

El Convenio 169 de la OIT calificó a las tierras de resguardo como inalienables, no hipotecables, inembargables e imprescriptibles inspirado en la nueva idea de un territorio como espacio de vida de un pueblo. Esto garantizó la participación de los pueblos indígenas en el manejo de los asuntos dentro de sus territorios. Colombia fue signataria de la convención e instrumental en su formación. La Convención y la nueva Constitución nacional de 1991 estaban de acuerdo en

muchas estipulaciones sobre los derechos de los pueblos indígenas, incluido el derecho a: preservar su integridad y la de su patrimonio físico y cultural; mejorar sus condiciones de vida y a recibir apoyo para ello: a participar y decidir sobre su propio futuro: a la cooperación del Estado para la protección de su vida, su cultura y el medio ambiente de los territorios que habitan; a preservar y tener en cuenta sus instituciones, tradiciones y costumbres legales y sociales: a exigir y hacer justicia en relación con sus derechos; a la tierra y los recursos naturales; a la salud y seguridad social; a una educación adecuada a sus necesidades y acorde con su cultura; a conocer sus derechos y velar por que sus derechos sean conocidos y respetados por otros miembros de la sociedad nacional; a comunicarse y cooperar entre los pueblos indígenas de las zonas fronterizas.

El Convenio rechaza todos los actos que puedan violar los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Los derechos de ciudadanía de los pueblos indígenas se reconocerán sin restricción, y el goce de los privilegios especiales que les corresponden como pueblos indígenas no constituirá un obstáculo para el ejercicio de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos.

5. Escenarios normativos donde la titularidad del subsuelo se encuentra en cabeza de personas diferentes a la Nación en Colombia.

Vale la pena traer a colación normatividad nacional e histórica mediante la cual la propiedad del subsuelo se encuentra excepcionalmente en cabeza de personas jurídicas y naturales diferentes a la Nación siempre y cuando acrediten la existencia de una cedula real mediate la cual la Colonia española otorgó título de propiedad tanto del suelo como del subsuelo.

En los mismos términos, se relaciona todo lo relativo a la normatividad concerniente a los postulados principales que imperan este régimen excepcional con el objeto de establecer un referente normativo similar al de la propiedad del subsuelo en cabeza de las comunidades étnicas.

El escenario referido corresponde a los títulos de Reconocimientos de Propiedad Privada RPP otorgados conforme la Ley 20 de 1969, y mediante el cual se reconocen derechos adquiridos por el titular de la propiedad tanto del suelo como del subsuelo.

5.1. Sobre los Títulos de Reconocimiento de Propiedad Privada -RPP-

Los Reconocimientos de Propiedad Privada, se establecen como una excepción a la premisa mediante la cual, todos los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estados, por cuanto mediante este título, se reconoce la propiedad de un particular sobre el suelo y el subsuelo mineros, consolidándose como situaciones jurídicas intrínsecas y vinculadas a yacimientos descubiertos, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20 de 1969.

A partir de la expedición de la Constitución Nacional de 1866 se determinó en el artículo 202 que son bienes de la República, entre otros, las minas en propiedad de los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin afectar los derechos a favor de terceros, en los siguientes términos:

Artículo 202. Pertenecen a la República de Colombia

(...)

2. los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por lo Noción o título de indemnización.

3. Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el

territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por Leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre alguna de ellas” (Subrayado fuera del texto).

Es así como, analizando los postulados referidos, la Ley 20 de 1969 y el Decreto 1275 de 1970, reconocieron la propiedad privada de las minas, bajo el entendido que los particulares, excepcionalmente, y tal como lo señala el artículo 3 de la Ley 20 de 1969, son:

Artículo 3-. Los derechos que tengan los particulares sobre minas adquiridas por adjudicación, redención o perpetuidad, accesión, merced, remate, prescripción o por cualquiera otra causa semejante, se extinguen o favor de la Nación, salvo fuerza mayor o caso fortuito;

a) Si al vencimiento de los tres años siguientes a la fecha de la sanción de esta Ley, los titulares son del derecho no han iniciado la explotación económica de las minas respectivas, y,

b) Si la explotación, una vez iniciada, se suspende por más de un año.

Por su parte, los artículos 58 y 332 de la Constitución, establecen lo relacionado a la propiedad privada y de los recursos naturales no renovables, y al respecto los mencionados artículos señalan lo siguiente:

Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las Leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni numerados por Leyes posteriores. (...)

Artículo 332. El estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las Leyes preexistentes (subrayado propio).

Aunado a lo anterior, la Ley 685 de 2001, señala que los reconocimientos de propiedad privada RPP, son un título minero valido, pero respecto a sus particularidades señala lo siguiente:

Artículo 14. Título minero. A partir de la vigencia de este Código, 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.

Lo dispuesto en el presente artículo deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir este Código. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto.” (subrayado fuera del texto).

5.2. Posibilidad de tener el Reconocimiento de Propiedad Privada sin ser propietario del suelo

Como se estableció en los postulados anteriores, a partir de la Constitución de 1886 por regla general la propiedad de las minas y de los recursos naturales no renovables son del Estado, salvo los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo en Leyes preexistentes.

Es así como la Ley 20 de 1969, en el artículo primero se refirió a los derechos de propiedad de las minas de la Nación para determinar que:

(...) todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente Ley, solo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas o yacimientos descubiertos.

Desde la expedición de la Ley 20 de 1969 se estableció que la propiedad absoluta de las minas recae sobre la Nación, respetando, en todo caso, los derechos instaurados de antemano en favor de terceros particulares con algunas condiciones para su ejercicio.

Al respecto, y de conformidad con la Constitución de 1991, la Corte Constitucional (Sentencia C-216 de 1993 M.P. Álvaro Tafur Galvis) analizó entre otros, la constitucionalidad del reconocimiento de la propiedad privada de los recursos naturales no renovables y del subsuelo, estableciendo lo siguiente:

(...) en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido un régimen especial de la propiedad particular sobre el subsuelo y en especial el petrolero, que implica que ella ha sido conferida por el Estado, y que se halla Condicionada a las exigencias legales en cuanto a la continuidad del derecho de dominio, además, se encuentra que dicha propiedad no es extraña a las exigencias que sobre su ejercicio haga el legislador, ya que comporta buena parte de la riqueza pública de la Nación y del Estado, que debe ser aprovechada en beneficio de la sociedad.

Así las cosas, es claro que la propiedad de los recursos no renovables que se encuentran en el suelo y en el subsuelo se encuentra en cabeza del Estado, con las excepciones a las que se refiere la Ley 20 de 1969 reglamentada por el Decreto 1275 de 1979 (Derogado por el Decreto 2477 de 1986), que confirmó dicha excepción en favor de terceros con su validez jurídica y que al 22 de diciembre de 1969 dichos escenarios jurídicos estuvieran vinculados a uno o varios yacimientos descubiertos.

Conforme la normatividad referenciada, los Reconocimientos de Propiedad Privada fueron declaraciones de la propiedad de los recursos mineros que se encuentran en el suelo y en el subsuelo que se otorgaron a los propietarios del terreno (subrayado fuera de texto) en el que estos se encuentran, así lo dispuso el 1 de la Ley 59 de 1873, al señalar de forma literal:

Con excepción de la sal gema, depósitos de huano y minas de carbón mineral, que se ha reservado la Nación; de los minas o mineras que se hallen en los baldíos, las que corresponden al Estado, y de las minas o mineras registrados en terreno ajeno, o las que se registren en virtud de los denunciados hasta la publicación de la Ley 59 de US de octubre de 1873, **todas las minas o mineras son de propiedad del dueño del terreno en que estén.** (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De conformidad con la normativa relacionada, se considera que no es posible la inscripción de un Reconocimiento de Propiedad Privada sin ser el titular del derecho real de dominio del predio en el que se encuentran los recursos minerales, sin perjuicio del derecho de disposición que se concede a dichos titulares en virtud del artículo 28 de la Ley 685 de 2001.

5.3. La suspensión de obligaciones del título minero por fuerza mayor o caso fortuito

La fuerza mayor y/o caso fortuito corresponde a eventos imprevisibles, irresistibles e inimputables a aquel que lo alega, que hacen de imposible cumplimiento determinada obligación. Sobre el asunto el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, dispone:

Artículo 1. Se *llama* fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público.

De otra parte la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de fecha noviembre 20 de 1989, señalo:

Según el verdadero sentido o inteligencia del artículo 1° de la Ley 95 de 1890, los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor (...), deben ser concurrentes (imprevisibilidad e irresistibilidad) lo cual se traduce en que, si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible, pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura a pesar de ser irresistibles pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la fuerza mayor o caso fortuito...

Si solo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que

es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho.

Conforme dichos supuestos, la Ley 685 de 2001, determinó en el artículo 52, la posibilidad de suspender las obligaciones de tipo jurídico, económico, técnico y ambiental, emanadas del título minero, ante la ocurrencia de eventos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, a petición de parte y con la justificación de tales situaciones, así:

Artículo 52. Fuerza mayor o caso fortuito. A solicitud del concesionario ante la autoridad minera las obligaciones emanadas del contrato podrán suspenderse temporalmente ante la ocurrencia de eventos de fuerza mayor o caso fortuito. A petición de la autoridad minera, en cualquier tiempo, el interesado deberá comprobar la continuidad de dichos eventos.

Por su parte, la misma normatividad estableció la posibilidad de extinguir los derechos de propiedad de los particulares sobre el suelo y subsuelo mineros a favor del Estado, si se suspendieren las actividades mineras por más de doce (12) meses continuos, sin causa justificada constitutiva de caso fortuito o fuerza mayor, así:

Artículo 29. Extinción de derechos. Los derechos de propiedad de los particulares sobre el suelo y subsuelo mineros o sobre las minas que hubieren sido reconocidos y conservados en los términos, condiciones y modalidades establecidas en la Ley 20 de 1969, el Decreto 2655 de 1988 y la Ley 97 de 1993, se considerarán extinguidos si los interesados suspenden la exploración o explotación por más de doce (12) meses continuos, sin causa justificada constitutiva de caso fortuito o fuerza mayor. La demostración de dicha causa deberá ser presentada por el interesado a requerimiento de

la autoridad minera, en cualquier tiempo y en el plazo que ésta le señale. En todo caso la providencia que declare la extinción será motivada y contra ella procederá el recurso de reposición (subrayado fuera de texto).

Conforme lo expuesto, a diferencia de lo señalado en el artículo 52 de la Ley 685 de 2001, arriba transcrito, para el caso de los Reconocimientos de Propiedad Privada, la fuerza mayor y el caso fortuito, fue contemplado por el artículo 29 ibidem, como un medio para justificar la suspensión por un término superior a doce (12) meses, la cual debe ser presentada a solicitud de la autoridad minera, con el fin de que no se extinga el derecho.

En los mismos términos, la Ley 685 de 2001, en el título octavo, capítulo XXXII, determina disposiciones finales y de transición, entre las que se encuentra, lo concerniente a condiciones y términos, así:

Artículo 350. Condiciones y términos. Las condiciones, términos y obligaciones consagrados en las leyes anteriores para los beneficiarios de títulos mineros perfeccionados o consolidados, serán cumplidos conforme a dichas leyes.

Frente a estos postulados, el criterio general para determinar cuándo nos encontramos, con alguna de las prerrogativas referidas en la norma señalada, es el que la misma norma indica y que corresponde a:

1. Que se trate de beneficios de orden operativo y técnico, o de facilidades, eliminación o abreviación de trámites e informes que se consignan en el Código de Minas.
2. Que con su aplicación no se afecten las condiciones o contraprestaciones económicas de

los títulos mineros, en favor del Estado.

5.4. Autoridad judicial competente para conocer controversias entre titular de Reconocimientos de Propiedad Privada -RPP- y terceros y procesos declarativos de pertenencia

Con relación a los procesos declarativos de pertenencia de los Reconocimientos de Propiedad Privada, a través de los cuales se pretenda adquirir por prescripción adquisitiva de dominio los reconocimientos de propiedad privada de las minas, es necesario aclarar que el artículo 3 de la Ley 20 de 1969 establecía como se explicó anteriormente los modos como los particulares adquirieron el derecho de propiedad privada de las minas.

Así las cosas, bajo los postulados de la Ley 38 de 1887 era procedente “*denunciar la propiedad privada sobre las minas adquiridas por adjudicación, redención a perpetuidad, accesión, merced, remate, prescripción o por cualquiera otra causa semejante*”, teniendo en cuenta que con la expedición de la Ley 20 de 1969 se estableció el principio de propiedad absoluta de la Nación sobre las minas, respetando, los derechos instaurados de antemano en favor de terceros particulares con algunas condiciones para su ejercicio.

En efecto, sólo antes de la entrada en vigencia de la Ley 20 de 1969, lo cual ocurrió el 11 de diciembre de 1969, era posible adquirir a perpetuidad los derechos de propiedad sobre las minas, entre otros modos por prescripción adquisitiva. En ese orden de ideas, y conforme la Ley 685 de 2001 actualmente la única forma para “*constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal es mediante el contrato de concesión minera*”, otorgado con todas las formalidades en el Registro Minero Nacional, en los términos del artículo 14 del Código de Minas.

Es así como para los reconocimientos de propiedad privada que hayan suspendido injustificadamente y no se enmarquen en las causales de caso fortuito o fuerza mayor la exploración o explotación por más de (12) meses continuos, lo que procede es la extinción de los derechos, en los términos del anteriormente señalado artículo 29 del Código de Minas.

En conclusión, se evidencia que es improcedente afirmar que existan minas de propiedad privada abandonadas, respecto de las cuales proceda el Reconocimiento de Propiedad Privada en virtud de un proceso de pertenencia, teniendo en cuenta que el abandono de una mina da lugar a la causal de extinción de los derechos emanados de ese reconocimiento y en ese sentido, el régimen para adquirir el derecho de explorar y explotar es el contemplado en el artículo 14 del Código de Minas.

Razón por la cual la autoridad judicial competente para dirimir controversias que surjan entre titulares de Reconocimientos de Propiedad Privada -RPP- y terceros indeterminados con relación de la explotación o posesión material del mismo, por tratarse de conflictos entre particulares, en los cuales no hace parte una entidad estatal corresponde conocerlos a la jurisdicción ordinaria, de conformidad con las normas que sobre competencia le sean aplicables en razón a la naturaleza y cuantía del proceso.

5.5. Sobre el Amparo administrativo de Reconocimientos de Propiedad privada

Frente a esta disposición, antes mencionada del artículo 352 de la Ley 685 de 2001, el criterio general para establecer cuando nos encontramos con alguno de los beneficios o prerrogativas allí referidas es el que la misma norma señala y que corresponde a: *“(i) Que se trate de beneficios de orden operativo y técnico, o de facilidades, eliminación o abreviación de trámites e informes que se consignan en el Código de Minas; (ii) Que con su aplicación no se afecten las condiciones o contraprestaciones económicas de los títulos mineros, en favor del Estado”*.

Así las cosas, se establece frente a la figura del amparo administrativo, conforme con el capítulo XXVII de la Ley 685 de 2001 que tiene por finalidad:

(...) brindarle al beneficiario del título minero la garantía de poder adelantar el inmediato ejercicio de todos los derechos que se derivan del título, y de impedir el ejercicio indebido de lo minería. A su vez, el trámite del amparo administrativo se caracteriza por ser un procedimiento breve, preferente y sumario, en el que a los presuntos perturbadores se les admite como prueba, la presentación de un título minero vigente e inscrito” (Subrayado fuera del texto).

Por su parte, el artículo 307 del Código de Minas señala que con relación a los actos de perturbación contra los titulares mineros procede el amparo administrativo, en los siguientes términos:

Artículo 307. Perturbación. El beneficiario de un título minero podrá solicitar ante el alcalde de terceros que la realice en el área objeto de su título. Esta querella se tramitará mediante el procedimiento breve, sumario y preferente que se consagra en los artículos siguientes. A opción del interesado dicha querella podrá presentarse y tramitarse también ante la autoridad minera nacional.

La disposición referenciada hace alusión a brindar a los beneficiarios de títulos mineros un mecanismo para amparar sus actividades e impedir el ejercicio indebido o explotaciones ilícitas de parte de terceros ájenos al proyecto minero en el área de su título, enmarcando en este precepto a aquellos titulares que ostenten derechos a explorar y explotar minerales,

lo cual nos remite a confirmar en las disposiciones normativas vigentes si el Registro de Propiedad Privada se enmarca como título minero beneficiario de dicha herramienta, y lo que la jurisprudencia ha entendido como la finalidad de esa figura.

Sobre los beneficiarios del título minero la exposición de motivos de la Ley 685 de 2001 establece que son “(...) básicamente *los titulares de derechos sobre las minas, los concesionarios en general y principalmente y, por excepción, las personas que con base en Leyes anteriores fueron reconocidas como propietarios privados del subsuelo de determinadas áreas (...)*”.

De otra parte, sobre el objetivo del amparo administrativo la Corte Constitucional en Sentencia T-361 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se pronunció, argumentando lo siguiente:

La acción de amparo administrativo tiene como finalidad impedir el ejercicio ilegal de actividades mineras, la ocupación de hecho o cualquier otro acto perturbatorio, actual o inminente contra el derecho que consagra el título. El carácter tuitivo de esta garantía de los derechos mineros frente a actos de perturbación u ocupación de hecho se refleja en un procedimiento previsto por el legislador en el que no se vislumbra ni se articula confrontación alguna entre el particular y el Estado, sino amparo de los derechos de un sujeto privado ante los actos perturbadores de otro u otros, todo lo cual hace de éste un proceso de naturaleza eminentemente policiva.

En ese orden de ideas, el presupuesto fáctico para que proceda el otorgamiento de un amparo administrativo es el despojo, ocupación o perturbación, esto es, la realización de actos ilegítimos de terceros, sin consentimiento o autorización de quien que tiene este derecho, sobre un área objeto de título minero, inscrito con todas las formalidades en el registro minero, sin

distinción a su denominación, esto es, contratos de concesión, contratos en virtud de aporte, reconocimientos de propiedad privada o cualquier otra figura que se enmarque en la definición de titular minero. Referente a esto, el Ministerio de Minas y Energía ha Conceptuado que,

(...) la acción de amparo administrativo de que goza un titular minero tienen por finalidad la suspensión de la ocupación, perturbación o despojo que terceros realicen en el área objeto del título minero, incluso de los reconocimientos de propiedad privada (...) (Ver concepto Ministerio de Minas y energía No. 2011060791).

Es así como se evidencia que la condición para el ejercicio del amparo administrativo es la existencia de un título minero, concepto dentro del cual se enmarca los Reconocimientos de Propiedad Privada. En ese orden de ideas, el amparo administrativo ofrece una garantía a quien ostente un título minero, con la cual puede ejecutar todos los derechos que se deriven del mismo, y de impedir el ejercicio indebido de la minería.

Conforme lo expuesto, de conformidad con lo señalado en el artículo 307 de la Ley 685 de 2001, el beneficiario de un título minero puede solicitar el derecho de al amparo administrativo ante el alcalde municipal o ante la autoridad minera.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de solicitar un amparo administrativo y ser concomitantemente ejecutado por la autoridad en virtud de un proceso judicial donde se reclame por parte de un tercero el Reconocimiento de Propiedad Privada -RPP-, de acuerdo al Código de Minas, se considera que como se ha anotado la figura del amparo administrativo es una medida policiva tendiente a la suspensión inmediata de las actividades de ocupación, perturbación o despojo que terceros realicen dentro del área objeto de un título minero (artículo 307), es decir, una gestión

administrativa que culmina con la emisión del acto administrativo que resuelve la solicitud de amparo administrativo, siendo competencia del alcalde de la municipalidad respectiva las acciones materiales tendientes al desalojo (artículo 309) y suspensión de los actos perturbatorios (artículo 306).

En ese sentido, los actos que se adopten frente a la ocupación, perturbación desalojo de terceros en el área de un título minero, son independientes de las decisiones que en el trámite de un proceso judicial adopte un juez de la República, siendo sólo admisible para la defensa del perturbador la presentación de título minero vigente e inscrito en el Registro Minero Nacional.

Frente a todo lo referenciado, es importante mencionar que la autoridad minera deberá proceder a la suspensión del trámite de un amparo administrativo si existe una orden judicial que así lo determine.

5.6. Caducidad de Reconocimientos de Propiedad Privada -RPP-

Conforme la normatividad relacionada y los postulados referidos, los Reconocimientos de Propiedad Privada -RPP-, corresponden a una excepción al lineamiento mediante el cual, los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado (Ley 685 de 2001, artículo 5), por cuanto mediante este título, se reconoce la propiedad de un particular sobre el suelo y el subsuelo mineros, constituyéndose como situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos, con anterioridad a la entraría en vigencia de la Ley 20 de 1969.

Así las cosas, y aclarando que la particularidad de los Reconocimientos de Propiedad

Privada -RPP-, consiste en que bajo los mismos, no se establece un vínculo con el Estado, por cuanto su naturaleza no es la de un contrato de concesión minera, por lo cual no procede la declaración de caducidad en los términos del artículo 112 del Código de Minas, considerando que el presupuesto normativo para que proceda esta figura es la existencia de un contrato de concesión y según los análisis señalados, nos encontramos frente a un escenario normativo e histórico de connotación diferente.

No obstante lo expuesto, se debe tener en cuenta lo señalado en el actual código de minas, en ya mencionado y explicado artículo 29, esto es los Reconocimientos de Propiedad Privada, pueden llegar a extinguirse si los interesados suspenden la exploración o explotación por más de (12) meses continuos, sin causa justificada constitutiva de caso fortuito o fuerza mayor.

Se evidencia que dicho régimen excepcional no contempla la declaratoria de caducidad relacionada en el artículo 288 del código de minas sino un postulado diferente conforme lineamientos históricos y normativos ya señalados.

También resulta importante señalar que si bien el beneficiario de un Reconocimiento de Propiedad Privada -RPP- se encuentra en la situación de la excepción constitucional, debe cumplir con las normas, exigencias y requisitos ambientales aplicables, así como los derivados del cumplimiento de los reglamentos y manuales de seguridad e higiene minera y dar cumplimiento a las normas sobre la comercialización de minerales.

6. Posición de la comunidad indígena frente al mandato del artículo 332 superior

Si bien como ya se explicó anteriormente, es mandato constitucional que, *“El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos*

adquiridos y perfeccionados con arreglo a las Leyes preexistentes”, y esto aplica a todos los ámbitos en los cuales el subsuelo sea objeto de interés por parte del Estado, las comunidades indígenas han alzado su voz en varias ocasiones al tener este mandato una injerencia directa sobre sus territorios. Es así como las organizaciones indígenas han expresado una serie de preocupaciones sobre manejo de sus tierras como, por ejemplo, poner límites a la concentración de la propiedad y prohibir el acaparamiento de tierras, en particular por parte de extranjeros y empresas multinacionales; suspender la minería y/o operaciones de energía en sus territorios hasta que se hayan realizado las consultas previas. También les preocupa que la extracción a gran escala de carbón y petróleo implica literalmente romper el territorio para extraer enormes cantidades de materiales y energía, acción que produce heridas abiertas en la tierra y sus habitantes.

En este punto es necesario señalar que uno de los problemas con lo que se han encontrado las comunidades indígenas y que más ha afectado sus territorios, amparado al mandato constitucional es el del extractivismo, que en definición de Gudynas (2013) y Acosta (2013), es un modelo de acumulación de capital por medio de la apropiación, muchas veces violenta, de recursos naturales a través de actividades de gran escala y alto impacto socio-ecológico con fines mayoritariamente de exportación sin procesar. Como Svampa (2019) y Gudynas (2018) discuten para Latinoamérica, el extractivismo como modelo de acumulación de capital ha sido y es facilitado por una cercana relación con los Estados, no necesariamente ilegal, pero con frecuencia transgrediendo las fronteras de lo moral. Son los Estados los que facilitan, regulan y posibilitan el funcionamiento de este modelo. Esa cercana relación en ocasiones puede tomar la forma de una “reconfiguración cooptada del Estado”, en la que organizaciones legales e ilegales buscan modificar desde adentro el régimen político. Esto se realiza mediante prácticas ilegítimas adelantadas de manera sistemática para influir en la formación, modificación, interpretación y

aplicación de las reglas del juego y de las políticas públicas. El resultado de tales prácticas es que *“actores particulares consiguen que sus intereses sean validados política y legalmente, y legitimados socialmente en el largo plazo, aunque estos no obedezcan al interés rector del bienestar social”* (Garay, 2008).

Es por lo anterior que, en cuanto a la distribución de la tierra, han propuesto la restitución, valoración y protección de los territorios reconocidos o reclamados por las comunidades, pidiendo que no sean catalogados como parques naturales, áreas de desarrollo empresarial o fondo de tierras. Este último punto significa que no están de acuerdo en que se deba incluir tierras reclamadas por los pueblos indígenas, que pueden caer en las categorías de propiedad caducada o tierras “vacías” recuperadas. Los pueblos indígenas han rechazado históricamente este concepto de tierras “vacías” porque ignora la ocupación y propiedad ancestral de las comunidades sobre las mismas. También se oponen a la remoción de áreas de reserva forestal porque estas se superponen en gran medida con los territorios indígenas. En cuanto a las zonas autónomas llamadas “Reservas Campesinas”, señalan que estas deben establecerse en áreas no habitadas por pueblos indígenas, sino que deben provenir de los latifundios y, en el caso de reservas ya formadas o en proceso.

Todo lo anterior hace que el tema de la tenencia de la tierra, que es uno de los principales factores que subyacen en el conflicto armado colombiano, en realidad sólo pueda resolverse mediante acuerdos entre los diferentes sectores sociales si se pretende evitar superposiciones y conflictos interétnicos. Este tipo de conflictos ya han surgido en algunas regiones por la entrega de tierras por parte de las instituciones responsables a sectores que no son los reclamantes originales, y también en relación con la formación de Zonas de Reserva Campesina. Es por ello por lo que los pueblos indígenas siempre han reclamado espacios de diálogo entre los sectores sociales para

resolver estas y otras posibles tensiones y lo están impulsando a través de sus organizaciones representativas.

Si bien han sido escuchadas sus preocupaciones y se han contemplado medidas para enfrentar estos problemas, su implementación requiere reformas legales, definidas en el momento oportuno, y esto bien puede depender del equilibrio de poder en ese momento que, pueden ser un punto de partida para empezar a construir la paz en territorios que han sufrido dinámicas e impactos diferentes. Quizás por eso los pueblos indígenas, siempre han planteado la necesidad de impulsar espacios concretos de diálogo regional para comenzar a promover la paz y la reconciliación.

7. Viabilidad de reformar el artículo 332 superior en pro del reconocimiento de derechos al subsuelo y sus recursos a las comunidades indígenas

En un país como Colombia, la tensión existente hoy entre los entes de rango nacional y territorial con respecto al uso del subsuelo y del suelo ha sido una constante a través de su historia. Si bien el ordenamiento vigente define en el artículo 332 de la Constitución Política que el subsuelo le pertenece al Estado, a través de distintas figuras legales (por ejemplo, el Código Minero de 2001) la Nación se ha arrogado el poder de decidir sobre él. Al mismo tiempo, tanto la Constitución como el ordenamiento legal reconocen que son los entes territoriales los que deciden sobre el ordenamiento del territorio y, por ende, el manejo del suelo. Justo ahí entran en conflicto el interés particular de algunas empresas mineras para ejecutar proyectos a gran escala o la exploración y extracción de hidrocarburos y el interés general, empezando por el de las comunidades locales que se oponen a los megaproyectos, pero incluyendo también el de la sociedad en general.

Ha sido precisamente la movilización de las organizaciones en los territorios y el acompañamiento de la sociedad civil, que han protestado, litigado e incluso votado para evitar la

expansión del extractivismo lo que constituye uno de los pocos frenos que han funcionado ante el modelo depredador de apropiación y extracción de recursos naturales. Por ello ha sido necesaria la intervención de instituciones del nivel de las Altas Cortes y del Gobierno Nacional para impedir que los territorios y sus habitantes se sigan pronunciando en contra de diversos megaproyectos minero-energéticos, por ejemplo, a través de las consultas populares, los acuerdos municipales o incluso los referendos. Si partimos de que se requiere una transición para superar el extractivismo y de que este tiene éxito precisamente para limitar la democracia participativa, entonces urge una transición para revivir la democracia participativa en nuestra organización política. Sin embargo, para que cualquier transición pacífica y ciudadana funcione es crucial que funcione justamente esa democracia ya que sin democracia no hay transición, pero sin transición no puede haber una democracia participativa plena. Es posible que se generen tensiones entre el ordenamiento constitucional o legal vigente y las necesidades de cambio e incluso que se tengan que hacer reformas legales o constitucionales. No obstante, la misma Constitución ofrece una hoja de ruta y unas garantías procesales para que esos cambios y reformas se puedan llevar a cabo.

Ahora bien, respecto a la posible reforma del artículo 332 superior, hay que tener en cuenta diferentes aspectos, en primer lugar tenemos la dependencia de la economía respecto a las actividades de extractivismo, aunado al compromiso que el gobierno ha adquirido con grandes empresas multinacionales para explorar y explotar territorios con posibilidad minero – energética; en segundo lugar, la falta de planeación hacia una transición energética en aras de migrar hacia energías limpias (hay algunos proyectos que, aunque sean renovables, se duda que los megaproyectos eólicos y solares, como están planteados ahora, contribuyan a dar los fundamentos para una vida digna) y como en Colombia no hay transición, de momento solo adición energética,

es difícil afirmar que esta sea genuinamente sostenible o que acerque al país a ofrecer los fundamentos básicos para una vida digna.

Eliminar la dependencia de Colombia de los productos que produce el subsuelo involucraría una transición seria y responsable, lo cual implica sustituir más de la mitad de las exportaciones del país y casi la mitad de las inversiones extranjeras directas. Para enfrentar esto, es necesario realizar planteamientos desde centros de pensamiento, universidades, comunidades, entre otros, que planteen alternativas a este modelo extractivista.

Mas allá de modificar la Constitución en cuanto al manejo del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, desde la posición de las comunidades indígenas, lo que se debe dar es un replanteamiento del manejo de estos recursos, tendiendo siempre a la protección del medioambiente. Este sería primer paso para un nuevo modelo de gestión de la energía que sea más democrático, más descentralizado, más participativo y 100 % renovable.

No solo es algo que se puede ver como deseable, sino que es técnicamente factible y económicamente viable tanto en Colombia como en el ámbito global. Con esto, se lograría avances importantes, (1) una transformación socioeconómica, que hace de esta apuesta una transición amplia para poder dar efectivamente los fundamentos básicos de una vida digna a todas las personas. (2) la protección de la naturaleza como condición para que la transición sea sostenible y de verdad contribuya a respetar los límites planetarios de la Tierra. (3) la democracia participativa como propuesta para que el proceso de transición sea democrático y se desarrolle a través de la búsqueda de consensos por medio del diálogo y con todas las garantías constitucionales.

8. Normatividad relevante sobre Pueblos Indígenas expedidas con posterioridad a la Constitución de 1991

Después de los reconocimientos fundamentales establecidos en la Constitución de 1991, se han expedido lineamiento normativos en procura de continuar protegiendo derechos históricos presentes y futuros que salvaguarden un referente ancestral y determinante para la evolución de Colombia.

En cuanto al impacto medio ambiental, la Ley 99 de 1993, por medio de la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Consejo Nacional Ambiental y las Corporaciones Autónomas Regionales, estableció en el artículo 67 que los *“Territorios Indígenas tendrán las mismas funciones y deberes definidos para los municipios en materia ambiental”*.

Por su parte la Ley 165 de 1964, ratifica el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, y el Decreto 1768 de 1994 establece el período de los miembros del Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales el mismo período para las etnias, comunidades indígenas y negras y demás representantes de la comunidad u organizaciones privadas o gremiales (tres años), según lo establece el artículo 18 de dicha norma.

El Decreto 1867 de 1994 reglamentó el Consejo Nacional Ambiental, señalando en el artículo 2 que los representantes de los gobernadores, alcaldes, comunidades indígenas serán elegidos para un período de cuatro años. En los mismos términos el artículo 3 de la norma referida determino que:

(...) el representante de las comunidades indígenas será elegido por el Ministerio del Medio Ambiente de acuerdo con las siguientes reglas: 1. El Ministerio del Medio Ambiente comunicará por escrito, al Consejo Nacional de Política Indigenista, para que los representantes indígenas del mismo Consejo remitan una terna de candidatos

al ministro. 2. El representante de los indígenas será elegido, teniendo en cuenta su hoja de vida. 3. Al Ministerio deberá allegarse por parte del Consejo Nacional de Política Indigenista hoja de vida de los candidatos y el acta de la reunión respectiva donde escogieron los mismos. Parágrafo: Cuando ocurra falta absoluta o renuncia del representante indígena al Consejo Nacional Ambiental, lo reemplazará cualquiera de los candidatos restantes de la terna, a elección del Ministerio del Medio Ambiente.

De otra parte, el Decreto 1124 de 1999, reestructura el Ministerio Medio Ambiente, y entre sus funciones tiene la de *“fomentar el desarrollo y difusión de investigaciones, conocimientos, valores y tecnologías sobre el manejo ambiental y de recursos naturales, de las culturas indígenas y demás grupos étnicos”*.

El sector agrario, a través del Decreto 2621 de 1994 determinó que la cofinanciación para las comunidades indígenas se efectuará teniendo en cuenta la legislación y reglamentación especial expedida para resguardos y comunidades indígenas, sus usos y costumbres, y el Reglamento Operativo del DRI ajustado a las particularidades de estas comunidades (artículos 1 y 2)

La Ley 160 de 1994, por la cual se crea el Sistema Nacional de la Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino determinó como funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria: *“Estudiar las necesidades de tierras de las comunidades indígenas y constituir, ampliar, sanear y reestructurar los resguardos en beneficio de las respectivas parcialidades”*. (artículo 12, numeral 18).

Con tal objeto constituirá o ampliará resguardos de tierras y procederá al saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad.

El sector planeación también estableció regulaciones importantes para dichas comunidades en la

Ley 80 de 1993, determinando:

Se denominan entidades estatales: *“La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios”* (Artículo 2).

En ese orden de ideas tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva a nivel territorial:

(...) los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios.

En cuanto régimen territorial la Ley 191 de 1995, regula lo relacionado con las fronteras nacionales y por mandato de esta ley el Estado corresponde al Estado proteger el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos que las comunidades indígenas y locales hayan desarrollado en las Zonas de Frontera. Igualmente, cualquier utilización que se haga de ellos, *“se realizará con el consentimiento previo de dichas comunidades y deberá incluir una retribución equitativa de beneficios que redunden en el fortalecimiento de los pueblos indígenas”* (Artículo 8).

Finalmente, la jurisdicción especial indígena Ley 270 de 1996, determina que las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las leyes. Esta última establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas.

Conclusiones

Al revisar el concepto del territorio, no solamente se debe analizar lo que sucede en las zonas urbanas y rurales, es necesario y una obligación del Estado entender la concepción indígena del territorio, esto es, entender el territorio desde la posición de las comunidades indígenas. Al analizar este tema es necesario hacer un recorrido histórico de varios siglos para poder entender como la lucha de estas comunidades ha sido ardua y laboriosa ya que han tenido que luchar contra un Estado que históricamente los ha atropellado, es solo hasta la promulgación de la Constitución Política de 1991 que se reconoce la diversidad étnica y cultural en Colombia como un derecho que intenta al menos en el papel darle a los indígenas el reconocimiento social, político y jurídico al derecho territorial como una parte del espacio geográfico, social, simbólico y religioso (su identidad).

En ese orden de ideas y dando respuesta al interrogante planteado en la presente investigación, respecto a la pertinencia de modificar el artículo 332 de la Constitución Política de Colombia, en relación con la titularidad del subsuelo en cabeza de las comunidades indígenas cuando se desarrollan proyectos de extracción de recursos naturales no renovables en dichos asentamientos se concluye lo siguiente.

Una vez analizando el contexto histórico, normativo y jurisprudencial expuesto, se evidencia que desde la época de la Colonia española se les reconocía la propiedad absoluta a los pueblos indígenas sobre los terrenos que habitaban y explotaban, con fundamento no solo en cédulas reales o títulos de propiedad otorgados por la corona sino también en derechos adquiridos que fueron reconocidos por la jurisprudencia de la época, y mediante postulados normativos como el artículo 2 de la Ley 55 de 1905 el cual estableció que debían respetarse los derechos adquiridos de los indios. En los mismos términos, se observa que cada una de las reformas constitucionales a lo largo de la historia del país referenció específicamente el respecto de las situaciones jurídicas

consolidadas en normas anteriores o derechos adquiridos, situación que favorece a dichas comunidades en cuanto a la propiedad del subsuelo.

Aunado a lo expuesto y haciendo referencia a la normatividad vigente, no solo el artículo 58 de la Constitución Política refiere derechos adquiridos, el artículo 5 de la Ley 685 de 2001, actual código de minas señala que los recursos mineros pertenecen al Estado, excepto algunas circunstancias jurídicas individuales, subjetivas y concretas derivadas de títulos de propiedad privada de minas con arreglo a las Leyes preexistentes.

En efecto se considera viable una modificación al artículo 332, no solo por el hecho de existir en la constitución política las figuras jurídicas establecidas en el título XIII titulado “De la Reforma de la Constitución”, sino por los referentes históricos, normativos y jurisprudenciales que soportan dicha modificación en procura de otorgar la titularidad del subsuelo en cabeza de las comunidades indígenas.

Como requisitos para otorgar dicha titularidad en cabeza de las comunidades indígenas resulta necesario la existencia de una cedula real o título de propiedad expedido por la corona española en favor de la comunidad indígena y un acto administrativo expedido por la administración o en su defecto una sentencia judicial que decrete o resuelva la propiedad del subsuelo en favor de la comunidad. Estos requisitos deberán establecerse dentro de los postulados que generen la eventual reforma constitucional.

Ahora bien, respecto a la reforma constitucional, la Constitución prevé diferentes formas de reforma como son la Asamblea Constitucional, el Referéndum y la expedición de un Acto Legislativo por vía del Congreso, sin embargo estos métodos son demasiado complicados de aplicar, debido a la rigidez de su procedimiento toda vez que por ejemplo para una comunidad indígena resultaría casi imposible cumplir con los requisitos necesarios para intentar modificar la Constitución en favor de un bien propio como por ejemplo el manejo de los recursos mineros de

sus territorios. Esto no quiere decir que dichas reformas no se puedan lograr, ya que al día de hoy la Constitución colombiana ha tenido más de 50 reformas, sin embargo estas han sido promovidas por políticos y sectores de la sociedad que poseen el poder para hacerlo.

En este sentido y viendo en concreto y en detalle la base material de la sociedad moderna es vital reconocer que depende considerablemente de unas materias primas y procesos de transformación, donde se evidencia que el estado siempre ha procurado por no perder el monopolio que siempre ha tenido sobre el manejo del subsuelo y de sus recursos tanto renovables como no renovables, ni siquiera en pro del bien común.

BIBLIOGRAFIA

- Arce-Rojas, D. (2007). Los derechos superficiarios en los proyectos de infraestructura. En: Revista Vniversitas, Número 114: 85-122, julio-diciembre. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.
- Azuero Holguín, F., Barrios Alvarado, I., Burgos de la Espriella, B., Cañón Dorado, C., Gómez Higuera, W., Páez Pinilla, C.E. (2001). Algunos aspectos jurídicos de la propiedad del subsuelo petrolífero frente a las minorías étnicas. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.
- Balcázar, A., López, N., Orozco, M. L., Vega, M. (2001). Colombia: alcances y lecciones de su experiencia en reforma agraria. Publicado por Naciones Unidas, CEPAL. Santiago de Chile.
- Botero Vargas, D. (1994). La propiedad del subsuelo en Colombia y la explotación de los hidrocarburos, ¿de quién es el petróleo? Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Bogotá.
- Bushnell, D. (1994). Colombia, una Nación a pesar de sí misma. Planeta Colombia editorial, Bogotá.
- Carreño, C. (10 de agosto 2020). Ganamos pero perdimos. Diario Constitucional.cl; Artículo de opinión. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/ganamos-pero-aun-no-estamos-todos/>
- CIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 74.
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 332. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.
- DGAI (Dirección General de Comunidades Indígenas) - Ministerio del Interior. (1998). Los pueblos indígenas en el país y en América. Elementos de política colombiana e internacional. Bogotá: Dirección General de Comunidades Indígenas.

- Dolmatoff, G. R. (1975) TEMPLOS KOGI. Introducción al simbolismo y la astronomía del espacio sagrado. Bogotá.
- Duarte C. (2012). Gobernabilidad Minera: Cronologías legislativas del subsuelo en Colombia. Centro de pensamiento RAIZAL. Universidad ICESI. Cali. Disponible en: <https://gobernabilidadminera.files.wordpress.com/2012/01/gobernabilidad-minera-cronologic81as-legislativas-del-subsuelo-en-colombia.pdf>.
- García Gómez, C. M. (Direct.). (2004). Un Intento Por Encontrarnos... *Kurtchepen Escenario Wayuu*. Informe De Investigación. Universidad Nacional De Colombia, Facultad De Ciencias Humanas, Departamento De Trabajo Social, Bogotá.
- Garay, L. J., De León-Beltrán, I., Salcedo-Albarán, E. y Guerrero, B. (2008). Captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia. Método/Fundación Avina/Transparencia por Colombia.
- Guerra, W. (2002). La disputa y la palabra: la ley en la sociedad wayúu. Ministerio de Cultura. Bogotá.
- Gudynas, E. (2018). Extractivismos y corrupción. Anatomía de una íntima relación. Desde Abajo. Biblioteca Digital de eafit.edu de la “Codificación nacional de todas las leyes de Colombia desde el año de 1821, hecha conforme a la ley 13 de 1912 : años de 1829, 1830, 1831 y 1832.
- Instituto Colombiano de Antropología e Historia (INCAH). (2008). La Consulta Previa principios enfoque metodológico e instrumentalización. Bogotá, Colombia: Red Latinoamérica de Antropología Jurídica.
- Jarabo Pereda, V. (2019). Territorio, poder e identidad. *Autonomías y estado plurinacional en Bolivia*. México, UNAM.
- Kymlicka, W. (1996). Ciudadanía multicultural. Barcelona, España: Paidós.

- Kymlicka, W. (2009). Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección. María Paz Ávila Ordóñez y María Belén Corredores Ledesma Editoras. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Mayorga Garcia, F. (1994). Los resguardos indígenas y el petróleo. En: *Revista Credencial Historia* No. 49. Disponible en: <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-49/los-resguardos-indigenas-y-el-petroleo>
- Mora Gómez, J.A., Ortiz Sogamoso, N. (2018). Análisis de la autonomía administrativa de los pueblos indígenas en Colombia. Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Cooperativa de Colombia. Ibagué.
- Niño Gutiérrez, I. M. (2012). Desconocimiento De La Propiedad Colectiva En Colombia. A La Luz Del Sistema Interamericano De Derechos Humanos. Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario. Facultad De Jurisprudencia. Bogotá.
- Pavajeau Rico, G. B. (2010). Comunidades indígenas, tierra y recursos naturales frente a las políticas públicas del Estado. Tesis de posgrado. Universidad Libre de Colombia. Bogotá.
- Pineda Camacho, R. (2002). Estado y pueblos indígenas en el siglo XIX. En: *Revista Credencial Historia* No. 146. Disponible en: <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-146/estado-y-pueblos-indigenas-en-el-siglo-xix>.
- Presidencia De La República, Fuero Indígena Colombiano. (1990). Santafé de Bogotá. Editorial Presidencia de la República.
- Rodríguez, G. A. (2014). De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado a Pueblos Indígenas en Colombia. Grupo Editorial Ibáñez S.A.S. Primera edición. Bogotá.
- Rodríguez, G., Domínguez, D. (2015). Las rutas de la consulta: Una discusión sobre la reglamentación de la consulta previa, libre e informada, Bogotá, Colombia: Instituto Latinoamericano para una sociedad y un derecho alternativos.

Ruiperez Alamillo, J. (1992). Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 75. Enero-Marzo.

Semper, Frank. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Svampa, M. S. (2019). Las fronteras del neoextractivismo en América Latina. Conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependencias (1.a ed.). Bielefeld University Press.

Zapata Torres, J. (2010). ESPACIO Y TERRITORIO SAGRADO: Lógica del ordenamiento territorial indígena. Línea editorial Investigaciones. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Arquitectura. Medellín.

JURISPRUDENCIA

Fallo de la Corte Suprema Justicia - Sala de Negocios Generales del Cinco (5) de diciembre de 1921,(M. P., Doctor Manuel Rodriguez Diago.) (Gaceta Judicial Tomo XXIII-No. 1489.)Pg. 122-124.

Fallo de la Corte Suprema Justicia - del 30 de marzo de 1922. Gaceta Judicial No. 1506 del 20 Junio 1922-Tomo XXIX-Pag 147.

Fallo de la Corte Suprema Justicia - Sala de Negocios Generales del 5 de diciembre de 1924- Gaceta Judicial No. 1503 del 18 mayo 1922-Tomo XXIX-Pag 122, 123, 124. M.P., Ramon Rodriguez Diago.

Fallo de la Corte Suprema Justicia. Sentencia del treinta (30) de octubre de 1925. Sala de Negocios generales Bogotá- de la Sala Plena, en proceso de acusación de inexecutable de algunos preceptos de las Leyes 55 de 1925, 104 de 1919, 32 de 1920 y 38 de 1921 (GJ. XXXII, 1655 y 1656, 90).

Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-216 de 1993. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-543 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-418 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-891 de 2002. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 187 de 2003. M.P. Mauricio González Cuervo.

Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-123 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia noviembre 20 de 1989.

