Sentencia C-891/02

PARTICIPACION CIUDADANA-Derecho deber en tanto relación de lo público y lo privado/PARTICIPACION CIUDADANA-Servidores públicos y particulares

PARTICIPACION CIUDADANA-Uso público de la razón

PARTICIPACION CIUDADANA-Acceso al conocimiento real de los temas pertinentes

PARTICIPACION CIUDADANA-Materialización/DERECHO DE PARTICIPACION DE TODOS EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN-Suministro de toda la información que no goce de reserva/DERECHO DE PARTICIPACION CIUDADANA-Suministro de información oficial/DERECHO A LA INFORMACION EN PARTICIPACION CIUDADANA-Instrumento de reflexión acción

En procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarle a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiendo sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna. Desde luego que el derecho a la información así servido se convierte en poderoso instrumento de reflexión-acción tanto individual como colectiva, en el entendido de que las autoridades estatales, a más de esa información, deben asumir la promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas a la discusión pública de los temas pertinentes; recordando a la vez que la participación ciudadana en esos ámbitos de discusión constructiva supone el recíproco respeto de los criterios expuestos por los interlocutores institucionales y privados, pero no pasivamente, sino reedificando mutuamente sobre la comprensión de lo ya examinado y depurado de manera concertada, a tiempo que la diferencia y pluralidad de opiniones actualizan su poder constructivo en el suceso democrático.

PARTICIPACION CIUDADANA-Margen de discrecionalidad/PARTICIPACION CIUDADANA Y ESTADO-Consecuencias del fracaso de las oportunidades/PARTICIPACION CIUDADANA Y ESTADO-Privilegio del interés general ante fracaso de oportunidades

Conviene observar que el ejercicio de la participación ciudadana goza de un margen de discrecionalidad que toca incluso con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo cual, cuando quiera que por decisión propia, y aún por imprudencia, desidia o conducta dilatoria de los interlocutores particulares se frustre la posibilidad de algún grado de concertación pluralista, y siempre que las autoridades estatales hayan cumplido por su parte en la forma y tiempo debidos, no quedará otro remedio más viable que el de reconocer el fracaso de las oportunidades dadas por el Estado a las personas en un caso concreto, siendo al efecto necesario admitir las consecuencias que se puedan derivar del vencimiento de los términos no aprovechados por los particulares pues, dado que las tareas y fines del Estado no pueden someterse a un ad calendas graecas natural o provocado, las autoridades competentes deberán privilegiar el interés general adoptando las medidas conducentes a un genuino desarrollo de sus potestades políticas, legislativas, reglamentarias, ejecutivas y de control.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA-Alcance

DERECHO DE PARTICIPACION DE MINORIAS-Protección constitucional especial

PRINCIPIO DE PARTICIPACION EFECTIVA DE LA CIUDADANIA-Mayor fuerza vinculante en relación con decisiones estatales y comunitarias

MECANISMOS DE PARTICIPACION CIUDADANA-Efectividad desde el nivel local

PARTICIPACION CIUDADANA-Vinculación al carácter pluralista del Estado/PARTICIPACION DE MINORIAS EN LOS ASUNTOS QUE LOS AFECTAN-Mecanismos reales

PARTICIPACION CIUDADANA Y ESTADO PLURALISTA

PARTICIPACION Y PLURALISMO-Diversas escalas sociopolíticas y culturales

PARTICIPACION Y PLURALISMO-Maximización de proyección de mecanismos del individuo y comunidades

DERECHO DE PARTICIPACION DE COMUNIDAD INDIGENA EN EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES-Relevancia

TERRITORIO INDIGENA-Carácter ancestral y sagrado

COMUNIDAD INDIGENA Y TERRITORIO-Vínculo

DERECHO DE CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Fundamental

PARTICIPACION INDIGENA EN LA ADOPCION DE DECISIONES QUE LOS AFECTAN-Protección especial

CONSULTA INDIGENA-Instrumento internacional

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA PARA PROYECTO DE LEY MINERO-Verificación del proceso

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA PARA PROYECTO DE LEY MINERO-No acuerdo con entidades gubernamentales

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA PARA CODIGO DE MINAS-Cumplimiento por entidades gubernamentales de obligación constitucional

DERECHO DE CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Alcance

Se ha recabado en el hecho de que: (i) la participación indígena debe ser real y efectiva en relación con los asuntos que afectan a las comunidades, particularmente respecto de la explotación de recursos naturales yacentes en sus territorios; (ii) los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa; y (iii), dichos mecanismos, particularmente el derecho de consulta previa, deben desarrollarse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el

consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas.

DERECHO DE CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-No es absoluto

El derecho de consulta indígena no es absoluto, pues, si bien la Constitución ordena que se propicie la participación de las respectivas comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito sine qua non para radicar el proyecto del ley. A decir verdad, la irreductible exigencia de un tal acuerdo sólo haría nugatoria la iniciativa legislativa del Ejecutivo en la materia vista. Conforme a lo anterior, por principio general el Gobierno está obligado a propiciar mecanismos efectivos y razonables de participación en los asuntos que afecten a las comunidades indígenas. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo con estas últimas, no tiene por qué frenarse el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como ocurre en el caso minero.

COMUNIDAD INDIGENA EN CODIGO DE MINAS-Propiedad de los recursos

RECURSOS MINEROS-Prevalencia del interés general/MINERIA-Actividad de utilidad pública e interés social

ACTIVIDAD MINERA-Restricciones al ejercicio

MINERIA-Ejercicio no es absoluto/ACTIVIDAD MINERA-Requisitos para ejercicio

EXPLORACION Y EXPLOTACION DE RECURSOS EN ZONA MINERA INDIGENA Y MIXTA

COMUNIDAD INDIGENA EN CONTRATO DE CONCESION MINERA

COMUNIDAD INDIGENA EN CODIGO DE MINAS

Referencia: expediente D-4022

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3 (parcial), 5, 6, 11 (parcial), 35 (parcial), 37, 39, 48, 58, 59, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 261, 267 (parcial), 271 (parcial), 275 y 332 de la Ley 685 de 2001 – Código de Minas -.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil dos (2002)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Edith Magnolia Bastidas Calderón, en representación de la ORGANIZACION NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA -ONIC-, demandó los artículos 2, 3 (parcial), 5, 6, 11 (parcial), 35 (parcial), 37, 39, 48, 58, 59, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 261, 267 (parcial), 271 (parcial), 275 y 332 de la Ley 685 de 2001, "por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones".

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 44.522 del 17 de agosto de 2001. En los casos en que la demanda fue dirigida solamente contra una expresión de la norma, se subraya en lo pertinente lo acusado:

"LEY 685 DE 2001

(agosto 15)

por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.

Artículo 2°. Ambito material del Código. El presente Código regula las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. Se excluyen la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia.

Artículo 3°. Regulación completa. Las reglas y principios consagrados en este Código desarrollan los mandatos del artículo 25, 80, del parágrafo del artículo 330 y los artículos 332, 334, 360 y 361 de la Constitución Nacional, en relación con los recursos mineros, en forma completa, sistemática, armónica y con el sentido de especialidad y de aplicación preferente. En consecuencia, las disposiciones civiles y comerciales que contemplen situaciones y fenómenos regulados por este Código, sólo tendrán aplicación en asuntos mineros, por remisión directa que a ellos se haga en este Código o por aplicación supletoria a falta de normas expresas.

Parágrafo. En todo caso, las autoridades administrativas a las que hace referencia este Código no podrán dejar de resolver, por deficiencias en la ley, los asuntos que se les propongan en el ámbito de su competencia. En este caso, acudirán a las normas de integración del derecho y, en su defecto, a la Constitución Política.

Artículo 5°. Propiedad de los Recursos Mineros. 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, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos.

Quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes.

Artículo 6°. Inalienabilidad e imprescriptibilidad. La propiedad estatal de los recursos naturales no renovables es inalienable e imprescriptible. El derecho a explorarlos y explotarlos sólo se adquiere mediante el otorgamiento de los títulos enumerados en el artículo 14 de este Código. Ninguna actividad de prospección, exploración o explotación o de posesión material de dichos recursos, sea cual fuere su antigüedad, duración o características, conferirá derecho o prelación alguna para adquirir el título minero o para oponerse a propuestas de terceros.

Artículo 11. Materiales de construcción. Para todos los efectos legales se consideran materiales de construcción, los productos pétreos explotados en minas y canteras usados, generalmente, en la industria de la construcción como agregados en la fabricación de piezas de concreto, morteros, pavimentos, obras de tierra y otros productos similares. También, para los mismos efectos, son materiales de construcción, los materiales de arrastre tales como arenas, gravas y las piedras yacentes en el cauce y orillas de las corrientes de agua, vegas de inundación y otros terrenos aluviales.

Los materiales antes mencionados, se denominan materiales de construcción aunque, una vez explotados, no se destinen a esta industria.

El otorgamiento, vigencia y ejercicio del derecho a explorar y explotar los materiales de construcción de que trata este artículo, se regulan íntegramente por este Código y son de la competencia exclusiva de la autoridad minera.

Artículo 35. Zonas de minería restringida. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación:

a) Dentro del perímetro urbano de las ciudades o poblados, señalado por los acuerdos municipales adoptados de conformidad con las normas legales sobre régimen municipal, salvo en las áreas en las cuales estén prohibidas las actividades mineras de acuerdo con dichas normas;

b) En las áreas ocupadas por construcciones rurales, incluyendo sus huertas, jardines y solares anexos, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de su dueño o poseedor y no haya peligro para la salud e integridad de sus moradores;

c) En las zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural siempre y cuando se cuente con la autorización de la autoridad competente;

d) En las playas, zonas de bajamar y en los trayectos fluviales servidos por empresas públicas de transporte y cuya utilización continua haya sido establecida por la autoridad

competente, si esta autoridad, bajo ciertas condiciones técnicas y operativas, que ella misma señale, permite previamente que tales actividades se realicen en dichos trayectos;

e) En las áreas ocupadas por una obra pública o adscritas a un servicio público siempre y cuando:

i. Cuente con el permiso previo de la persona a cuyo cargo estén el uso y gestión de la obra o servicio;

ii. que las normas aplicables a la obra o servicio no sean incompatibles con la actividad minera por ejecutarse y

iii. que el ejercicio de la minería en tales áreas no afecte la estabilidad de las construcciones e instalaciones en uso de la obra o servicio.

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

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

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

Una vez consultadas las entidades a que se refiere este artículo, los funcionarios a quienes se formule la correspondiente solicitud deberán resolverla en el término improrrogable de treinta (30) días, so pena de incurrir en falta disciplinaria. Pasado este término la autoridad competente resolverá lo pertinente.

Artículo 37. Prohibición legal. Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería.

Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo.

Artículo 39. Prospección de minas. La prospección de minas es libre, excepto en los territorios definidos para minorías étnicas tal y como lo contempla el Capítulo XIV de este Código. Cuando haya de efectuarse en terrenos de propiedad particular, se requerirá dar aviso previo al dueño, poseedor, tenedor o administrador, directamente o a través del alcalde. Cuando haya de efectuarse en bienes de uso público bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 del Decreto-ley 2324 de 1984 y

demás normas que lo modifiquen, sustituyan o deroguen, se requerirá su concepto técnico favorable.

Artículo 48. Permisos adicionales. El concesionario de minas para proyectar, preparar y ejecutar sus estudios, trabajos y obras, no requerirá licencias, permisos o autorizaciones distintas de las relacionadas en este Código o en las disposiciones legales a que éste haga remisión expresa, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental.

Artículo 58. Derechos que comprende la concesión. El contrato de concesión otorga al concesionario, en forma excluyente, la facultad de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de los minerales objeto del contrato y para explotarlos de acuerdo con los principios, reglas y criterios propios de las técnicas aceptadas por la geología y la ingeniería de minas. Comprende igualmente la facultad de instalar y construir dentro de dicha zona y fuera de ella, los equipos, servicios y obras que requiera el ejercicio eficiente de las servidumbres señaladas en este Código.

Artículo 59. Obligaciones. El concesionario está obligado en el ejercicio de su derecho, a dar cabal cumplimiento a las obligaciones de carácter legal, técnico, operativo y ambiental, que expresamente le señala este Código. Ninguna autoridad podrá imponerle otras obligaciones, ni señalarle requisitos de forma o de fondo adicionales o que, de alguna manera, condicionen, demoren o hagan más gravoso su cumplimiento.

Artículo 121. Integridad Cultural. Todo explorador o explotador de minas está en la obligación de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes real y tradicionalmente del área objeto de las concesiones o de títulos de propiedad privada del subsuelo.

Artículo 122. Zonas Mineras Indígenas. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.

Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código.

Artículo 123. Territorio y Comunidad Indígenas. Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o constituyan.

Artículo 124. Derecho de prelación de grupos indígenas. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.

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

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

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

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

Artículo 261. Procedimiento sumario. El procedimiento gubernativo se forma por el acopio ordenado y consecutivo de las peticiones, documentos y diligencias estrictamente necesarias para sustentar y motivar las resoluciones que hayan de tomarse. No habrá más notificaciones y comunicaciones que las expresamente previstas en las leyes. Se rechazarán y devolverán de plano las piezas impertinentes o inocuas, que presenten el interesado o terceros.

Artículo 267. Simplificación. La totalidad de las providencias serán simplificadas, abreviadas y vertidas a modelos y formas estandarizadas que adoptarán las autoridades competentes. De igual manera, la autoridad concedente adoptará y suministrará un modelo de contrato.

Artículo 271. Requisitos de la propuesta. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:

b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;

c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;

d) La mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;

e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35;

f) El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación

de tales términos y guías;

g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código.

La propuesta deberá verterse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente.

Artículo 275. Comunicación de la propuesta. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas.

Artículo 332. Actos sujetos a registro. Unicamente se inscribirán en el Registro Minero los siguientes actos:

a) Contratos de concesión;

b) Contrato de exploración y explotación celebrados sobre zonas de reserva, zonas mineras indígenas, zonas mineras de comunidades negras y zonas mixtas;

c) Títulos de propiedad privada del subsuelo minero;

d) Cesión de títulos mineros;

e) Gravámenes de cualquier clase que afecten el derecho a explorar y explotar o la producción futura de los minerales “in situ”;

f) Embargos sobre el derecho a explorar y explotar emanado de títulos mineros;

g) Zonas de reserva provisional y de seguridad nacional;

h) Autorizaciones temporales para vías públicas;

i) Zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas.

III. LA DEMANDA

Considera la demandante que los artículos 2, 3 (parcial), 5, 6, 11 (parcial), 35 (parcial), 37, 39, 48, 58, 59, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 261, 267 (parcial), 271 (parcial), 275 y 332 de la Ley 685 de 2001 vulneran los artículos 29, 53, 93, 94 y 330 de la Constitución Política.

– En primer lugar, expone un cargo general en contra de las disposiciones impugnadas, referente a la violación del derecho de los pueblos indígenas a la consulta. Para la comprensión de este cargo, la demandante explica lo que significa un territorio considerado

sagrado, la propiedad que tienen los indígenas sobre éste y la legitimación legal sobre dicha posesión, cuya comprensión difiere “de la que se tiene en el derecho blanco”.

En efecto, dentro de la cosmovisión indígena el territorio tiene un carácter ancestral y sagrado, que se enmarca dentro de la cosmogonía relativa a su identidad, integridad, sistema de valores y creencias, conocimientos tradicionales y relación ecosistémica con la naturaleza, entre otros. Además, el territorio se encuentra ligado al concepto comunal de la tierra y los recursos naturales, los cuales forman parte de su hábitat, lo cual demuestra, en palabras de la Corte Constitucional, “el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios”.

En ese orden de ideas, señala la demandante que “la relación de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, su carácter colectivo y la legitimidad histórica que tienen sobre los mismos, son elementos de difícil comprensión dentro de la lógica comercial, legalista y de primacía de la propiedad privada con que se trata el término territorio en el Código Minero, lo que lleva a vulnerar los derechos humanos de dichos pueblos. Por ello, en el reciente Congreso Nacional Indígena se rechazó la expedición del Código de Minas, porque afecta directamente su relación con los territorios ancestrales y los recursos naturales de éstos, porque se expidió sin su participación, sin respetar su derecho sustancial a la consulta(…)”

Estima entonces que con la adopción del Código de Minas no se respetaron los requisitos necesarios para que el derecho a la consulta fuese acatado, a saber: ser previa; efectuarse de buena fe; llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados o de manera adecuada a las circunstancias; efectuarse a través de instituciones representativas de los pueblos; desarrollarse con la finalidad de llegar un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas; reconocer el derecho de estos últimos a decidir sus propias prioridades de desarrollo.

La anterior afirmación la corrobora con algunos extractos de las recomendaciones hechas al Estado colombiano por la OIT en atención a varias quejas interpuestas por la Central Unitaria de Trabajadores – CUT – relacionadas con la omisión de consultar a los pueblos indígenas durante el trámite de expedición del Decreto 1320 de 1998, por medio del cual se reglamentó la consulta previa a las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios.

– En segundo término, considera la demandante que las normas acusadas vulneran el derecho a la participación de los indígenas, así como su integridad étnica, cultural y económica, por las mismas razones expuestas en párrafos anteriores. Aduce que a través de la consagración constitucional de la consulta se concretó la participación democrática de esa minoría étnica, siendo entonces un instrumento básico para asegurar su subsistencia como grupo social, tema sobre el cual trae a colación abundante jurisprudencia constitucional.

– Por último, manifiesta que las disposiciones impugnadas vulneran el derecho al debido proceso de las comunidades indígenas, pues la inclusión del capítulo del Código de Minas referente a grupos étnicos y, en general, todas las normas que las afectan contenidas en dicho ordenamiento, han debido expedirse habiéndoseles consultado previamente.

Los cargos específicos respecto de cada una de las disposiciones acusadas se relacionan a

continuación, agrupados según la vulneración de los preceptos constitucionales:

A) Cargos relativos a la violación del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas

– Artículo 2: Ambito general del código.

Al establecer este precepto que las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de éstos entre sí, se deben regir por las normas del Código Minero e incluir en otros artículos de forma expresa o tácita a los pueblos indígenas, se está imposibilitando la aplicación preferente del Convenio 169 de la OIT y del parágrafo del artículo 330 de la Constitución. Además, se incurre en una omisión legislativa, pues al comparar la precitada norma con el artículo 2 del anterior código, se advierte que están excluidas las relaciones entre los diversos organismos y entidades estatales, con lo cual se sientan las bases para desaparecer la industria minera estatal.

– Artículo 3: Regulación completa.

El aparte subrayado de esta disposición consagra la declaración simplemente formal de que el Código de Minas desarrolla el artículo 330 de la Constitución, pretendiendo de esa forma suplir la participación de las comunidades indígenas que debió efectuarse de manera previa. Asimismo, declara la aplicación preferente de dicho código sobre otro tipo de normas, v.gr. el Convenio 169, transgrediendo así el carácter supranacional y vinculante de este último.

– Artículo 5°. Propiedad de los Recursos Mineros.

Esta norma desconoce los derechos ancestrales de los pueblos indígenas sobre sus territorios y sobre los recursos allí incluidos, al establecer que la propiedad de estos últimos son del Estado, “sin lugar a considerar que se surta el proceso de consulta y lograr el consentimiento de los pueblos indígenas afectados, antes de implementar proyectos mineros que los afecten.”

– Artículo 11. Materiales de construcción.

A juicio de la demandante, la explotación de los materiales de construcción presentes en los territorios indígenas se rigen íntegramente por el Código de Minas y son competencia exclusiva de la autoridad minera, lo que excluye la posibilidad de adelantar el proceso de consulta cuando se pretendan extraer dichos recursos de los territorios ancestrales.

– Artículo 39. Prospección de minas.

Esta norma tampoco permite adelantar la consulta previa de los pueblos indígenas cuando la prospección de minas se pretenda efectuar sobre recursos naturales ubicados en territorios ancestrales. Estos últimos, al tenor de la norma acusada, podrían llegar a considerarse “terrenos de propiedad particular, donde la prospección es libre y sólo se requiere dar aviso previo al dueño”.

– Artículo 48. Permisos adicionales.

Afirma la demandante que, al tenor de esta disposición, el concesionario de minas no

requiere para adelantar sus trabajos sino de los requisitos, autorizaciones y permisos señalados expresamente en el Código de Minas, sin necesidad de consultar a los pueblos indígenas.

– Artículo 58. Derechos que comprende la concesión.

Al otorgarse a un concesionario derechos sobre territorios indígenas, de forma excluyente podría aquél adelantar estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de minerales, sin necesidad de consultar de forma previa a los pueblos indígenas.

– Artículo 59. Obligaciones.

Conforme al mandato dado a las autoridades en este precepto, de no solicitar requisitos adicionales a los señalados en el Código Minero que condicionen, demoren o hagan más gravoso su cumplimiento, éstas tendrían que proceder de forma sumaria, sin surtir el proceso de consulta de los pueblos indígenas cuando la concesión se adelante en sus territorios.

– Artículo 261. Procedimiento sumario.

Al consagrar un procedimiento sumario en materia minera, se impide la consulta a las comunidades indígenas mediante procedimientos apropiados que se efectúen a través de sus instituciones representativas, de forma previa e informada, teniendo en cuenta una duración adecuada para que puedan llevar a cabo sus procesos de decisión y participación efectiva.

– Artículo 6°. Inalienabilidad e imprescriptibilidad.

De conformidad con esta norma, el derecho a explorar y explotar los recursos naturales no renovables únicamente es posible si se suscribe un contrato de concesión, el cual se concede por parte del Estado sin consideración de la posesión milenaria de los recursos en cabeza de los indígenas, lo que trae de suyo que no sea necesaria la consulta, sino simplemente formalizar el referido contrato. Lo anterior desconoce la existencia de territorios ancestrales, la cosmovisión indígena y el derecho de dichos pueblos a llevar a cabo procesos de decisión y participación acordes con sus modelos culturales y sociales.

– Artículo 35, literales f) y h). Zonas de minería restringida.

Haciendo una interpretación de los literales f) y h) del citado artículo, puede concluirse que los territorios indígenas que opten por obtener un título minero no se consideran zonas de minería restringida; en tal sentido, por el hecho de haber obtenido un título minero podrían libremente ser objeto de concesiones mineras, sin requerir que se surta la consulta en caso de existir otros proyectos en sus territorios. Además, se abre la posibilidad de adelantar la explotación minera dentro de estos últimos de forma “restringida”, sin que dicho término “resulte claro para los pueblos indígenas, aún menos bajo la óptica del respeto del derecho fundamental de consulta”. En síntesis, la participación efectiva y demás derechos de los pueblos indígenas no pueden estar supeditados a que posean o no un título minero.

– Artículo 37. Prohibición legal.

A juicio de la demandante, dicho precepto olvida que las autoridades tradicionales de los

pueblos indígenas, a las cuales debe elevarse la consulta sobre la explotación de recursos en sus territorios, pueden establecer que sus territorios o parte de éstos estén excluidos de la actividad minera, vulnerando el carácter pluricultural de la Nación colombiana y la autonomía de dichas autoridades.

– Artículo 39. Prospección de minas.

La prospección de minas en los términos del actual código excluye la participación de los pueblos indígenas, "como podría darse en el caso de los territorios ancestrales que no están reconocidos como resguardos o donde está pendiente la ampliación de los mismos, como quiera que deben estar 'definidos' (no está claro por quién) como zonas mineras para minorías étnicas", a diferencia de la normatividad anterior, en la que la prospección no aplicaba para las zonas de reserva minera indígena, donde estaba prohibida la actividad minera. Según lo anterior, hoy estas zonas han desaparecido.

– Artículo 123. Territorio y Comunidad Indígenas.

La norma acusada restringe el concepto de territorio ancestral a un área superficiaria que hay que ocupar permanentemente y explotar, sin respeto alguno por el carácter cosmogónico del mismo, facilitando así la explotación de recursos por parte de las empresas mineras sin la participación de los pueblos indígenas y atentando contra el carácter multicultural de la Nación.

C) Cargos relativos a la violación del derecho al debido proceso

– Artículos 3, 5, 35 parcial y 39

Estas normas violan el artículo 29 de la Carta Política en la medida en que se refieren al derecho de consulta o a los recursos naturales de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, vinculándolos a la normatividad minera, sin haberlos consultado de forma previa.

– Artículos 121 (Integridad Cultural); 122 (Zonas Mineras Indígenas); 123 (Territorio y Comunidad Indígenas); 124 (Derecho de prelación de grupos indígenas); 125 (Concesión); 126 (Acuerdos con terceros); 127 (Áreas indígenas restringidas); 128 (Títulos de terceros).

Señala la demandante que durante el trámite de la expedición del nuevo Código de Minas se omitió la participación de los pueblos indígenas, contrariando el hecho de que a partir de la promulgación de la Constitución de 1991 "se abrió un nuevo periodo en el ámbito jurídico en materia de los derechos de estos pueblos y de la relación del Gobierno con los mismos", lo cual vulnera el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

En efecto, siendo que las normas indicadas hacen parte del capítulo alusivo a los indígenas consagrado en el anterior Código Minero, considera la demandante que no es suficiente que en la nueva normatividad se haya conservado dicho capítulo, pues la inclusión de este último ha debido hacerse respetando el derecho fundamental de consulta.

Por hacer parte del capítulo del código referente a los pueblos indígenas, la demandante impugna subsidiriamente la expresión "ocupantes real y tradicionalmente del área de objeto

de las concesiones” contenida en el artículo 121, como quiera que la protección de los grupos étnicos de la injerencia de los exploradores y explotadores está supeditada a que la ocupación sea real y tradicional; asimismo, la expresión “en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena” contenida en el artículo 123, puesto que “no tiene en cuenta los elementos mínimos dados por el Convenio 169 de la OIT sobre los territorios indígenas”.

– Artículo 271. Requisitos de la propuesta.

El requisito según el cual los proponentes deben informar únicamente a los indígenas con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitado, “desconoce el derecho de consulta y la oportunidad procesal para controvertir de los pueblos indígenas que sean desplazados, los nómadas o los que por cualquier circunstancia se considere que no tienen un asentamiento permanente”.

– Artículo 275. Comunicación de la propuesta.

A juicio de la demandante, en ninguna parte de este artículo se plantea la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan expresar su decisión frente a la realización o no del proyecto de explotación minera y se desconoce que se ha reconocido legalmente la propiedad colectiva de los territorios indígenas a favor de las respectivas comunidades. Además, limita la participación de estas últimas a la simple información para hacer uso del derecho de preferencia, violando el Convenio 169 y los artículos 7, 8, 93 y 330 de la Constitución. Debe tenerse en cuenta que la norma establece un término muy corto para notificar a los indígenas y para que éstos contesten, sin considerar que muchos de los pueblos “ocupantes del área” habitan zonas de difícil acceso.

– Artículo 332. Actos sujetos a registro.

Conforme a la expresión acusada contenida en la anterior disposición, los territorios indígenas son susceptibles de registro minero, sin que de forma previa se haya surtido la consulta que procedimental y sustancialmente debió surtirse.

Como sustento de sus pretensiones, la demandante adjunta numerosos anexos y, finalmente, solicita a la Corte practicar una audiencia pública en relación con la constitucionalidad de la Ley 685 de 2001, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 2067 de 1991.

I. INTERVENCIONES CIUDADANAS

1. Consejo Regional Indígena del Cauca – CRIC –

El ciudadano Anatolio Quira Guauña intervino en el proceso en su calidad de representante legal del CRIC para coadyuvar la demanda, con fundamento en argumentaciones similares a las expuestas en esta última, en la medida en que las disposiciones impugnadas contradicen el principio consagrado en el Convenio 169 de la OIT, según el cual los pueblos indígenas

deben asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y el desarrollo económico, así como mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, concluyendo que, por afectar directamente a dichos pueblos, se les ha debido consultar, razón por la cual se vulneró este derecho de que gozan en lo concerniente al manejo de sus territorios colectivos.

2. Comisión Colombiana de Juristas

El ciudadano Gustavo Gallón Giraldo, en su calidad de director de la Comisión Colombiana de Juristas, intervino en el proceso para coadyuvar la demanda, por considerar que "las disposiciones demandadas desconocen el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, el derecho a la preservación de su integridad étnica, social, cultural y económica y a su subsistencia como grupo. Igualmente, las disposiciones demandadas desconocen el derecho al debido proceso de los pueblos indígenas, tal como se encuentra sustentado en la referida demanda."

Asimismo, solicita al Magistrado sustanciador ordenar la realización de una audiencia pública sobre la constitucionalidad de la Ley 685 de 2001, dada la importancia del tema y la relevancia que tendrá en el efectivo reconocimiento del pluralismo étnico y cultural y de los derechos de los pueblos indígenas.

3. Organización Regional Indígena Valle del Cauca – ORIVAC –

El ciudadano José Vicente García Guasquillo intervino en representación de la organización indígena ORIVAC con el fin de coadyuvar la demanda, por cuanto el Código de Minas se expidió sin haber sido consultado con los pueblos indígenas de buena fe, ni de manera apropiada a las circunstancias ni con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Además, las normas acusadas no sólo desprotegen la diversidad étnica sino que la atacan directamente. Por otra parte, vulneran el derecho a la igualdad pues los pueblos indígenas se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta y, finalmente, son violatorias del derecho a la propiedad privada, ya que el Código "es prácticamente expropiatorio" al pretender que la explotación de riquezas minerales se convierta en motivo de utilidad pública o interés social, motivaciones que en realidad disfrazan intereses particulares.

4. Organización Regional Embera Wounaan – OREWA –

El ciudadano Víctor Carpio Conquista, en su calidad de Presidente del Consejo de Autoridades de la organización indígena OREWA, intervino en este proceso con el fin de coadyuvar la demanda, por considerar que la Ley 685/01 "no contempla la consulta previa a los pueblos indígenas cuando por una u otra razón se realicen actividades de prospección, explotación y exploración minera en sus territorios, además en la expedición de la misma se evadió totalmente el procedimiento de consulta".

5. Cabildo Mayor Embera Katío del Resguardo Quebrada Cañaveral Río

San Jorge

El ciudadano Guillermo Jarupia Domicó, en su calidad de Gobernador Mayor del referido

resguardo, intervino en este proceso con el fin de coadyuvar la demanda, con fundamento en las mismas razones expuestas en esta última.

6. Sindicato de Trabajadores de la Empresa Nacional Minera Ltda. Minercol –Sintraminercol- y otros

El ciudadano Manuel Romero, actuando como representante de SINTRAMINERCOL; Alirio Uribe Muñoz, en su calidad de presidente de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear; Adiela Patricia Bohórquez, miembro de la Corporación Siempreviva y Javier Orlando Marín, miembro de la Asociación Centro Nacional de Salud, Ambiente y Trabajo -CENSAT-, intervinieron conjuntamente en este proceso para coadyuvar la demanda.

Solicitan los intervinientes que "el respeto a la multiculturalidad, que predica nuestra Carta, se haga efectivo protegiendo el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, que la íntima relación y los derechos milenarios de los pueblos indígenas de Colombia con sus territorios, incluidos los recursos naturales de los mismos, sea comprendida, reconocida y respetada como base fundamental para la existencia y desarrollo de sus culturas, vida espiritual, integridad, supervivencia y participación dentro del Estado colombiano".

"Con la expedición inconsulta del Código Minero se evidenció la lógica comercial de éste, el hecho de privilegiar la propiedad privada sobre la concepción comunal de los indígenas, favorecer los intereses de las multinacionales en nuestros territorios y la intención de elevar la actividad minera a actividad de 'interés común' que sólo favorece la gran y mediana minería. Igualmente, se hace evidente la vulneración abierta de los derechos humanos de dichos pueblos, al negarles una participación real dentro del Estado social de derecho".

Los intervinientes anexan a su escrito una sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, mediante la cual se declaró la "nulidad de la Ley de División Político-Territorial del Estado de Amazonas" en dicho país, así como copia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río).

7. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos -ILSA-

El ciudadano Camilo Castellanos, actuando como representante legal del referido instituto, intervino en este proceso para coadyuvar la demanda.

"(…) a la manifestación jurídica debe corresponder un reconocimiento social y político de las capacidades y perspectivas de los pueblos indígenas. Se debe ir hacia el establecimiento verdadero de nuevas relaciones entre el Estado, los pueblos indígenas y la sociedad en general. Dicho de otra manera, los pueblos indígenas, sus autoridades y los programas de desarrollo que generen, no deben ser considerados como zonas de poder aislados y nuevamente marginados de lo que acontece en el resto del país. Deben justamente ser considerados como una parte consustancial del Estado, como institución que asegura el pluralismo efectivo en el ejercicio del gobierno".

INTERVENCIONES DE AUTORIDADES PUBLICAS

1. Defensoría del Pueblo

El ciudadano Sergio Roldán Zuluaga intervino en el proceso en calidad de Director Nacional de Recursos y Acciones Públicas de la Defensoría del Pueblo, solicitando a la Corte la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas demandadas.

El interviniente hace una amplia exposición en torno a la participación como principio y como derecho; la consulta como mecanismo de participación ciudadana y como derecho fundamental de las comunidades indígenas; la participación de las autoridades territoriales de grupos étnicos en las decisiones legislativas relativas a la explotación de recursos naturales; los estándares internacionales que definen el nivel de participación de las minorías étnicas por medio de la consulta previa; los conflictos judiciales que se suscitan por la indefinición constitucional del contenido y alcance de la consulta previa; el alcance del Decreto 1320 de 1998, reglamentario del parágrafo del artículo 330 de la Carta Política; la jurisprudencia constitucional en relación con la consulta previa; la especial protección que el Convenio 169 de la O.I.T. concedió al tema de tierras y territorio. Luego concluyó diciendo:

"1. Existe reconocimiento constitucional y legal en cuanto a la procedencia de la consulta previa y obligatoria respecto de las medidas por vía legislativa o administrativa, que afecten las comunidades indígenas e igualmente de las relacionadas con la explotación de los recursos naturales.

2. La jurisprudencia constitucional ha apoyado la procedencia de la consulta previa y obligatoria en los casos previstos en el numeral anterior.

3. El ámbito regulado por el Estatuto Minero encuadra o está subsumido en las hipótesis en que debe surtirse la consulta previa y obligatoria.

4. Para la expedición del Estatuto Minero, no se verificó la consulta previa como una exigencia de las normas superiores, generando así un vicio que da lugar a la inexequibilidad por contrariar flagrantemente la Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad.

5. Pretender desconocer el mecanismo de la consulta previa y obligatoria en el caso concreto que se estudia, es negar la realización del principio de soberanía, la cual en nuestro Estado social de derecho radica en el pueblo como constituyente primario, que sólo de manera transitoria la ha delegado al legislador constituido.

6. La consulta que debió surtirse en el procedimiento administrativo de elaboración de la iniciativa legislativa que produjo como resultado el Código de Minas, tenía precisamente dicho fin: que los representantes de las comunidades interesadas tuvieran el poder de incidir en la inclusión de normas que garantizaran tales principios, es decir, contaran con instrumentos garantistas del equilibrio que debe existir entre la autodeterminación y la soberanía".

2. Ministerio del Interior

La ciudadana Nancy González Camacho, actuando como apoderada del Ministerio del Interior intervino en el presente proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas, apoyándose en las siguientes consideraciones:

Según ella, no se vulneró el derecho a la consulta previa ni a la participación de las comunidades indígenas pues, de conformidad con lo ordenado por el Convenio 169 de la OIT, las entidades competentes del Gobierno Nacional surtieron el procedimiento tendiente a consultar a las comunidades indígenas sobre el proyecto de ley atinente al nuevo Código de Minas. Para demostrar lo anterior, hace un recuento de varias reuniones y comunicaciones efectuadas entre los ministros y otros funcionarios vinculados a los ministerios competentes, así como entre éstos y la ONIC y otras entidades públicas y privadas, en relación con la Mesa Nacional de Concertación constituida durante el proceso de discusión y expedición del referido código, que sesionó en dos oportunidades. En suma, afirma que "el proceso de consulta se facilitó a los delegados de los pueblos indígenas y a sus organizaciones que integran la mesa de concertación," pero que en todo caso no fue posible llegar a un acuerdo con los representantes indígenas en las dos mesas de concertación que se desarrollaron entre éstos y los ministerios del Interior y de Minas y Energía.

"No obstante lo anterior", agrega la interviniente, "no comparto lo afirmado en la demanda en el sentido de que el mencionado Convenio [169] hace parte del bloque de constitucionalidad", pues éste no está previsto en la Constitución ni en el Decreto 2067 de 1991, como tampoco tiene fundamento legal expreso, sino que consiste en "el conjunto de disposiciones que le sirven a la Corte para valorar constitucionalmente las leyes", y sólo los tratados públicos sobre derechos humanos y límites territoriales forman parte de él.

En relación con la violación del derecho al debido proceso, manifiesta que el "Gobierno Nacional facilitó la participación de estas comunidades sin obtener respuesta, por tal circunstancia, mantuvo en el proyecto las disposiciones contenidas en el Código de Minas vigente en ese momento, sin que dicha decisión atentara contra los intereses que los pueblos indígenas han mantenido". De este modo, habiéndose garantizado los mecanismos de participación durante el trámite de la ley, sin obtener resultado alguno, nada obsta para que el Gobierno hubiera radicado así el proyecto de ley. En efecto, tal como lo sostiene la Misión OEA-Harvard para el caso del bloque Samoré, "cuando la concertación no es posible, la decisión sobre el proyecto de desarrollo recae en el Estado".

Para sustentar lo anterior, anexa a su intervención las diversas comunicaciones interministeriales y las recomendaciones hechas por la referida Misión OEA-Harvard.

3. Ministerio de Minas y Energía

La ciudadana Janeth Bustos Salgar, actuando como apoderada del Ministerio de Minas y Energía intervino en este proceso solicitando a la Corte declarar la exequibilidad de las normas acusadas. Sus argumentos se resumen así:

Luego de defender la constitucionalidad de cada una de las disposiciones acusadas, la interviniente señala que dichas normas no vulneran el derecho fundamental de consulta de las comunidades indígenas, pues desde el comienzo el Ministerio de Minas y Energía "adelantó el proceso de consulta, llevando a cabo etapas de información, discusión y

consulta, de manera que estas cumplieran y sobrepasaran los requisitos establecidos en la normatividad específica (Ley 21 de 1991 y Decreto 1397 de 1996) alrededor de la consulta con las comunidades indígenas".

Agregando que "el actual capítulo XIV del Código de Minas que corresponde a Grupos Etnicos se concertó con las comunidades indígenas en el 'acuerdo de Melgar', en donde se determinó de mutuo acuerdo que el contenido de este capítulo sería el mismo del Código anterior" y para demostrar que se realizaron suficientes consultas, "se anexan tres carpetas que contienen las memorias del proceso de consulta con las comunidades indígenas sobre el proyecto de modificación del Código de Minas, en donde consta que este Ministerio cumplió con la obligación de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas y los inmensos esfuerzos físicos y económicos en los que incurrió para tal fin".

En su opinión, considerando que el Código de Minas fue expedido por el legislador, debe advertirse que los pueblos indígenas fueron representados en el Congreso merced al sistema de circunscripción electoral, lo cual también garantiza su participación en el trámite de aprobación de la ley, toda vez que dichas comunidades integran, a través de sus representantes, el legislador nacional.

En relación con la aplicación del Convenio 169 recuerda que su artículo 34 consagra que "la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país". De igual manera, de su incorporación al ordenamiento interno no puede llegarse al extremo de considerar que las facultades propias del legislador tengan que someterse a trámites y condiciones adicionales, no contempladas en la Constitución.

Además, advierte que el Ministerio que representa en todo momento actuó de buena fe frente a la comunidades indígenas durante el desarrollo de las actividades previas a la elaboración del código. Por el contrario, "extraña a esta entidad la demanda que nos ocupa, alegándose falta de consulta previa, cuando es de conocimiento público que la autoridad minera propició en diversos momentos y formas dicha consulta".

Por último señala que "fue decisión libre y espontánea de las comunidades la de no utilizar ni aprovechar los mecanismos dispuestos para ello en relación con el Código de Minas", por lo cual no pueden posteriormente, a pesar de su negligencia, alegar desconocimiento, falta de oportunidades de concertación o de consulta.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación encargado, en concepto No. 2922 recibido el 24 de junio de 2002, solicita a la Corte declarar:

a. La exequibilidad de los artículos 2, 3 (parcial), 5, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128 y 271, literal d (parcial) de la Ley 685 de 2001; y

a. La exequibilidad condicionada de los artículos 6, 11 (parcial), 35, literales f) y h), 37, 39, 48, 58, 59, 261, 275 y 332, literales a) e i) de la misma ley, en el entendido de que “cualquier intervención en los territorios indígenas para desarrollar la actividad minera, debe contar con la participación de la comunidad indígena en los términos de la Constitución y la ley”.

En primer lugar considera el Procurador que la Ley 685 de 2001 debe interpretarse integralmente, toda vez que constituye un código y, como tal, un conjunto armónico, ordenado y coherente de disposiciones relativas a una materia. Por esa razón, “cuando la demandante impugna normas que regulan la actividad minera en términos generales, desconoce la concepción de Código que se acaba de enunciar, es decir, que no deslinda el objetivo perseguido por el mismo, la regulación de la minería en todo el territorio nacional, pues la Ley 685 de 2001 no se ocupa exclusivamente de la actividad minera en los territorios indígenas (…)”

En ese orden de ideas, no son admisibles los cargos elevados contra los artículos 2, 3, 5, 39, 58 y 59 de la referida ley, “entre otros a los que alude la demandante, pues son aspectos propios de una regulación general que debe contener un Código como el de Minas, que no tiene consideraciones de aplicación especial en detrimento de los intereses de los indígenas, como estima la actora, ya que se trata de normas de índole general a las cuales se deben someter todos aquellos que se dediquen a la actividad minera, dándole siempre un tratamiento especial a la actividad minera que se efectúe en los territorios indígenas”.

De otra parte el Procurador resalta la finalidad constitucional del derecho a la consulta (art. 330 C.P.) a la luz de la preservación de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas, señalando además que la participación constituye un derecho fundamental para dichos pueblos. Y que por ello, con miras a garantizar tal derecho el legislador consagró un capítulo específico relativo a los grupos étnicos dentro del Código, cuyas normas allí contenidas (artículos 121 a 128) no vulneran ninguna disposición constitucional, toda vez que aquéllas “no hacen otra cosa que recalcar el imperativo constitucional que ordena tener especial consideración con los pueblos indígenas en relación con la explotación de los recursos naturales en los territorios en donde se asientan, a efectos de garantizar la integridad cultural, social y económica de los mismos”. En ese sentido, “cuando la ley no remite a otra situación que a la pluricitada consulta, con arraigo constitucional, no es dable a la demandante incoar la acción de inconstitucionalidad en contra de una normatividad que se limita a recalcar lo que la Constitución Política estableció”.

Con todo, la autoridad administrativa debe hacer efectiva la participación de las comunidades indígenas cada vez que haya una intervención en sus territorios para efectuar una actividad minera. De suerte que, “pretender excluir del mundo jurídico las normas demandadas como lo requiere la demandante, es dejar desprotegidos a los pueblos indígenas de una normativa que les da un trato especial (…)”. Así las cosas, las normas demandadas que se refieren a la actividad minera en los territorios indígenas, en sí mismas no vulneran la Carta Política. No obstante, el Procurador solicita a la Corte declarar “la exequibilidad condicionada de aquellas normas acusadas que no hacen mención expresa del

requisito constitucional de la participación de las comunidades indígenas, en el sentido de que lo previsto en ellas debe someterse al cumplimiento de ese requisito mediante la realización de la consulta previa, (…) con el fin de evitar que el operador jurídico del Código de Minas realice interpretaciones sesgadas, contrariando el principio constitucional de especial protección y participación de las comunidades indígenas, esto es, que las normas del capítulo XIV de la Ley 685" se apliquen armónicamente y en consonancia con las disposiciones constitucionales que propenden por la realización de la consulta previa.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución Política, por cuanto las disposiciones impugnadas hacen parte de una ley de la República.

2. Problema jurídico planteado

2. Considera la demandante que los artículos 2, 3 (parcial), 5, 6, 11 (parcial), 35 (parcial), 37, 39, 48, 58, 59, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 261, 267 (parcial), 271 (parcial), 275 y 332 de la Ley 685 de 2001, vulneran los artículos 29, 53, 93, 94, 330 de la Constitución Política, argumentando al respecto que se transgredió el derecho que los pueblos indígenas tienen a la consulta según voces del Convenio 169 de la OIT, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad. Quebrantamiento que a su vez engloba la violación del derecho a la participación de los indígenas en las decisiones que los afectan, el derecho a la integridad étnica, cultural y económica, así como el derecho al debido proceso.

3. La participación ciudadana como derecho-deber en el nuevo ordenamiento superior, en tanto relación de lo público y lo privado

3. La posibilidad de incidir realmente en la existencia, desenvolvimiento y decisiones del Estado colombiano aparece deferida en la nueva Constitución tanto a favor de los servidores públicos como de los particulares, en la inteligencia de que esa opción comprende un universo de dos instancias fundamentales, a saber: el acto mismo de Estado, y sus consecuencias jurídicas, económicas, sociales, culturales y ambientales. De allí que, al lado del bloque de competencias que las normas rectoras le asignan a los servidores públicos en sus diferentes niveles, necesario es reconocer el potencial y amplio espectro de actuaciones dado a los particulares a partir de la dimensión política, pues, siendo como es, que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo –hontanar natural del poder público y las instituciones mismas-, la participación ciudadana se impone literalmente como derecho y como deber, a cuya realización contribuyen primeramente los canales positivos y la voluntad popular de asumir con autonomía de entendimiento las oportunidades que el Estado debe ofrecer, y también, las oportunidades que las personas en general lleguen a propiciar para sí o para otros en la esfera de sus acciones cotidianas. De suerte tal que el fenómeno de la participación ciudadana se encamina sobre la base de unas oportunidades dadas a todos con arreglo a sus condiciones concretas, con la subsiguiente respuesta que en ejercicio de la libre

elección1 le incumbe a cada cual dar, realizándose o no la efectiva participación en forma directamente proporcional a la conjugación armónica de estas dos instancias (oportunidades-voluntad popular) como en una simbiosis que da cuenta tanto de la inclinación del Estado hacia la oferta de oportunidades reales, como de la respuesta colectiva en razón de sus propios intereses.

Bajo esta comprensión la participación ciudadana se desenvuelve como un asunto de doble vía, que al amparo de la reciprocidad entre la oferta de oportunidades y su receptividad popular se yergue cual imperativo democrático que a todos convoca en procura de los fines institucionales y particulares, de lo colectivo y lo individual, de lo público y lo privado. Por ello, antes que una carga para las autoridades públicas, el derecho a la participación debe interiorizarse como una sana y edificante disciplina del Estado Social de Derecho que a todos corresponde cualificar en el seno de las relaciones dialécticas de lo público y lo privado. Sin que por otra parte sea dable restringir el concepto de lo público al ámbito donde se relacionan el Estado Nacional y los ciudadanos; ni el concepto de lo privado a la esfera donde se relacionan los particulares entre sí.2 Conceptos esos que, en razón de sus múltiples relaciones de pertenencia, afinidad, contradicción, negación y superación, provocan crecientes dificultades a quienes pretenden acuñar tajantes fronteras en el seno de su continua interacción; esto es, en la simbiótica trabazón de lo público y lo privado. Como que, siendo el hombre un ser social, nada más cercano a su naturaleza política y simbólica que el reconocimiento a su proyección individual en la cambiante geografía de la vida pública estatal y extraestatal.

4. La Polis de la Grecia clásica tuvo al ágora como el escenario privilegiado para el uso público de la razón por parte de los ciudadanos, experiencia ética que después de un interregno oscurantista fue superada con la recuperación de la palabra merced a la influencia liminar de los reformadores, con la subsiguiente presencia de lo público en la modernidad.3 En 1784 también Kant reclamaba el uso público de la razón en su célebre texto sobre la naturaleza de la Ilustración, al decir: "La ilustración es la salida del hombre de su condición de menor de edad de la cual él mismo es el culpable. La minoría de edad es la incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la dirección de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad, cuando la causa de ello no radica en una falta de entendimiento, sino de la decisión y el valor para servirse de él con independencia, sin la conducción de otro. ¡Sapere aude! Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! Es pues la divisa de la ilustración. (...) Pero para esa ilustración sólo se exige libertad y, por cierto, la más inofensiva de las que puedan llamarse libertad, a saber: la libertad de hacer uso público de la propia razón en todo respecto. (...) Entiendo por uso público de la propia razón, el que alguien hace de ella en cuanto sabio ante la totalidad del público lector."4

Con el filósofo Kant el uso público de la razón entraña una especial exigencia, cual es la de que quien lo protagonice debe tener un riguroso conocimiento de la materia sobre la cual ha de versar frente a los demás, ya que no se trata de un espectáculo verbal para la galería sino de un ejercicio propiciador de autonomía personal con sentido social y epistemológico. A través de los tiempos la humanidad ha entendido y prohijado la necesidad de satisfacer este ejercicio democratizador de la autonomía, la palabra y el conocimiento, en una secuencia de

episodios que a partir de Grecia le dispensaron al espíritu público la oportunidad de cualificarse y afianzarse progresivamente tanto en espacios abiertos como en recintos cerrados, siendo ejemplos clásicos de estos últimos la Royal Society del siglo XVII, las "sociedades de ideas" y el café en Londres del siglo XVIII. Así, al amparo de los antiguos y nuevos espacios discursivos las personas fueron adquiriendo cada vez mayores destrezas frente a la participación que a todos incumbe en la existencia y desenvolvimiento del Estado, aprendiendo a la vez que los procesos de la democracia tienen como génesis natural la esfera de lo privado, en tanto el hombre y la mujer deben ser consecuentes con su discurso público a partir de su núcleo familiar, pues sólo se identifica con la auténtica democracia política aquél o aquélla que "piensa con cabeza propia, se pone en el lugar del otro y sabe ser consecuente."5 Lo contrario no pasa de ser un mero predicado de democracia nominal para apacentar las mayorías, aunque fuente de gran usufructo egoísta para quien espera el discurso inconsecuente.

Por todo ello, el acceso de la ciudadanía al conocimiento real de los temas pertinentes se hace imperioso en las múltiples sendas de lo público y lo privado, pero no como resultado de una concesión normativa que yendo del centro a la periferia de manera unidimensional, es luego recibida en la comodidad de una conciencia aparente, y por sobre todo contemplativa, dependiente y desprovista de compromiso social. Dado que, es tan necesaria la claridad pedagógica en la difusión democrática de los temas pertinentes por parte del Estado o de los particulares, como la progresiva cualificación del entendimiento ciudadano a instancias de los esfuerzos institucionales y personales. Lo cual va de la mano con aquello de que "nadie aprende por otro." En este sentido el conocimiento de los deberes, tareas, fines y responsabilidades del Estado y sus servidores para con los habitantes del país apareja una ligazón recíproca entre los servidores públicos y los particulares, en orden a instaurar y cultivar una permanente acción comunicativa sobre los temas que convocan la atención de la sociedad entera, al propio tiempo que los particulares toman conciencia de sus propios deberes y responsabilidades para con los demás en las instancias de lo público y lo privado. Escenarios dentro de los cuales las competencias y prerrogativas de los servidores públicos deben preservarse dinámicamente, en la perspectiva de una auténtica armonía para con el acervo de derechos que amparan las diferentes expresiones de los particulares. Por esto mismo, salvo expresa excepción constitucional, el rasero de lo estatal no puede soslayar la vigencia de los derechos del individuo –solo o asociado-, tal como podría ocurrir con el derecho de acceder a la información oficial, de suyo inscrito en los dominios del derecho de petición.

5. Pues bien, en procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarle a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiendo sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna. Desde luego que el derecho a la información así servido se convierte en poderoso instrumento de reflexión-acción tanto individual como colectiva, en el entendido de que las autoridades estatales, a más de esa información, deben asumir la promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas a la discusión pública de los temas pertinentes; recordando a la vez que la participación ciudadana en esos ámbitos de discusión constructiva supone el recíproco respeto de los criterios expuestos por los

interlocutores institucionales y privados, pero no pasivamente, sino reedificando mutuamente sobre la comprensión de lo ya examinado y depurado de manera concertada, a tiempo que la diferencia y pluralidad de opiniones actualizan su poder constructivo en el suceso democrático.

6. Con todo, conviene observar que el ejercicio de la participación ciudadana goza de un margen de discrecionalidad que toca incluso con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo cual, cuando quiera que por decisión propia, y aún por imprudencia, desidia o conducta dilatoria de los interlocutores particulares se frustre la posibilidad de algún grado de concertación pluralista, y siempre que las autoridades estatales hayan cumplido por su parte en la forma y tiempo debidos, no quedará otro remedio más viable que el de reconocer el fracaso de las oportunidades dadas por el Estado a las personas en un caso concreto, siendo al efecto necesario admitir las consecuencias que se puedan derivar del vencimiento de los términos no aprovechados por los particulares pues, dado que las tareas y fines del Estado no pueden someterse a un ad calendas graecas natural o provocado, las autoridades competentes deberán privilegiar el interés general adoptando las medidas conducentes a un genuino desarrollo de sus potestades políticas, legislativas, reglamentarias, ejecutivas y de control.

7. Ahora bien, conviene recordar la jurisprudencia de esta Corte en torno a la democracia participativa:

“A partir de la expedición de la nueva Carta Política de 1991, se operó un giro radical dentro del sistema constitucional del Estado colombiano, con el fortalecimiento de la democracia participativa y el señalamiento de nuevos mecanismos de participación. La imperiosa necesidad de la intervención ciudadana en la toma directa de las decisiones que a todos atañen y afectan, así como en el control permanente sobre su ejecución y cumplimiento determinó una extensión e incremento de los espacios de participación de la comunidad, así como de procedimientos que garanticen efectivamente su realización. Lo anterior impuso un rediseño de la participación del ciudadano, tradicionalmente restringida al proceso electoral, para incluir esferas relacionadas con la vida personal, familiar, económica y social de los individuos en cuanto identificados como verdaderos sujetos sociales.

“El retorno de la soberanía al pueblo colombiano como depositario del poder supremo, defirió en su voluntad la existencia, organización y el destino de las instituciones políticas del Estado. De tal manera que, la intervención ciudadana se entiende aplicada hacia la conformación, ejercicio y control del poder político, como un derecho político de estirpe constitucional (C.P., art. 40) esencial para el desarrollo de la organización política y social y a la vez inherente al desarrollo humano.

“En ese orden de ideas, la participación ciudadana en la vida política, cívica y comunitaria debe observarse como un deber tanto de la persona como del ciudadano (C.P., art. 95); de esta manera, el principio de participación democrática más allá de comportamiento social y políticamente deseado para la toma de las decisiones colectivas, ha llegado a identificarse constitucionalmente, como principio fundante y fin esencial de Estado social de derecho colombiano (C.P., Preámbulo y arts. 1 y 2).

“Ahora bien, la injerencia del pueblo en el proceso de toma de decisiones acordes con sus

necesidades vitales se hace aún más efectiva, a través de las instituciones y mecanismos propios de las democracias de participación o semi-directas incorporados en la nueva Constitución. Como consecuencia del reconocimiento de los derechos políticos reconocidos a los ciudadanos, éstos cuentan con la posibilidad de tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática, así como a tener iniciativa legislativa en las corporaciones públicas. El desarrollo legal alcanzado por dichos mecanismos de participación ciudadana,6 objeto ya de pronunciamiento constitucional,7 garantizan precisamente esa efectividad.

"De esta manera se afianza el camino para que los ciudadanos ejerciten el derecho y atiendan el deber ciudadano de participar en el plano político, lo que para esta Corporación8 presenta los siguientes objetivos:

"a) realizar el ideal del estado democrático de derecho, de permitir el acceso de todo ciudadano a los procesos de toma de decisiones políticas; b) permitir el ejercicio de un control político, moral y jurídico de los electores por parte de los elegidos, sin intermediarios, con lo que se sanciona eficazmente la corrupción administrativa y el uso del poder en interés particular; c) hacer posible la construcción de un sistema político abierto y libre, donde el ciudadano tenga canales efectivos de expresión, que no excedan los límites de lo razonable y, d) propender por la solución de conflictos entre los órganos del poder público, acudiendo a la instancia política del electorado.".

"En consecuencia, se puede decir que las ciudadanas y los ciudadanos colombianos cuentan con el bien preciado de una democracia participativa que irradia múltiples ámbitos de la vida nacional, en lo que atañe, entre otros asuntos, al poder público y social, a la organización electoral, al ejercicio de la función administrativa, a la prestación de los servicios públicos, a la administración de justicia, a la definición de las materias económicas, presupuestales y de planeación, así como al ejercicio del control fiscal.9

"Dentro de ese marco normativo, amerita especial mención la incidencia que la participación ciudadana presenta en el ámbito del ejercicio del poder público legislativo. Esta se refleja mediante la posibilidad de los ciudadanos de presentar proyectos de ley ante el Congreso de la República (C.P., arts. 154 y 155), a través de lo que comúnmente se denomina la iniciativa popular; de ahí que, la Corte10 haya señalado que así se "permite la intervención creadora de los ciudadanos en la vida de la sociedad mediante la predeterminación de las normas jurídicas, la definición de los intereses jurídicos que deben ser tutelados, la adopción de las reglas de conducta que se consideran necesarias para un mejor vivir social", dando origen al acto más importante del proceso de formación de la ley, del cual se deriva el respectivo trámite legislativo y, por consiguiente, a una eficaz forma de participación en la actuación del poder político.

"Hay que destacar que igual iniciativa de proposición legislativa se le reconoce en la Constitución a otros actores políticos, entre los cuales figura el gobierno nacional, como ocurre con respecto de los casos señalados en el artículo 154 superior y con respaldo en la atribución allí consignada."11

4. Especial protección constitucional del derecho de participación de las minorías

8. De conformidad con lo señalado en párrafos anteriores, toda persona tiene derecho a vincularse a los procesos de toma de decisiones que le conciernen o que afecten directa o indirectamente su esfera vital, así como a tomar parte en los diversos aspectos de la vida socio-económica y en las decisiones adoptadas por los distintos órganos del Estado, valiéndose al efecto de los correspondientes mecanismos de participación. Lo cual obra nítidamente dentro de la nueva noción de las cosas, donde el Constituyente sustituyó la participación meramente retórica del ciudadano por un principio de participación efectiva, dotada de mayor fuerza vinculante en relación con las decisiones estatales y comunitarias.

Cabe reconocer que la efectividad de los mecanismos de participación se mide con especial frecuencia desde el nivel local, concretamente al analizar el grado de injerencia de los individuos y las llamadas "comunidades de base" en las decisiones regionales y centrales pues, tal como lo afirma Gerhard Sandner,12 "(…) la relación hombre-ambiente físico con sus implicaciones sociales y humanas, no se definen a nivel de generalizaciones macro sino a escala de relevancia inmediata, de vida. Es la escala local-microregional y su integración a escala regional, como un principio de organización fundamental que requiere autonomía en las decisiones." Y posteriormente agrega el autor: "Tal tipo de organización se encuentra siempre en contradicción con la escala de Estado o de Estado nación, que requiere la generalización y cierto grado de centralización y manejo 'desde arriba'. La solución no consiste en pedir al Estado una descentralización o una regionalización de política 'desde arriba hacia abajo', como si fuera un regalo. Consiste en respetar la organización local y regional del ambiente físico y humano como tal y redefinir 'territorio' como fundamento de soberanía, consistente en regiones y basado en la diversidad, el pluralismo y la autodeterminación".

9. Ahora bien, según se ha visto en líneas precedentes, al tenor del artículo 1 de la Constitución Política la participación ciudadana es un principio ligado al carácter pluralista del Estado, en la medida en que uno de sus fines es el de garantizar la efectividad de los mecanismos de participación de todos los asociados, especialmente de las minorías que, por lo general, carecen de instrumentos y espacios idóneos para promover sus propuestas y cultivar sus ideas en los distintos niveles comunitarios y políticos. En ese sentido renuevan su vigencia las palabras de la Corte cuando afirma que "el respeto por las minorías debe traducirse en formas reales de participación como minorías, en el respeto por la diferencia como garantía de libre expresión."13 Así entonces, por tratarse de sujetos de especial protección (C.P. Art. 13) al Estado le corresponde impulsar mecanismos que empoderen a las minorías en orden a lograr su participación real en los asuntos que las afectan.

Lo anterior acarrea hondas implicaciones en los canales que relacionan a los particulares y a las comunidades con el Estado y con los demás asociados en el marco de un Estado pluralista, siendo patente que la Carta no sólo se inclina por el respeto de la opinión ajena sino, más aún, por la comprensión del otro y su inclusión efectiva en cualquier escenario de discusión y decisión social, comunitaria o política, sin que esto implique el deseo de alcanzar un ilusorio unanimismo sino simplemente construir consensos.14

Puede afirmarse, en consecuencia, que el carácter pluralista y participativo del Estado exige determinar y proteger, en igualdad de condiciones, las diversas escalas sociopolíticas y culturales que lo conforman, por cuanto en cada una confluyen múltiples sistemas de valores

y de formas de percibir y relacionarse con el mundo físico, económico y social. La interacción de esas escalas debe ser armónica y no impositiva o excluyente, ya que en la Constitución se halla tácitamente proscrita la superioridad de una u otra perspectiva, cosmogonía, ideología, forma de vida o sistema de conocimiento determinado.

10. En contraste con lo anterior se hace evidente una particular contradicción en asuntos relativos a los pueblos indígenas y otras minorías étnicas, lo cual convoca no pocas voces que critican la supremacía de la denominada "sociedad de conocimientos"15 que pretende justificar la primacía de sus idearios y fundamentos en una supuesta homogénea noción de desarrollo, basada en los principios de eficacia, eficiencia y crecimiento económico, de la cual dimana un marcado sentido paternalista hacia las minorías.

En efecto, tal como lo advierte el Instituto Humboldt al analizar los principales escollos de la regulación jurídica en asuntos indígenas, "entre las sociedades industrializadas y las sociedades tradicionales existen profundas diferencias en el modo de entender la relación sociedad-naturaleza, así como en el modo de conocer y usar los bienes naturales y biológicos". Por tal razón, dicho instituto reclama que se acepten y respeten "las diferentes visiones del mundo, la sociedad y la naturaleza de los grupos étnicos y las comunidades locales."16

Así pues, teniendo en cuenta el alcance extenso de los principios de participación y pluralismo prohijados en la Carta Política, es de inferir que ésta propende por que en los terrenos regionales y nacionales de concertación social, política y económica se maximice la proyección de los mecanismos participativos del individuo y de las comunidades de base, buscando crear espacios adecuados en los que se puedan discutir y plantear las cuestiones que los afectan de manera activa y comprometida.

En materias económica y de desarrollo la inclusión de mecanismos participativos a favor de las personas y las comunidades adquiere vital importancia. Donde al decir de J.J. Almonacid:

"(…) el Estado y la sociedad interactúan para construir una visión de futuro que permita orientar las acciones estatales y sociales del presente. Esto explica que la misma Carta establezca el carácter participativo del proceso de planeación, ya que las personas y las comunidades no son simples objetos de los procesos de desarrollo sino que son los sujetos protagónicos de los mismos, por lo cual la participación democrática aparece profundamente ligada a una noción integral de desarrollo. En efecto, conforme a los principios y valores constitucionales, el desarrollo no es sinónimo del crecimiento económico sino que es un proceso complejo e integral que tiene otras dimensiones, pues comprende también las relaciones ambientales, sociales y culturales."

En el mismo sentido comenta Montúfar:

"La participación popular apunta a reformar aquella filosofía de desarrollo venida desde arriba en donde las iniciativas de la gente, en vez de ser promovidas, se subordinaban a las necesidades de los Estados. Por el contrario, la participación fortalece una perspectiva de desarrollo venida desde abajo basada en el contacto cara a cara."17

4.1 El derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales yacentes en sus territorios

11. Con referencia a los anteriores lineamientos se tiene que un vector fundamental en la explotación sostenible de recursos naturales es el concerniente al reconocimiento de los valores y derechos de los pueblos indígenas, y de su consecuente participación en la resolución de la problemática sobre tales recursos. A este respecto se observa que la protección de las comunidades indígenas adquirió mayor vigor al amparo de la Constitución de 1991, lo cual se manifiesta, entre otros aspectos, en la materialización de mecanismos de participación en torno a la explotación de recursos naturales en sus territorios, máxime si se considera que en tal actividad está comprometida la misma integridad étnica de dichas comunidades. Con esta orientación, el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política dispone:

"La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades."

12. Ahora bien, de conformidad con el artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República hacer, reformar y derogar las leyes y, por medio de ellas, expedir códigos en las distintas especialidades o ámbitos del derecho. En desarrollo de lo cual el legislador está facultado para expedir la normatividad minera y las demás reglas que, de una u otra forma, se relacionen con la explotación de dichos recursos, destacándose al punto la vital importancia que dicho ordenamiento reviste para las comunidades indígenas y otros grupos étnicos, en la perspectiva de la exploración y explotación de recursos mineros yacentes en sus territorios.

La relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacentes en sus territorios está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio, según pasa a verse.

13. En efecto, la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo.18

Al respecto se torna ilustrativo el concepto rendido por el antropólogo Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum dentro del proceso entablado entre la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingini y el Estado de Nicaragua, sometido a decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dijo entonces el antropólogo:

"Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple

instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos.

“La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos.”

En el mencionado caso, en sentencia del 31 de agosto de 2001, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:

Por su parte, el Instituto Humboldt ha resaltado el estrecho vínculo que une a las comunidades indígenas y al territorio en que éstas habitan, el cual atiende a una concepción comprensiva que incluye en una misma dimensión a los seres humanos y al mundo natural que los rodea:

“Las cosmovisiones de los grupos étnicos y comunidades locales tradicionales muestran una naturaleza altamente simbolizada y un alto sentido de pertenencia a un territorio y a una comunidad humana. En ellas se observa, entre muchos otros aspectos que:

“- La socialización de la naturaleza y la naturalización de la vida social son dos fenómenos recurrentes en el pensamiento indígena. Muchas veces la naturaleza se explica mediante categorías sociales y en ocasiones lo social se explica mediante categorías tomadas de la naturaleza. (…)

“- No se puede separar el pensamiento y la tradición y el dominio que tiene la comunidad sobre un recurso biológico, del recurso mismo. Por ejemplo, no es fácil separar la yuca, como un recurso vital para los Sikuani, de su saber y su propia historia, ni se podrían escindir los conocimientos que los campesinos de los Andes tienen sobre el cultivo de variedades de papa, maíz y hortalizas, de su vida cultural y de sus tradiciones.

“Entre los pueblos indígenas estas concepciones se expresan principalmente en conjuntos mitológicos, sistemas religiosos y chamánicos y un conjunto de regulaciones internas relativas, entre otras, al manejo del medio ambiente, los sistemas de producción e intercambio y los sistemas que cada pueblo utiliza para procurarse la salud y prevenir las enfermedades.”19

14. En este orden de ideas, es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “constituyen un legado que une -como un todo- la generación presente y a las generaciones del futuro.”20

Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella.21

En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacentes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas.

Finalmente, cabe afirmar que tratándose de asuntos mineros la anterior afirmación acusa mayores connotaciones, puesto que el proceso de la minería se concibe desde ese punto de vista como un ciclo de vida integral tendiente a satisfacer las necesidades de las presentes y futuras generaciones, y por sobre todo, respetuoso del desarrollo sostenible y la integridad étnica de los pueblos.

4.2 El mecanismo de consulta a los pueblos indígenas. – Reiteración de jurisprudencia

15. Además de los mecanismos de participación ciudadana de que son titulares todas las personas (C.P. Art. 2), la participación de los pueblos indígenas se concreta a través del derecho de consulta, tal como lo estipula el parágrafo del artículo 330 superior. Este derecho, ha sostenido la Corte, adquiere el carácter de fundamental en la medida en que constituye un importante medio para garantizar el ejercicio de otro derecho de la misma estirpe, como es la preservación de la integridad étnica a que se refiere el citado canon constitucional.22

En el ámbito internacional diversos instrumentos consagran la especial protección de la participación indígena en la adopción de las decisiones que los afectan, reconociendo su invaluable aporte en materias como la preservación del medio ambiente y la armonía social.23 Por ejemplo, el principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Agenda 21), firmada en 1992, dispone que:

"Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible."

A su vez, la Cláusula 26.1 de la misma declaración expresa:

"Teniendo en cuenta las interrelaciones entre el medio ambiente natural y su desarrollo sostenible y el bienestar cultural, social, económico y físico de la población indígena, los esfuerzos nacionales e internacionales para llevar a cabo un desarrollo ambientalmente favorable y sostenible deben reconocer, ajustar, promover y fortalecer el papel de los pueblos indígenas y sus comunidades".

Con la misma orientación, el artículo 8-j de la Convención sobre la Diversidad Biológica estipula como uno de los deberes de cada Estado parte, el siguiente:

"Con dependencia de su legislación nacional, respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que expresan los estilos de vida tradicionales adecuados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promover su más extensa aplicación con la aprobación y participación de los que poseen tales conocimientos, innovaciones y prácticas y fomentar la participación equitativa de los beneficios procedentes de la utilización de tales conocimientos, innovaciones y prácticas".

16. Sin embargo, es en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes, aprobado por la Ley 21 de 1991, en donde el mecanismo de consulta indígena encuentra su más claro arraigo, siendo aquél un instrumento internacional que consagra la declaración de derechos mínimos a favor de dichos pueblos, entre los cuales está incluida la igualdad de derechos y oportunidades bajo las leyes nacionales, la participación en los beneficios sociales y económicos, la protección de los valores sociales, culturales, religiosos y espirituales, la participación en la toma de decisiones y la debida consideración de la legislación consuetudinaria.

En la sentencia C-418 de 2002, la Corte analizó detalladamente la jurisprudencia constitucional en relación con la figura jurídica comentada, manifestando a la luz del referido Convenio lo siguiente:

"La Corte, igualmente, ha estudiado en forma detenida lo relativo a las características, alcance y efectos de la proyección del derecho de participación como garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas cuando de la explotación de los recursos naturales se trata y ha establecido como rasgos especiales del mismo los siguientes:

– Constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.24

– No se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.25 (Subrayas fuera de texto).

"De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1.989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1.991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, "mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". Asimismo, el artículo 7 del Convenio reconoce a tales colectividades "el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de

desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente".

De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: "La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país". Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 196927, según la cual "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (subraya fuera del texto).

Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias"28.

"En ese orden de ideas, la Corte, en la sentencia en cita, destacó que la Constitución sólo reconoce explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el parágrafo del artículo 330, a saber:

"La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades".

– En armonía con la finalidad constitucional asignada al mecanismo de la consulta mediante el cual – constitucional y legalmente se materializa la especial proyección del derecho de participación en referencia la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que :

"comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el

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

“La Corte también ha avanzado sobre el alcance de la Consulta y ha destacado que:

“Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.29

17. Sumado a lo anterior, con un carácter puramente ilustrativo vale la pena traer a colación la “Guía para la Aplicación del Convenio 169” elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático Montreal, que define la consulta como “el proceso mediante el cual los gobiernos consultan a sus ciudadanos sobre propuestas de política o de otra índole. Sólo podrá considerarse tal, el proceso que dé a los que son consultados la oportunidad de manifestar sus puntos de vista e influenciar la toma de decisión.”

A la pregunta de si el artículo 7 del citado Convenio implica que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho a vetar las políticas de desarrollo, el documento ofrece la siguiente respuesta:

“No, ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. Durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los

gobiernos hacer lo que quisieran. La Conferencia no entendió de esta manera el contenido de este artículo del Convenio.

“El artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes.”

Finalmente, respecto de la pregunta: ¿qué significa que las consultas deben realizarse de “buena fe” y por medio de “procedimientos apropiados”? La OIT puntualiza:

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

5. Verificación del proceso de consulta a los pueblos indígenas durante la elaboración del proyecto de ley que se convirtió en el Código de Minas

5.1 Justificación

18. Antes de acometer el análisis del proceso de consulta surtido durante la preparación del proyecto de ley que finalmente se convirtió en la Ley 685 de 2001, conviene hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, es pertinente aclarar que la demanda presentada no censura las disposiciones contenidas en la referida ley por vicios de procedimiento en su formación dentro del Congreso, hipótesis en la cual se impone al actor el deber de señalar en la demanda el trámite contemplado por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado (Decreto 2067/91 Art. 2-4).

Como puede verse, aquí la situación es diferente, pues si bien los cargos están ligados al proceso general de formación de la ley parcialmente acusada, los mismos se circunscriben a la antesala de la iniciación formal de los debates que se surtieron en el Congreso, descartándose de plano cualquier alusión a vicios de forma en estricto sentido. Por el contrario, la demanda se sustenta ampliamente en la supuesta violación del derecho fundamental de consulta, ya que a juicio de la demandante se hizo nugatoria la participación de los pueblos indígenas en la discusión y preparación del proyecto de ley que dio origen al Código de Minas.

Por consiguiente, fuerza concluir que en definitiva la demandante impugna las señaladas disposiciones del referido ordenamiento por su contenido material como tal, mas no por vicios de forma (v. gr. número de debates requeridos en una y otra cámara legislativa, publicación del proyecto, etc.). De suerte que para dilucidar la eventual vulneración del derecho de consulta, la Sala verificará si en la correspondiente etapa de formación del proyecto de ley se ofrecieron a los pueblos indígenas suficientes canales participativos, en los términos expuestos en páginas anteriores.

En suma, la Corte efectuará dos exámenes en relación con las disposiciones impugnadas: uno, consistente en la verificación del proceso de consulta a las comunidades indígenas frente a la discusión del proyecto de ley; y otro, consistente en el juicio abstracto de confrontación de las normas acusadas y la Constitución Política.

1. Proceso de consulta

19. Luego de analizar las distintas pruebas que obran en el expediente, aportadas tanto por la demandante como por las entidades oficiales, la Sala encuentra que el proceso de consulta a los pueblos indígenas fracasó en el presente caso, toda vez que no se llegó a ningún acuerdo entre las entidades gubernamentales y las comunidades indígenas, pese a los múltiples intentos de las primeras por discutir a fondo con las segundas el articulado del proyecto de ley. En este sentido se observa que durante más de un año el Gobierno Nacional intentó someter a discusión el proyecto en el marco de talleres y mesas de concertación, sin que al respecto se llegara a arreglo alguno sobre el contenido del mismo.

Por lo tanto, la Corte estima que las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de ley cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto, con la finalidad de que éstas pudieran participar e intervenir en la redacción final de su articulado.

Para arribar a esta conclusión se tiene:

1. No es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones. Sin embargo es claro que, en ese caso, la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso. No obstante lo anterior, puede presentarse el caso de que la composición inicial del proyecto sea producto del esfuerzo conjunto y concertado de entidades y comunidades, evento en el cual se evidenciaría con más veras el cumplimiento de la participación indígena.

2. De manera unilateral el Ministerio de Minas y Energía elaboró el proyecto de ley que daría origen al Código de Minas y, junto con el Ministerio del Interior, coordinó la celebración de

talleres informativos previos al escenario de discusión del proyecto, esto es, la Mesa Nacional de Concertación con las comunidades indígenas.

3. El Ministerio de Minas asumió la carga de todos los recursos económicos y la logística necesaria para divulgar entre las comunidades indígenas el proyecto de ley, a efectos de brindarles suficientes elementos de juicio para discutir el fondo del asunto en un momento posterior.

4. Los ministerios de Minas y del Interior organizaron diversos talleres informativos sobre el proyecto de ley, los cuales, a juicio de la Corte, fueron adecuados a la finalidad perseguida, consistente en ofrecer un espacio de información y discusión preliminar en relación con el proyecto de ley. Cierto es que a través de dichos talleres se buscaba sentar las bases preparatorias a la discusión de fondo que se efectuaría en la Mesa Nacional de Concertación.

5. La Mesa Nacional de Concertación se llevó a cabo en dos oportunidades (septiembre de 1999 y febrero de 2000) sin poderse concretar acuerdo alguno respecto del fondo del asunto, dado que las reuniones se limitaron a la discusión sobre el procedimiento de la consulta a los pueblos indígenas y otros temas generales, tales como la seguridad de estos pueblos y las formas de discriminación de que eran objeto, lo cual no estaba previsto por las entidades del Gobierno, conforme al propósito de la discusión central, cual era el de concentrarse exclusivamente en la discusión del proyecto de ley relacionado con el Código de Minas.

6. En síntesis: antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, a lo largo de un periodo de más de un año el Gobierno Nacional fomentó diversos mecanismos de participación que se desarrollaron en diversas etapas, así: (i) divulgación del proyecto de ley, enviado por correo a las distintas organizaciones indígenas; (ii) ilustración y exposición detallada del articulado del proyecto ante las comunidades y discusión preliminar entre las entidades gubernamentales y estas últimas, a través de los talleres informativos previos, diseñados como mecanismos preparatorios para la Mesa Nacional de Concertación; (iii) organización y celebración -en dos oportunidades- de la Mesa Nacional de Concertación, donde no se llegó a acuerdo alguno, pero por causas no imputables al Gobierno, pues éste siempre demostró su voluntad de realizar la consulta y la concertación en torno al proyecto de ley.

Da fe de lo anterior, entre otras pruebas, el hecho de que el Ministerio de Minas en acta firmada el 3 de septiembre de 1999 se comprometiera a no radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República antes del 16 de septiembre, cuando se convocaría a una nueva reunión de concertación. Al punto de que el Ministerio no sólo obró conforme a su compromiso, sino que presentó el proyecto el día 13 de abril de 2000, luego de haber propiciado diversas oportunidades de participación indígena, en los cuales tampoco se pudo llegar a ningún acuerdo.

20. La circunstancia de no haberse llegado a un acuerdo con las comunidades indígenas y, a pesar de eso, haberse radicado el proyecto de ley en el Congreso, merece mayor atención por parte de esta Sala, teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales expuestos en páginas anteriores, tal como pasa a verse:

Se ha recabado en el hecho de que: (i) la participación indígena debe ser real y efectiva en relación con los asuntos que afectan a las comunidades, particularmente respecto de la explotación de recursos naturales yacentes en sus territorios; (ii) los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa; y (iii), dichos mecanismos, particularmente el derecho de consulta previa, deben desarrollarse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas.

Sin embargo, como ya se dijo, el derecho de consulta indígena no es absoluto, pues, si bien la Constitución ordena que se propicie la participación de las respectivas comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito sine qua non para radicar el proyecto del ley. A decir verdad, la irreductible exigencia de un tal acuerdo sólo haría nugatoria la iniciativa legislativa del Ejecutivo en la materia vista.

Conforme a lo anterior, por principio general el Gobierno está obligado a propiciar mecanismos efectivos y razonables de participación en los asuntos que afecten a las comunidades indígenas. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo con estas últimas, no tiene por qué frenarse el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como ocurre en el caso minero. Al respecto resulta ilustrativo el criterio expuesto por la Organización de Estados Americanos y la Universidad de Harvard, al referirse al Convenio 169 y a la Guía que para su aplicación fue elaborada por la OIT:

"Según esta explicación [Guía para la Aplicación del Convenio 169 de la OIT], las disposiciones señaladas implican que los gobiernos, desde un inicio, deben llevar un proceso de consulta cuyo objetivo es la concertación con los pueblos indígenas sobre las decisiones que los impactan directamente. Además, el proceso de consulta debe ser uno en el que los pueblos indígenas puedan participar y ejercer influencia en todas las fases de la toma de decisiones sobre proyectos relacionados con sus tierras, incluyendo las fases iniciales en las que se elaboran los proyectos. Según la Guía de la OIT, esto no quiere decir que los pueblos indígenas tienen el derecho a vetar las iniciativas de desarrollo impulsadas por el Estado, sino que el objetivo de la consulta deberá ser la concertación. Cuando la concertación no es posible, la decisión sobre el proyecto de desarrollo recae en el Estado; pero si el Estado decide ir en contra de la posición indígena, deberá justificar su decisión y establecer, entre otras cosas, que el proyecto no viole la integridad cultural indígena sino que, más bien, los beneficiará."30

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

Sumado a lo anterior, luego de esclarecerse el fracaso de las reuniones y la imposibilidad de

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

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

23. Por otra parte, debe señalarse que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe. Justamente es también éste un escenario de discusión y participación que campea en el marco de un Estado democrático, como el colombiano, en el que los pueblos indígenas pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos.

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

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

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

6. Examen de constitucionalidad de las normas demandadas

25. Luego de verificar que en el proceso general surtido para la composición y expedición del Código de Minas se respetó la participación indígena, procede la Corte a analizar la constitucionalidad de las normas impugnadas, las cuales se agruparán en ciertos casos de

acuerdo con la unidad temática que comparten en relación con los cargos de la demanda.

6.1 Artículos 2, 3 (parcial) y 11 (parcial) de la Ley 685 de 2001

26. Alega la demandante que las normas acusadas permiten que el Código de Minas, a pesar de ser una normatividad de inferior jerarquía, se aplique de manera preferente e incluso con prescindencia de las normas constitucionales que propenden por el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente la participación de estos últimos en los asuntos que los afecta, así como del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad.

27. Al respecto, la Corte considera que, tal como sucede en cualquier ordenamiento de codificación normativa en el que se regule de manera completa, ordenada y armónica una materia, el artículo 2 del Código Minero se limita a señalar su ámbito material, manifestando que éste "regula las relaciones jurídicas entre el Estado con los particulares y las de éstos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. Se excluyen la exploración y explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos que se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia."

28. En concordancia con la norma antes transcrita, el artículo 3° se refiere a las disposiciones constitucionales desarrolladas por el Código de Minas, consagrando que entre estas últimas se encuentran los artículos 25, 80, parágrafo del artículo 330 (siendo la inclusión de este precepto lo que se demanda), 332, 334, 360 y 361 de la Carta Política. A su vez, establece ciertas reglas relacionadas con la aplicación sistemática y armónica del Código frente a otras disposiciones, teniendo en cuenta el carácter especial y preferente de dicho ordenamiento.

29. Por su parte, el inciso demandado del artículo 11 establece que "el otorgamiento, vigencia y ejercicio del derecho a explorar y explotar los materiales de construcción de que trata este artículo, se regulan íntegramente por este Código y son de la competencia exclusiva de la autoridad minera."

30. Esta Corte ya se ha pronunciado sobre el asunto planteado, al decidir sobre una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión "y de aplicación preferente" contenida en el artículo 3° de la Ley 685 de 2001. En esa oportunidad, el demandante alegaba que dicha norma otorgaba una preponderancia desmedida al Código de Minas sobre todas las demás disposiciones, incluyendo la Constitución, permitiendo así que se desconocieran los preceptos superiores en materia de protección ambiental. Por ello, resultan plenamente aplicables las consideraciones allí expuestas, mutatis mutandis, en lo referente a la protección de los pueblos indígenas y su participación frente a la explotación de recursos mineros:

"El artículo 3 solamente establece el criterio de especialidad como una regla de aplicación dirigida a las autoridades judiciales y administrativas, para dirimir las posibles antinomias que se susciten con otras normas, además de las de carácter civil o comercial. En tal sentido el criterio lex especialis en la norma bajo estudio, establece que frente a conflictos jurídicos

que se presenten entre el Estado y los particulares, o entre los particulares entre sí, dentro de las materias reguladas por la ley 685 de 2001 (artículo 2), se debe realizar una interpretación restrictiva de las normas generales provenientes de otros cuerpos normativos, inclusive el ambiental, a favor de las normas del Código de Minas (ley 685 de 2001). Es un presupuesto equivocado el mencionado por el demandante y los intervinientes, de creer que las normas legales ambientales se respetan per se, aunque exista una norma posterior que derogue o inaplique las normas legales sobre medio ambiente.

Las leyes sobre medio ambiente se encuentran en la misma condición que la ley 685 de 2001. El criterio establecido en el artículo 3 únicamente traduce la exigencia de justicia contenida en el predicado suum cuique tribuere, que supone dar un tratamiento distinto (especial y preferente) a una categoría distinta (especial y preferente) de sujetos, en razón de las diferencias que presentan con respecto a la categoría general. El reconocimiento expreso de este principio en nada atenta contra normas de superior jerarquía como la Constitución, pues, precisamente, el parágrafo del artículo 3 demandado permite acudir a normas de integración del derecho y a los principios orientadores de la Constitución para resolver aquellas controversias que no puedan resolverse por el criterio de especialidad ante posibles deficiencias en la ley 685 de 2001.

El principio de especialidad se aplica entre normas de igual jerarquía, en este caso entre leyes y es claro que no se aplica a normas de distinta jerarquía, esto es, entre la Constitución y la Ley ya que en este evento se aplica la norma constitucional. Desde este punto de vista, la interpretación restrictiva o la inaplicación de normas ambientales en razón al criterio temporal y de especialidad que efectúa el Código de Minas, debe enmarcarse en las normas constitucionales protectoras del medio ambiente. Es decir, que si el constituyente de 1991 decidió que fuera el legislador el encargado de dictar disposiciones que regulan las relaciones que nacen de la actividad minera, también queda a cargo de éste el establecimiento de las normas que regulen la problemática ambiental en el campo de la minería, que en la ley 685 de 2001 se encuentra en el capítulo XX (artículos 194 a 216).”31

31. El hecho de que las normas demandadas no indiquen de manera expresa que las disposiciones constitucionales -incluyendo los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como es el caso del Convenio 169 de la OIT- se deben respetar en tratándose de asuntos mineros y de explotación de recursos naturales yacentes en territorios indígenas, en nada contradice la Carta Política, toda vez que la prevalencia del ordenamiento superior no requiere del reconocimiento legal expreso.

Lo contrario conduciría al absurdo de sostener que en cada norma de rango legal debe incorporarse expresamente el artículo 4 de la Carta Política, según el cual en caso de incompatibilidad entre esta última y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, también llamado principio de eficacia directa de la Constitución. Lo anterior no sólo contradice la lógica jurídica sino los más elementales principios de técnica legislativa.

32. No obstante lo dicho, para la Corte es indispensable advertir que el inciso tercero del artículo 11 de la Ley 685 de 2001 sólo podrá ostentar arraigo constitucional en el entendido de que el otorgamiento, vigencia y ejercicio del derecho a explorar y explotar los materiales

de construcción de que trata este artículo, se regulan íntegramente por el Código de Minas, en armonía con las disposiciones vigentes sobre derecho ambiental y sobre protección de los grupos étnicos, lo cual comporta la intangibilidad de las competencias asignadas a otras autoridades, incluida la ambiental.

Así pues, los artículos citados, en la forma vista, no vulneran la Constitución ni el Convenio 169 de la OIT, ya que no contradicen el principio según el cual en asuntos mineros se deben respetar no sólo la participación y la protección de los pueblos indígenas, sino todos los demás preceptos que integran el ordenamiento constitucional, dada la superioridad de estas últimas sobre las normas de rango ordinario.

33. Sumado a lo anterior, la demandante afirma que la expresión "del parágrafo del artículo 330" contenida en el artículo 3 de la Ley 685 de 2001 es inconstitucional pues con su inclusión el legislador pretendió suplir la falta de participación que sufrió el proceso de expedición el Código de Minas, siendo así una disposición puramente retórica.

Para rebatir este cargo, basta señalar que una norma que incorpora en su texto la aplicación de una disposición constitucional, si bien puede juzgarse como innecesaria, -lo cual no es competencia de la Corte hacerlo, pues constituye un juicio de conveniencia- en nada contradice la Carta Política sino, por el contrario, confirma su talante constitucional. En este caso, la norma demandada consagra que el Código de Minas desarrolla, entre otras disposiciones, el parágrafo del artículo 330 de la Constitución, lo cual significa que uno de los objetivos del Código es garantizar el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente su derecho fundamental de participar en los asuntos que los afecta, como es la explotación de recursos naturales yacentes en sus territorios. Además, como ya se dijo, las disposiciones constitucionales prevalecen sobre todas las demás normas de rango inferior sin que sea necesaria su consagración expresa, pues el carácter prevalente de la Carta Política no encuentra su fuente en el reconocimiento legal sino en el mismo texto constitucional (Art. 4).

34. Ahora bien, afirmar que dicha expresión normativa es inconstitucional por cuanto el legislador la incluyó como una forma de suplir una falencia en el proceso de expedición de la ley, es un juicio eminentemente político que impide ejercer el control de constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte, siendo este un examen que se fundamenta en la contradicción entre las normas legales impugnadas y la Carta Política, con prescindencia de parámetros que no sean estrictamente jurídicos.

Así las cosas, la Corte declarará exequibles los artículos 2, 3 (parcial) y 11 (parcial), con el condicionamiento establecido para éste, solamente por las razones aquí expuestas.

6.2 Artículo 5. Propiedad de los recursos mineros

35. Aduce la demandante que el artículo 5 del nuevo Código de Minas desconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales yacentes en sus territorios, al establecer que la propiedad de estos últimos es exclusivamente del Estado, "sin lugar a considerar que se surta el proceso de consulta y lograr el consentimiento de los pueblos indígenas afectados, antes de implementar proyectos mineros que los afecten."

36. La norma acusada hace alusión a la propiedad de los recursos mineros, señalando que estos últimos pertenecen de manera exclusiva al Estado, sin importar su clase, ubicación o estado físico natural y, sobre todo, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos sean de otras entidades públicas, de particulares, de comunidades o grupos.

Sin embargo, conviene advertir que el hecho de que los minerales sean propiedad del Estado no puede considerarse en perjuicio de los derechos de que gozan los sujetos a los que se refiere la norma (otras entidades públicas, particulares, comunidades o grupos) sobre los terrenos en donde yacen dichos recursos naturales. Es de notarse que entre los referidos sujetos se encuentran, aunque tácitamente, los pueblos indígenas, por lo que fácil es concluir que la norma acusada es garante del ejercicio de los derechos indígenas sobre sus territorios, destacándose entre ellos el derecho de consulta.

Así las cosas, la Corte encuentra ajustada a la Constitución dicha norma, toda vez que desarrolla el artículo 332 superior, según el cual "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," así como del artículo 58 ibídem, que protege los derechos adquiridos con arreglo a la ley. En efecto, además de garantizar el respeto de los derechos de propiedad, tenencia y posesión de otras entidades públicas, particulares, comunidades o grupos sobre los territorios, el segundo inciso de la disposición demandada consagra que "quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes."

37. En síntesis, la disposición acusada nada dice sobre los proyectos de minería a desarrollar en territorios indígenas, en cuyo caso, como se ha insistido, siempre se deberá respetar el derecho de participación de dichos pueblos. Es decir, a pesar de que los recursos minerales sean de propiedad del Estado, la norma acusada no excluye de ninguna manera la cabal aplicación del mandato contenido en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución, así como el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, que es del siguiente tenor:

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

Por el contrario, la disposición impugnada hace referencia a la regla general contenida en el artículo 332 de la Carta, que consagra la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables en cabeza del Estado pero respetando los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes, cuya protección encuentra asidero en el mismo canon constitucional y en el artículo 58 ibídem.

6.3 Artículo 6. Inalienabilidad e imprescriptibilidad

38. A juicio de la demandante, de conformidad con el artículo 6° del Código de Minas, el derecho a explorar y explotar los recursos naturales no renovables únicamente es posible si se suscribe un contrato de concesión, el cual se concede por parte del Estado sin consideración a la posesión milenaria de los recursos en cabeza de los indígenas, lo cual implica que no sea necesaria la consulta, sino simplemente formalizar el referido contrato, vulnerando así el derecho de participación de dichos pueblos.

39. La Corte observa que, así como lo hace el artículo 5° antes revisado, la norma acusada desarrolla el principio general según el cual la propiedad de los recursos naturales no renovables radica exclusivamente en el Estado, agregando que dicha propiedad es inalienable e imprescriptible. Ahora bien, la Corte encuentra que el carácter exclusivo, inalienable e imprescriptible de la propiedad estatal sobre los recursos mineros corresponde a la prevalencia del interés general allí comprometido, por ser la minería una actividad de utilidad pública e interés social (Código de Minas, artículo 13), así como a un claro mandato constitucional (art. 332), por lo cual la disposición impugnada no vulnera la Carta Política sino, como ya se expuso, la desarrolla.

40. En segundo lugar, en nada contradice la Constitución el hecho de que el legislador establezca ciertos requisitos para que otros sujetos distintos al Estado puedan ejercer el derecho a explorar y explotar dichos recursos naturales. En efecto, la norma dispone que el ejercicio de tales derechos está sujeta al otorgamiento de los títulos mineros a que alude el artículo 14 del Código,32 y establece además una clara regla proteccionista a favor de quienes pretenden adquirir dicho título, en el sentido de que ninguna actividad de prospección, exploración o explotación o de posesión material de recursos mineros, sea cual fuere su antigüedad, duración o características, conferirá derecho o prelación alguna para adquirir el título o para oponerse a propuestas de terceros.

En suma, el derecho a ejercer una actividad minera está sujeto a ciertas restricciones, en este caso la adquisición de un título minero, lo cual en principio se ajusta al ordenamiento constitucional, siempre y cuando se trate de una restricción razonable y proporcionada y con ella no se vulnere ningún otro derecho constitucional. Con todo, dicho requisito no es objeto de acusación, por lo cual la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre la constitucionalidad del mismo.

41. No le asiste razón a la demandante, entonces, cuando afirma que la disposición acusada abre la posibilidad de que el derecho a explorar y explotar recursos mineros se ejerza con prescindencia de la participación indígena, por cuanto la norma simplemente se refiere al requisito de obtener un título minero para poder desarrollar legalmente tales actividades. De ahí que no puede sostenerse, con razón, que la suscripción del contrato de concesión sea óbice para desconocer los derechos de los pueblos indígenas, particularmente su participación en materia de exploración y explotación de recursos yacentes en sus territorios, como se verá en su momento al analizar las normas relativas a la figura jurídica de la concesión minera aquí demandadas.

Por lo anterior, la norma acusada será declarada exequible, solamente por las razones aquí expuestas.

6.4 Literales f) y h) del artículo 35. Zonas mineras indígenas y mixtas

42. Según la demandante, la disposición parcialmente acusada vulnera el derecho de participación de los pueblos indígenas en la medida en que, haciendo una interpretación de los literales f) y h) del citado artículo, puede concluirse que los territorios indígenas que opten por obtener un título minero no se consideran zonas de minería restringida; en tal sentido, por el hecho de haber obtenido un título minero podrían libremente ser objeto de concesiones mineras, sin requerir que se surta la consulta en caso de existir otros proyectos en sus territorios.

43. En primer término conviene señalar que el ejercicio de la minería, como el de cualquier otra actividad en el marco de un Estado social de derecho, no es absoluto, ya que está limitado por otros derechos y principios constitucionales, lo cual explica que el legislador pueda establecer en desarrollo de la cláusula general de competencia diversos requisitos para llevar a cabo tal actividad de manera restringida. Así pues, no sólo es constitucional que se condicione la ejecución de trabajos mineros al otorgamiento de autorizaciones y licencias por parte de las autoridades competentes, sino también bajo ciertos métodos de ejecución (vgr. la extracción de minerales sin afectar los aprovechamientos económicos de la superficie) o en determinadas zonas que, por su valor arqueológico, histórico, cultural, social, étnico, biológico, etc., merecen una protección especial que justifica garantizar el ejercicio restringido de la minería.

44. Desde el punto de vista ambiental, por ejemplo, la Corte sostuvo que el "artículo 35 objeto de análisis es una norma general permisiva, que permite (sic) la exploración y explotación minera pero con limitaciones o restricciones. Pretende recoger las normas constitucionales explicadas en la primera parte de esta sentencia, que limitan la actividad minera al bien común, al plan de desarrollo, al derecho a un medio ambiente sano y la protección de biodiversidad en general."33

Tales consideraciones son aplicables en materia de protección a los grupos étnicos, en cuyos territorios la ley permite la realización de trabajos de exploración y explotación de minas pero con las restricciones que se analizarán posteriormente.

En este sentido es necesario recordar que, de conformidad con el artículo 122 de la Ley 685 de 2001, la autoridad minera es competente para señalar y delimitar las zonas mineras indígenas, disposición que la Corte consideró exequible mediante sentencia C-418 de 2002, "bajo el entendido que (sic) en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del artículo 330 de la Constitución y al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991."

45. Por su parte, el artículo parcialmente demandado permite que se desarrollen trabajos y obras de exploración y explotación de minas en las zonas constituidas como zonas mineras indígenas (literal f) o zonas mineras mixtas (literal h), compuestas por comunidades negras e indígenas, siempre y cuando se verifique la siguiente condición: que las correspondientes autoridades comunitarias, en uno y otro caso, no hubieren ejercitado, dentro del plazo que se les señale, su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV del Código de Minas.

Es decir, con especial referencia a los artículos 124 (derecho de prelación de grupos indígenas) y 275 (comunicación de la propuesta) del Código Minero, las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia. Donde, en el evento de invocar a su favor el ejercicio efectivo de esta prerrogativa, el Estado debe realizar las correspondientes acciones positivas, incluidas las económicas, para hacer realidad la explotación minera por parte de los propios grupos indígenas en los casos previstos por la ley. Así, los literales f) y h) del artículo 35 demandado deberán entenderse bajo el anterior condicionamiento.

46. Con fundamento en todo lo anterior, la Corte no encuentra vulneración a la Constitución en la opción de explorar y explotar recursos en las llamadas zonas mineras indígenas y mixtas, pues, tal como se precisó en la sentencia C-418/02, deben armonizarse los intereses generales del Estado, titular del subsuelo y propietario de los recursos que se encuentren en él, con los intereses de las comunidades indígenas, que también son generales en la medida en que la Constitución reconoce y protege el multiculturalismo, como expresión del pluralismo étnico. Por ello, para resolver la tensión entre ambos intereses genuinamente protegidos por la Constitución, es necesario que se permita ejecutar dichas labores de exploración y explotación minera por parte de sujetos ajenos a las comunidades indígenas, negras o mixtas, pero respetando ciertas restricciones que garanticen la integridad cultural, social y económica de las comunidades y, particularmente, su derecho a participar en tales procesos de explotación de recursos mineros en sus territorios.

El criterio antes expuesto se constata en la disposición acusada, en la forma vista, pues si bien está permitido efectuar trabajos de exploración y explotación en zonas mineras indígenas y mixtas, las respectivas comunidades gozan de un derecho preferencial para hacerlo, previa obtención del título minero correspondiente dentro de un plazo señalado, que en todo caso deber ser razonable y debe atender a las circunstancias específicas en que se encuentran las diversas comunidades. Lo anterior significa que prevalece su derecho a explorar y explotar minas, si así lo desean, en la zona delimitada por la autoridad minera (delimitación que, como se vio, obedece a un proceso previo en el que se debe garantizar la participación de las comunidades indígenas).

47. Sin embargo, ¿qué sucede cuando las autoridades comunitarias, ya sea en el marco de las zonas mineras indígenas o las mixtas, deciden no ejercer su derecho preferencial o lo hacen por fuera del término estipulado? Para responder el anterior interrogante, siendo que la norma guarda silencio al respecto, se debe tener presente el objetivo de garantizar el derecho de los grupos étnicos a ejercer y preservar su autonomía e integridad, toda vez que la efectividad de ese derecho no puede estar supeditada a que dichos pueblos posean o no un título minero.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que las normas acusadas no son contrarias al principio según el cual se debe permitir la exploración y explotación a quien legítimamente ostente el título minero, pero sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de los grupos étnicos, en especial garantizando la participación de dichos pueblos durante la etapa previa, la ejecución y seguimiento de tales actividades.

48. En conclusión, por las razones aquí planteadas se declarará la exequibilidad de la expresión “siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código” contenida en el literal f) y el literal h) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia.

6.5. Artículo 37. Prohibición legal

49. La demandante sostiene que este precepto es inconstitucional ya que impide que las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas puedan establecer que sus territorios o parte de éstos sean excluidos de la actividad minera, vulnerando el carácter pluricultural de la Nación colombiana y la autonomía de dichas autoridades.

La norma acusada es del siguiente tenor:

“Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería.”

De conformidad con el citado texto legal, la decisión de establecer zonas excluidas de la minería compete exclusivamente a las autoridades ambiental y minera (artículos 34 y 35, en concordancia con el artículo 122 del Código),34 labor ésta que se enmarca en el ámbito de sus funciones constitucionales y legales. Al respecto, ya la Corte se pronunció en la sentencia C-418/02 sobre la constitucionalidad del artículo 122 ibídem, según el cual es la autoridad minera la encargada de señalar y delimitar, dentro de los territorios indígenas, las zonas mineras indígenas, en la inteligencia de que se deberá respetar la participación de las comunidades en dicha labor de identificación de las respectivas zonas.

50. Así pues, es claro que las autoridades indígenas no están privadas del derecho a intervenir en una decisión para ellos trascendental, como es la de definir las zonas mineras indígenas, tal como se puntualizó en la referida sentencia. Además, al hacer una lectura sistemática del Código de Minas se encuentra que las autoridades indígenas son competentes para señalar, “dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborigen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres,” según lo dispone el artículo 127 de dicho ordenamiento. La anterior prerrogativa halla su justificación en el arraigado vínculo existente entre los pueblos indígenas y sus territorios, del cual se deriva consecuentemente la autonomía de que gozan en relación con tales asuntos.

Son suficientes estas consideraciones para declarar la constitucionalidad del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, interpretado en armonía con los preceptos constitucionales relacionados

con la especial protección de que gozan los pueblos indígenas en tratándose de la explotación de recursos naturales yacentes en sus territorios, así como con la protección al medio ambiente, y respetando la intervención de las autoridades que cuidan de estos intereses.

6.6. Artículo 39. Prospección de minas

51. Manifiesta la demandante que el artículo 39 del Código de Minas vulnera los derechos de participación -en general- y de consulta -en particular- de los pueblos indígenas, por cuanto sus territorios podrían llegar a considerarse, al tenor de la norma acusada, "terrenos de propiedad particular, donde la prospección es libre y sólo se requiere dar aviso previo al dueño", sin necesidad de intentar llegar a un acuerdo con dichos pueblos.

52. La Corte considera que la demandante deduce equivocadamente que los territorios indígenas que no hayan sido definidos como zonas de minería indígena pueden llegar a considerarse como terrenos de propiedad particular, sobre los cuales la prospección es totalmente libre (por cuanto sólo se exige el aviso previo al dueño), pudiéndose evitar de esa forma la consulta a los pueblos indígenas. Sin embargo, no encuentra mayor fundamento tal razonamiento pues la norma acusada garantiza el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en materia de prospección de minas, ya que cuando el interesado pretenda desarrollar obras de prospección sobre los referidos terrenos, deberá consultar previamente a las comunidades indígenas, que no simplemente avisarles, con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento al respecto.

En efecto, la norma se refiere al libre ejercicio de la prospección, salvo en los "territorios definidos para minorías étnicas tal y como lo contempla el Capítulo XIV de este Código." Es decir, no alude de manera restringida a las zonas mineras indígenas de que trata el artículo 122 ibídem, como parece entenderlo la demandante, sino al concepto amplio de territorios indígenas consagrado en el artículo 123, el cual abarca a las primeras. Para confirmar lo anterior, vale la pena citar este último precepto: "Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o constituyan."

53. Una simple lectura de la disposición demandada permite deducir que ésta busca preservar la integridad étnica de los pueblos indígenas cuando se desarrollan trabajos de prospección de minas en el territorio nacional. Al disponer que "la prospección de minas es libre, excepto en los territorios definidos para minorías étnicas, tal como lo contempla el Capítulo XIV de este Código (…)", la norma acusada armoniza con la especial protección de que gozan los pueblos indígenas en la Constitución de 1991 y con la autonomía que ostentan en relación con sus territorios. Se colige de lo anterior que no merece ningún reproche constitucional la disposición bajo estudio cuando limita el libre ejercicio de la prospección de minas en el sentido expuesto, ya que constituye una restricción adecuada al fin constitucional perseguido, cual es el de proteger los territorios indígenas y, por tanto, la integridad cultural, social y económica de los referidos pueblos.

En este orden de ideas, la norma acusada es claramente constitucional, en tanto exige que la prospección de minas sobre territorios definidos para minorías étnicas se encuentra

restringida, toda vez que ello significa que en esos terrenos se deben reivindicar de manera especial los derechos de los pueblos indígenas, particularmente el de participar en materia de explotación de recursos naturales.

Por todo lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 39 de la Ley 685 de 2001, solamente por las razones aquí señaladas.

6.7. Artículos 48, 58 y 59. Contratos de concesión minera

54. Afirma la demandante que las disposiciones acusadas, que hacen referencia a los contratos de concesión minera, vulneran el derecho de consulta de los pueblos indígenas, así: el artículo 48, por cuanto "el concesionario de minas no requiere para adelantar sus trabajos sino de los requisitos, autorizaciones y permisos señalados expresamente en el Código de Minas, sin necesidad de consultar a los pueblos indígenas;" el artículo 58, toda vez que faculta al concesionario para "adelantar estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de minerales, sin necesidad de consultar de forma previa a los pueblos indígenas", cuando los derechos de concesión recaen sobre territorios indígenas; y el artículo 59, ya que si las autoridades no solicitan "requisitos adicionales a los señalados en el Código Minero que condicionen, demoren o hagan más gravoso su cumplimiento, éstas tendrían que proceder de forma sumaria, sin surtir el proceso de consulta de los pueblos indígenas cuando la concesión se adelante en sus territorios".

55. Las normas demandadas están contenidas en el Capítulo V de la Ley 685 de 2001, que regula lo atinente al contrato de concesión minera, instrumento jurídico necesario para poder constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, al tenor del artículo 14 ibídem.

Para rebatir el cargo elevado contra las disposiciones objeto de revisión, basta realizar una lectura sistemática del Código Minero, de la cual se concluye que se garantiza plenamente el derecho de consulta a los pueblos indígenas cuando se celebra y ejecuta un contrato de concesión minera. En efecto, el artículo 121 del mismo código propende por la protección de la integridad cultural de los pueblos indígenas mientras se ejecuta el referido contrato, al precisar que "(t)odo explorador o explotador de minas está en la obligación de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes real y tradicionalmente del área objeto de las concesiones o de títulos de propiedad privada del subsuelo."

Por su parte, el inciso 2° del artículo 122 ibídem, al referirse de manera particular a las zonas mineras indígenas, consagra que "Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código."

Así pues, si bien el artículo 48 contempla un beneficio a favor del concesionario de minas, según el cual "para proyectar, preparar y ejecutar sus estudios, trabajos y obras, no requerirá licencias, permisos o autorizaciones distintas de las relacionadas en este Código o en las disposiciones legales a que éste haga remisión expresa, sin perjuicio de la competencia de la autoridad ambiental", no significa que pueda hacerlo en desmedro de la

consulta previa y obligatoria a los pueblos indígenas que debe surtirse antes de celebrar el contrato, así como durante su fase de ejecución y seguimiento, de conformidad con lo estipulado en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución y los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT.

57. Estas consideraciones son igualmente aplicables en relación con el artículo 58, pues los derechos de que goza el concesionario se conceden a través del respectivo contrato sin perjuicio del respeto por los derechos constitucional y legalmente reconocidos a favor de los pueblos indígenas, entre los cuales se incluye la consulta previa. De este modo, los derechos de exploración y explotación a que alude la norma implican el correlativo respeto a la integridad cultural, económica y social de los pueblos indígenas, sin necesidad de que la norma así lo estipule, en razón de la fuerza vinculante de las reglas constitucionales.

58. Por último, el artículo 59 impone al concesionario cumplir con las obligaciones de carácter legal, técnico, operativo y ambiental en el ejercicio de su derecho concesionario. Al igual que las anteriores disposiciones, ésta guarda silencio sobre el deber de consultar a las comunidades indígenas al ejercer los derechos derivados del contrato de concesión. Sin embargo, para la Corte es clara su adecuación a las normas superiores, por las siguientes razones: (i) el requisito de consultar a los pueblos indígenas se entiende incorporado dentro de la categoría “legales” a que se refiere la norma; (ii) este precepto debe interpretarse en armonía con los artículos 121 y 122 del Código que, como se vio, destacan el respeto por los derechos de los pueblos indígenas, incluido el de consulta; y (iii) el requisito constitucional de efectuar la consulta no debe consignarse en todas y cada una de las normas legales que versen de manera directa o indirecta sobre la explotación de recursos naturales yacentes en los territorios indígenas, salvo que su no inclusión conduzca indefectiblemente a la conclusión de que la norma legal vulnera el parágrafo del artículo 330 u otro canon constitucional, tal como lo precisó la Corte en sentencia C-418 de 2002 al declarar la exequibilidad condicionada del primer inciso del artículo 122 del Código de Minas.

Sostener lo contrario, en relación con la última de estas razones, conduciría al absurdo de que se tuviera que incluir en los diversos ordenamientos legales, sin importar su materia, la lista de mandatos constitucionales aplicables en cada caso concreto (v.gr. acatar la Constitución y la ley, respetar y obedecer a las autoridades, proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, respetar la vida ajena, no discriminar a ninguna persona, ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe, etc.) Por supuesto, tal interpretación desvirtúa los más claros principios de la hermenéutica, la teoría jurídica y la técnica legislativa, entre otros.

59. Asimismo debe observarse que los artículos 48, 58 y 59 del Código Minero se refieren al contrato de concesión minera sin hacer alusión expresa a los territorios donde existen grupos étnicos, pues debe entenderse que si éstos existen se debe adicionalmente tener en cuenta las condiciones y requisitos establecidos en las normas que integran el capítulo XIV ibídem, en armonía con la interpretación que de las mismas ha hecho esta Corporación.

Por todo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de las normas acusadas, por las razones aquí señaladas.

6.8. Artículos 121 a 128. Grupos étnicos

60. Bajo el acápite de derecho al debido proceso la actora demanda los artículos que más adelante se relacionan, afirmando primeramente que no es suficiente con que el nuevo Código Minero conserve el capítulo relacionado con los indígenas del anterior Estatuto, ya que su inclusión en el nuevo ordenamiento minero debió hacerse respetando el derecho fundamental de consulta de los pueblos indígenas. Donde al respecto aparece claro que los ministerios de Minas y del Interior desconocieron ese derecho, el cual debe concretarse en forma previa, de buena fe y garantizando el derecho a la participación real de las comunidades indígenas.

En su orden registra y acusa la demandante las siguientes disposiciones del nuevo Código Minero:

"CAPITULO XIV

Grupos étnicos

"Artículo 121. Integridad Cultural. Todo explorador o explotador de minas está en la obligación de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes real y tradicionalmente del área objeto de las concesiones o de títulos de propiedad privada del subsuelo".

"Artículo 122. Zonas Mineras Indígenas. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.

"Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código".

"Artículo 123. Territorio y Comunidad Indígenas. Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o constituyan".

"Artículo 124. Derecho de prelación de grupos indígenas. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales".

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

caso”.

“Artículo 126. Acuerdos con terceros. Las comunidades o grupos indígenas que gocen de una concesión dentro de la zona minera indígena, podrán contratar la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes, con personas ajenas a ellos”.

“Artículo 127. Areas indígenas restringidas. La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborigen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres”.

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

61. Las anteriores normas sobresalen precisamente por su carácter garantista y protector de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos que ocupen real y tradicionalmente las zonas mineras indígenas, destacándose nítidamente la previa participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas frente a todas las propuestas de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las mencionadas zonas, sin perjuicio de la prelación que tales comunidades y grupos indígenas tienen para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en la respectiva zona minera indígena. Concesión que con especial sentido teleológico se debe otorgar a solicitud de la comunidad o grupo indígena y a favor de ésta y no de las personas que la integran, es decir, con un indiscutible carácter colectivo. Respetándose al efecto la autonomía que la autoridad indígena regente ejerza sobre la forma en que los individuos participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones para sus sustitución dentro de la misma comunidad, con la sana advertencia de que dicha concesión no será transferible en ningún caso.

Conviene resaltar que se reivindica el derecho al trabajo de las comunidades indígenas al amparo del artículo 128, según el cual, en caso de que personas ajenas a la comunidad o grupo indígena obtengan título para explorar y explotar dentro de las zonas mineras legalmente delimitadas, deberán vincular preferentemente a dicha comunidad o grupo a sus trabajos y obras, dándole a sus miembros la capacitación para hacer efectiva esa preferencia.

62. Pues bien, al amparo de las anteriores consideraciones las prenotadas disposiciones legales no ofrecen duda alguna en torno a su constitucionalidad, máxime si se recuerda que el proceso de concertación previa al nuevo Código Minero se vio frustrado por razones ajenas a la voluntad del Gobierno Nacional. Es un hecho que el Gobierno actuó con especial vocación de cumplimiento hacia el parágrafo del artículo 330 superior, y por tanto, hacia la materialización del debido proceso que reclama la actora. Más aún, en gracia de discusión convendría preguntarse: ¿qué nivel de disentimiento podrían esgrimir los pueblos indígenas

para con unas normas, que como las vistas, tienden básicamente hacia la salvaguarda de sus propios intereses y derechos? Igualmente, ¿qué favor se le haría a los pueblos indígenas declarando la inexequibilidad -que no cabe- de los anteriores artículos, dejando jurídicamente inermes sus valores culturales, sociales y económicos en la órbita de la exploración y explotación de minas? El principio constitucional de la prevalencia de lo sustancial sobre las ritualidades debe aquí salir por sus fueros en provecho de las comunidades y grupos indígenas asentados en los territorios mineros, así como de los grupos indígenas que moran dentro de un territorio aún cuando su hábitat implique un desplazamiento permanente dentro de la zona minera.

Es de registrar, además, que la redacción de las disposiciones antes revisadas no difieren en lo sustancial de aquellas que regían al amparo del Código Minero derogado, las cuales fueron elaboradas conjuntamente entre el Gobierno y las comunidades indígenas durante el proceso de expedición del mencionado ordenamiento, en el marco del llamado "Acuerdo de Melgar."

Por todo lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de los artículos 121, 122, 123, 124, 125, 126 y 128 de la Ley 685 de 2001, solamente por las razones aquí expuestas.

63. Ahora bien, resulta necesario consignar unas apreciaciones en relación con el artículo 127 objeto de censura, según el cual, dado el especial significado cultural, social y económico que para la comunidad puedan tener algunos lugares comprendidos dentro de las zonas mineras indígenas, la autoridad indígena podrá señalar, dentro de las mismas, las áreas que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras.

Cierto es que debe armonizarse el interés general implícito en la actividad minera con el interés de la comunidad indígena en que sean sus propias autoridades las que señalen las áreas que deben comprenderse restringidas a la minería, siendo esto último también de interés general como manifestación del pluralismo étnico que protege la Constitución. Así, a fin de resolver la posible tensión entre ambos intereses, la Corte considera que las autoridades indígenas pueden señalar las mencionadas áreas restringidas a más tardar en el momento en que la autoridad minera delimita la zona minera indígena que, como se ha visto, se desarrolla en el marco de un proceso de consulta. Al respecto cabe recordar que al tenor del artículo 122 de la Ley 685 de 2001, la autoridad minera es competente para señalar y delimitar las zonas mineras indígenas pero para en el cumplimiento de dicha función debe dar cumplimiento al parágrafo del artículo 330 de la Constitución y al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, en términos de la sentencia C-418 de 2002.

Por tanto, se declarará la exequibilidad del artículo 127 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que el señalamiento de que trata este artículo deberá hacerse a más tardar dentro del proceso de consulta establecido en el artículo 122 de esta ley, en términos de la sentencia C-418 de 2002.

6.9. Artículo 261. Procedimiento sumario

64. Considera la demandante que al estatuir un procedimiento sumario en materia minera, la disposición acusada impide la consulta a las comunidades indígenas mediante procedimientos apropiados que se efectúen a través de sus instituciones representativas, de

forma previa e informada, teniendo en cuenta una duración adecuada para que puedan llevar a cabo sus procesos de participación y decisión efectiva.

65. El artículo 261 del Código de Minas está contenido en el Título Séptimo del mismo, referente a “aspectos procedimentales” y regula lo atinente al procedimiento gubernativo previo a la celebración del contrato de concesión minera. Aquella disposición es del siguiente tenor:

“El procedimiento gubernativo se forma por el acopio ordenado y consecutivo de las peticiones, documentos y diligencias estrictamente necesarias para sustentar y motivar las resoluciones que hayan de tomarse. No habrá más notificaciones y comunicaciones que las expresamente previstas en las leyes. Se rechazarán y devolverán de plano las piezas impertinentes o inocuas, que presenten el interesado o terceros.”

Al establecer un procedimiento gubernativo sumario, el legislador busca conferir cierto grado de celeridad, eficacia e informalidad a los trámites y requisitos exigidos para ejercer la actividad minera, sin que lo anterior implique per se una forma de violación a los derechos de los pueblos indígenas o de cualquier otro sujeto que se considere afectado con un eventual proceso de exploración y explotación minera.

Por el contrario, el que sea sumario se ajusta a los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución, toda vez que impone a las autoridades competentes, especialmente a la minera, el deber de adecuar sus actuaciones a dichos principios, sin perjuicio de que se requiera consultar a los pueblos indígenas, con sujeción a los criterios ampliamente expuestos a lo largo de esta sentencia.

Cabe recordar el alcance de los principios constitucionales que rigen la función administrativa, tema sobre el cual la Corte ha manifestado:

“El artículo 209 de la Constitución declara que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en varios principios, de los cuales cabe ahora destacar los de igualdad, eficacia y celeridad. El primero implica la exigencia constitucional de que la gestión de la Administración Pública no establezca distinciones injustificadas entre los administrados y obre respecto de ellos y de sus intereses guardando equilibrio, de modo que garantice a todos, en condiciones adecuadas a sus circunstancias, el acceso a ella y a sus funcionarios y la misma importancia en cuanto al disfrute de los beneficios que genera la actividad estatal. El segundo impone el logro de resultados mínimos en relación con las responsabilidades confiadas a los organismos estatales, con miras a la efectividad de los derechos colectivos e individuales. El tercero comporta la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos con prontitud, asegurando que el efecto de su gestión se proyecte oportunamente en la atención de las necesidades y aspiraciones de sus destinatarios.”35 (Subrayado fuera del texto)

66. Además, se debe tener en cuenta que el mismo Código, en diversas disposiciones consagra mecanismos que permiten la intervención de los pueblos indígenas y demás sujetos que se consideren afectados con los contratos de concesión minera, tal como ocurre con el artículo 259 del Código, que expresa:

“En los casos en que dentro del procedimiento que antecede al contrato de concesión deba oírse previamente a terceros, a representantes de la comunidad y a grupos o estamentos sociales, se buscará que estos reciban real y efectivamente, por los medios apropiados, el llamamiento o comunicación de comparecencia dentro de los términos señalados en la ley.”

La demandante confunde el carácter sumario del procedimiento gubernativo con un inexistente carácter sumario de la consulta, lo cual es contrario al sentido obvio de la disposición acusada, siendo que lo primero no es excluyente de que se efectúe la consulta a los pueblos indígenas bajo los criterios expuestos en esta sentencia, según los cuales ésta debe ser previa e informada y desarrollarse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento con los referidos pueblos.

67. Por último, conviene recalcar que si en la práctica se llegan a presentar casos en que se prescinda de la consulta indígena o se vulnere algún derecho de los pueblos indígenas por parte de las autoridades competentes o los particulares, no es la demanda de inconstitucionalidad la vía expedita para buscar la protección de tales derechos, como pretende la demandante, pues para el efecto cuentan con otros mecanismos de defensa. Al respecto esta Corporación ha reiterado que “el control de constitucionalidad de las leyes que ejerce la Corte es un juicio abstracto mediante el cual se confronta la norma demandada con la Constitución Política, razón por la cual desborda las funciones de esta Corporación retirar una disposición del ordenamiento positivo con fundamento en una mera hipótesis de aplicación de la misma.”36

6.10. Artículo 267

68. La demandante no expuso en qué medida el artículo 267 de la Ley 685 de 2001 vulnera algún canon constitucional, limitándose a incluir esta norma entre el listado de disposiciones acusadas, razón por la cual la Corte se abstiene de pronunciarse sobre su constitucionalidad, y así lo declarará en la parte resolutiva del fallo.

6.11. Artículos 271, 275 y 332

69. Retomando los argumentos ya expuestos en relación con los artículos 121 a 128 del Código Minero, prosigue la actora impugnando los artículos 271, 275 y 332 ibídem. Enfatizando que, en su opinión, estas normas aluden a los grupos étnicos y comunidades con prescindencia de la consulta a los mismos.

70. El artículo 271 establece:

“Requisitos de la propuesta. La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:

“a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;

“b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;

“c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;

“d) La mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;

“e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35;

“f) El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;

“g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código.

“La propuesta deberá verterse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente”.

La demandante puntualiza su censura contra el segmento subrayado, alegando que con tal disposición se desconoce el derecho de consulta y la oportunidad procesal que para controvertir le corresponde a los pueblos desplazados, a los nómadas y a los que por cualquier circunstancia se considere que no tienen un asentamiento permanente.

71. El literal d) del artículo 271 -dentro del cual se halla la locución glosada- le exige a quien presenta la propuesta para contratar, hacer mención expresa de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas. Lo cual indica claramente que el legislador quiso justamente proteger los asentamientos permanentes de los grupos étnicos, protección que se hace extensiva a los grupos indígenas que vivan dentro de un territorio aún cuando su hábitat implique un desplazamiento permanente dentro de la zona minera. Ciertamente, no pueden quedar excluidos de la aplicación de este precepto aquellas comunidades que, dentro de un mismo territorio, se desplazan temporalmente con el objeto de permitir a la tierra de cultivo recuperarse, a la cual retornarán una vez ésto haya sucedido.

72. Por lo mismo, para efectos del literal en comento la expresión “con asentamiento permanente” debe entenderse con un sentido sociológico; esto es, comprendiendo tanto a los grupos étnicos que históricamente han tenido y tienen arraigo físico en un lugar determinado, como a los grupos étnicos que tuvieron dicho arraigo, pero que actualmente, y por diferentes motivos, son víctimas del desplazamiento forzado y excluyente. Siendo evidente que en estas dos hipótesis se trata de grupos humanos íntimamente ligados a la tierra donde viven o vivieron, donde nacieron y quieren enterrar sus muertos, de la cual emana su razón de ser cultural, espiritual y de supervivencia misma, en fin, donde dormita el

germen de toda su materialidad y espiritualidad humanística. Por ende, es ésta la inteligencia con que debe asumirse el literal d) del artículo 271 del Código Minero, en orden al reconocimiento de su constitucionalidad, tal como en efecto se declarará en la parte dispositiva del fallo.

73. El artículo 275 del Estatuto Minero prescribe:

"Comunicación de la propuesta. Si la propuesta no ha sido objetada por la autoridad minera, en un término que no supere los quince días contados a partir de la presentación de la misma, dentro de los cinco (5) días siguientes, se comunicará, por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos ocupantes del área. La comunicación a los grupos étnicos tendrá por objeto notificarlos con el fin de que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación, si el área estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas".

Frente a este artículo la actora aduce que en ninguna de sus partes se plantea la posibilidad de que los pueblos indígenas expresen su decisión en relación con la ejecución o no ejecución de proyectos de explotación minera, soslayándose también la circunstancia de que hay reconocimiento legal sobre la propiedad colectiva de los territorios indígenas en cabeza de las comunidades indígenas. Que además se omite la obligación de realizar la consulta previa, limitando la participación a la simple información para hacer uso del derecho de preferencia, con violación del Convenio 169 de la OIT, y por tanto de los artículos 7, 8, 93 y 330 parágrafo de la Constitución. Asimismo arguye la demandante que en lo atinente a propuestas sobre contratos mineros en trámite se estableció un término muy corto para la notificación a los indígenas y para la subsiguiente oportunidad de respuesta por parte de éstos en torno a la eventual explotación de recursos naturales enclavados en sus tierras, desestimando al propio tiempo el hecho de que los pueblos "ocupantes del área" habitan zonas de difícil acceso, a las que se llega tras varios días o semanas de caminar atravesando selvas, ríos, montañas, con el fin de comunicarle a las autoridades tradicionales que sus pueblos tienen la oportunidad de acoger el modelo de desarrollo blanco, so pena de que el Estado colombiano conceda un contrato al que efectuó la propuesta de contrato minero.

74. Al respecto la Sala observa que de entrada la demandante desconoce abiertamente las diligencias que el Gobierno Nacional realizó para proveer a la consulta previa que asiste a los pueblos indignas en torno a la legislación que los pueda afectar, y que para el caso del nuevo Código de Minas, si bien se vio frustrada la pretendida concertación, no fue precisamente por motivos atribuibles al Ejecutivo. Asimismo, la actora olvida que el artículo 275 del Código de Minas no se puede interpretar ni aplicar de manera aislada, dado que, en términos de los artículos 122, 124 y 127 ibídem, en tratándose de la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros, el señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas por parte de las autoridades mineras debe ajustarse a las disposiciones sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. Siendo imperativo también que toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas, sin perjuicio de la prelación que obra a su favor para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. A lo cual se suma la especial

competencia que tiene la autoridad indígena para señalar,

"(...) dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborigen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres". (art. 127 ejúsdem).

75. Es decir, la intervención de los grupos y comunidades indígenas en las decisiones que los afectan dentro de la esfera minera, ha quedado bien guarnecida al tenor de los precitados artículos, que según se aprecia, no le hacen la menor concesión a las decisiones discrecionales de las autoridades mineras. Mejor aún, nótese cómo dentro de una preceptiva reglada se le reconoce a las autoridades indígenas la competencia para establecer de manera autónoma áreas indígenas restringidas, esto es, espacios geográficos que a pesar de constituir parte integral de una zona minera indígena, se estiman excluidos de exploraciones o explotaciones mineras en virtud de la voluntad indígena expresada a través de su autoridad representativa. Y claro, bajo los supuestos que el mismo artículo 127 prevé. Advirtiendo a la vez que la propiedad colectiva de los indígenas sobre sus territorios debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 332 superior, que reza:

"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".

76. Ahora bien, el carácter publicista del artículo 275 precisamente está salvaguardándole a los grupos étnicos la opción de invocar y hacer valer el derecho de preferencia que les asiste con apoyo en el artículo 124 ibídem, previo el cumplimiento de las prerrogativas y derechos indígenas, condiciones, requisitos y trámites contemplados en los artículos 121 a 129 del mismo Código. Siendo entendido que el Ministerio del Interior deberá agotar todos los medios legales pertinentes para notificarle efectivamente a los representantes de los grupos étnicos la propuesta de contrato de concesión, en orden a que éstos tengan la oportunidad real de pronunciarse sobre el susodicho derecho de preferencia.

Pero hay más: antes de que comiencen a correr los 30 días de que trata el artículo 275, el Gobierno deberá entregarle a los grupos étnicos información satisfactoria sobre la propuesta de contrato de concesión, a fin de que éstos puedan debatir y decidir sobre el asunto. A su vez el Gobierno debe explicarles la forma en que pueden participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, advirtiéndoles sobre las alternativas de explotación que tienen las comunidades étnicas, las cuales implican una acción positiva del Estado, incluso de carácter económico (v.gr. créditos de fomento, asistencia técnica, capacitación administrativa y de mercadeo), con el objeto de hacer efectivo el derecho de preferencia de los grupos étnicos. Por tanto, sólo bajo este condicionamiento la Corte encuentra constitucional el precepto acusado.

Ha de resaltarse que, de conformidad con el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT:

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

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

77. En lo que hace al artículo 332 del Código de Minas se lee:

“Artículo 332. Actos sujetos a registro. Únicamente se inscribirán en el Registro Minero los siguientes actos:

a) Contratos de concesión;

b) Contrato de exploración y explotación celebrados sobre zonas de reserva, zonas mineras indígenas, zonas mineras de comunidades negras y zonas mixtas;

c) Títulos de propiedad privada del subsuelo minero;

d) Cesión de títulos mineros;

e) Gravámenes de cualquier clase que afecten el derecho a explorar y explotar o la producción futura de los minerales “in situ”;

f) Embargos sobre el derecho a explorar y explotar emanado de títulos mineros;

g) Zonas de reserva provisional y de seguridad nacional;

h) Autorizaciones temporales para vías públicas;

i) Zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas”.

78. La naturaleza ulterior y meramente instrumental de la actividad contemplada en este artículo, no admite el menor asomo de duda frente a su utilidad administrativa y a su linaje constitucional. En efecto, con el objeto de hacerlos oponibles ante terceros, la norma señala taxativamente los únicos actos susceptibles de inscripción en el Registro Minero, contándose entre los mismos: a) los contratos de concesión e, i) las zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas. Que en opinión de la actora resultan contrarios al orden constitucional, en tanto se ha omitido cualquier alusión a la consulta previa que se debe hacer a las comunidades indígenas.

Dada la reiteración expositiva que ostenta el cargo, sea del caso retomar los argumentos ya expuestos en torno a la problemática de la consulta previa para declarar, como en efecto se hará, la constitucionalidad de los literales a) e i) del artículo 332 del Código Minero, por las razones aquí expuestas.

I. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 2 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

SEGUNDO. Declarar EXEQUIBLE la expresión “del parágrafo del artículo 330”, contenida en el artículo 3 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

TERCERO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 5 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

CUARTO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 6 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

QUINTO. Declarar EXEQUIBLE el inciso tercero del artículo 11 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido de que sus reglas se aplican en armonía con las disposiciones vigentes sobre derecho ambiental y sobre protección de los grupos étnicos.

SEXTO. Declarar EXEQUIBLES, únicamente por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión “siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código;” contenida en el literal f) y el literal h) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia.

SEPTIMO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

OCTAVO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 39 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

NOVENO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 48 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

DECIMO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 58 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos

analizados en esta sentencia.

DECIMO PRIMERO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 59 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

DECIMO SEGUNDO. Declarar EXEQUIBLES los artículos 121, 122, 123, 124, 125, 126 y 128 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

DECIMO TERCERO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 127 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que el señalamiento de que trata este artículo deberá hacerse a más tardar dentro del proceso de consulta establecido en el artículo 122 de esta ley, en términos de la sentencia C-418 de 2002.

DECIMO CUARTO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 261 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

DECIMO QUINTO. Declararse INHIBIDA para emitir concepto de fondo respecto de la constitucionalidad del artículo 267 de la Ley 685 de 2001, por las razones expuestas en esta sentencia.

DECIMO SEXTO. Declarar EXEQUIBLE la expresión “con asentamiento permanente” contenida en el literal d) del artículo 271 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que comprende tanto a los grupos étnicos que históricamente han tenido y tienen arraigo físico en un lugar determinado, como a los grupos étnicos que tuvieron dicho arraigo, pero que actualmente, y por diferentes motivos, son víctimas del desplazamiento forzado y excluyente, así como a los grupos indígenas que vivan dentro de un territorio aún cuando su hábitat implique un desplazamiento permanente dentro de la zona minera, en los términos señalados en los numerales 71 y 72 de esta sentencia.

DECIMO SEPTIMO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 275 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos aquí analizados, y bajo el condicionamiento señalado en la parte motiva de esta sentencia.

DECIMO OCTAVO. Declarar EXEQUIBLES los literales a) e i) del artículo 332 de la Ley 685 de 2001, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 “El pensamiento práctico o prudencia se relaciona con la esfera de la acción, donde se halla la elección y el rechazo, y donde tenemos la posibilidad de obrar o no obrar”. Aristóteles, Gran Ética, Ed. Proyectos Editoriales S.A. Pg. 106,

2 Observación de la Sala con referencia a Bobbio Norberto y Bobero Michelangelo (1984); Varela Barrios Edgar (1998); y Cervantes Jáuregui Luis (1993). Citados por Múnera Ruíz Leopoldo en su artículo sobre “La tragedia de lo público”, revista TRANS de la Universidad Nacional, pags. 227 y 228.

3 Rubén Jaramillo Vélez, Sobre el origen de la “esfera de lo público”, revista TRANS, págs. 68 y 69.

4 Inmanuel Kant, Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?, Fundación Editorial Argumentos, 1986 págs. 29 y 33,

5 Planteamiento de Kant.

6 Ley 134 de 1994 “por el cual se dictan normas sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana”.

7 Sentencia C-180 de 1994.

8 Idem.

9 Cfr. Sentencia C-089 de 1994.

10 Sentencia C-385 de 1997.

11 Sentencia C-643 de 2000

12 SANDNER, Gerhard. “El problema ambiental: Discusión y soluciones más allá de los estados soberanos”. En: Desarrollo y Medio Ambiente. Memorias del Seminario Internacional organizado por la Universidad de los Andes. Editor: E. Guhl . Ed. Uniandes, Bogotá, 1991. Pg. 25.

13 Sentencia C-866 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

14 Guillermo Hoyos Vásquez defiende esta concepción pluralista de la sociedad a partir de la teoría de la acción comunicativa expuesta por Habermas. Al respecto, el filósofo colombiano afirma: “...la acción comunicativa me permite, en un primer momento, la comprensión de otras perspectivas de mundo, de otras culturas y formas de vida, reconocer la contingencia y la facticidad de mis puntos de vista, abrirme a la mutiplicidad de lo diverso y aceptar la heterogeneidad de posiciones, visiones del mundo y concepciones del bien. La posibilidad de comprender a otros implica mi autorreconocimiento. Pero comprender a otros no significa tener que estar de acuerdo con ellos.” “Etica Discursiva y Democracia”, en: Ética y Conflicto. Cristina Motta, compiladora. TM Editores y Ediciones Uniandes. Bogotá, 1995. Pg. 56.

15 Alex Sim sostiene que el conocimiento ofrece una puerta de acceso a una forma de poder cuidadosamente custodiada por diversas clases de élites, entre las que se destaca la de los “profesionales”, las cuales asumen la responsabilidad de conducir los asuntos sociales, y aboga por que el péndulo se balancee en sentido contrario, es decir, desde esa tradición elitista basada en la concentración del saber, el poder y la riqueza, hacia una sociedad más abierta. SIM, Alex. “The Decline of Populist Traditions in the Farm Movement: A Personal Memoir.” En: Dignity and Growth. BAKER, Harold, DRAPER, James, editores. Detseling Entreprises Ltd. Calgary, 1991., Pg. 76.

Por su parte, Gudynas critica la superioridad del conocimiento occidental sobre aquél detentado por los campesinos, indígenas y comunidades urbanas marginalizadas (que él llama “grassroots’ knowledge”), y resalta que este último es igualmente rico y complejo en cuanto a relaciones humanas y ambientales se refiere. GUDYNAS, Eduardo. “The Fallacy of Ecomessianism: Observations From Latin America”. En: Global Ecology. Wolfgang Sachs. Londres, Zed Books, 1995. Pg. 172.

16 Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. “Protección del Conocimiento Tradicional, Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación -El Caso de Colombia-.” Elaborado por: Enrique Sánchez, María del Pilar Pardo, Margarita Flores y Paola Ferreira. Bogotá, 2000. Pg. 177.

17 MONTUFAR, César. “Desarrollo Social con Sociedad Civil. El Espejismo de la Participación en el Nuevo Discurso del Desarrollo”.

18 Ver la sentencia T-188 de 1993, en la cual la Corte resaltó la importancia de los territorios indígenas para la cultura y los valores espirituales de dichos pueblos.

19 Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. “Protección del Conocimiento Tradicional, Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación -El Caso de Colombia-.” Op.cit. Pg. 36.

20 Ibídem. Pg. 55.

21 QUAILE, Geoff, SMITH, Peggy “Una Perspectiva Aborigen sobre el Progreso de Canadá en el Cumplimiento de sus Compromisos Nacionales para Mejorar la Participación Aborigen en la Ordenación Forestal Sostenible” En: http://www.fao.org/montes/foda.

22 Sobre el carácter fundamental del derecho de consulta de los pueblos indígenas, pueden consultarse las sentencias SU-039/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-652/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

23 Sobre dicho reconocimiento, merece la pena recordar las palabras del antropólogo Gerardo Reichel-Dolmatoff: “No encontré al ‘buen salvaje’ ni tampoco al así llamado ‘primitivo’. No encontré a aquel indio degenerado y embrutecido, ni mucho menos aquel ser inferior por entonces descrito generalmente por gobernantes, misioneros, historiadores, políticos y literatos. Lo que sí encontré fue un mundo de una filosofía tan coherente, de una moral tan elevada, una organización social y política de gran complejidad, con un manejo acertado del medio ambiente con base en conocimientos bien fundados.”

24 Entre otras sentencias las T- 188 de 1993 – M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz-, T 342 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell , SU 039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-825 de 2001 M.P. Martha V. Sáchica Mendez, C-825 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

25 SU 039 97. M.P. Antonio Barrera Carbonell

26 Sentencia T- 652 de 1998 que pone de presente la unificación jurisprudencial que en cuanto al tema del bloque de constitucionalidad que integra el convenio 169 de la OIT con el artículo 40 –2 de la Constitución, de conformidad con los artículos 93 y 94 de la Constitución, formuló la Sentencia SU 039 de 1997. En esta sentencia se puntualiza:

“Diferentes normas del mencionado convenio apuntan a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, así:

‘Artículo 5o. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

‘a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

‘b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

‘c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo’

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

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

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

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

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

‘Artículo 7: Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente’.

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

‘2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en

qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades'.

"Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

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

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

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

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

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

27 Aprobada mediante Ley 67 de 1993.

28 Sentencia C-169 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

29 Sentencia SU-039 de 1997.

30 Organización de Estados Americanos / Universidad de Harvard – Proyectos en Colombia. "Observaciones y Recomendaciones sobre el caso del Bloque Samoré" Informe elaborado por Theodore Macdonald y Yadira Soto. Washington, 1997. Pg. 13.

31 Sentencia C-339 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

32 “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.”

33 Sentencia C-339 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

34 En la sentencia C-339 de 2002, la Corte se refirió a la delimitación de zonas excluibles de la minería, en particular el deber de colaboración armónica entre las entidades competentes y la necesidad de respetar el principio de precaución ambiental al ejercer dicha función.

35 Sentencia T-731 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández.

36 Sentencia C-201 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.