

Sentencia C-418/02

RECURSOS NATURALES YACENTES EN TERRITORIO INDIGENA-Régimen legal de participación y protección especial
respeto de explotación en suelo y subsuelo

MULTICULTURALISMO-Reconocimiento y protección

PARTICIPACION-Derecho fundamental asegurado y facilitado a todos/**PARTICIPACION**-Instrumento para la efectividad de otros derechos constitucionales

PLURALISMO-Protección/**DERECHO A LA INTEGRIDAD SOCIAL, CULTURAL Y ECONOMICA DE COMUNIDAD INDIGENA**

PARTICIPACION DE LA COMUNIDAD EN EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES EN TERRITORIO INDIGENA-
Autorización

DERECHO DE PARTICIPACION DE COMUNIDAD INDIGENA EN LA EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES-
Características esenciales

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES

CONSULTA PREVIA EN EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES EN TERRITORIO INDIGENA

ZONA MINERA INDIGENA

PARTICIPACION DE COMUNIDAD INDIGENA EN ZONA MINERA-Señalamiento y delimitación

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA EN EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES DE ZONA MINERA-Delimitación y señalamiento

ZONA MINERA INDIGENA-Deber de consulta

Referencia: expediente D-3786

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 (parcial) de la Ley 685 de 2001

Actor: Juan Manuel Urueta Rojas

Magistrado Ponente:
Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil dos (2002).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Juan Manuel Urueta Rojas demandó el artículo 122 de la Ley 685 de 2001 “*por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*”.

El Magistrado Sustanciador, mediante auto del 13 de noviembre de 2001, admitió la demanda de la referencia y ordenó fijar en lista las normas acusadas en la Secretaría General de ésta Corporación. En esa misma providencia, dispuso enviar copia de la demanda al Procurador General de la Nación y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso, a los Ministros del Interior, de Justicia y del Derecho, de Minas y Energía, así como a la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

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

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada, conforme a su publicación en el Diario Oficial Año CXXXVII No. 44.522 del 17 de agosto del año 2001 y se subraya la parte demandada.

*“Ley 685 de 2001
(agosto 15)*

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

**El Congreso de Colombia
DECRETA**

(...)

**TITULO TERCERO
REGIMENES ESPECIALES**

(...)

**CAPITULO XIV
Grupos étnicos**

(...)

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.

III. LA DEMANDA

El ciudadano demandante solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 122 de la Ley 685 de 2001 “*por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*” por considerar que vulnera los artículos 1, 79 y 330 de la Constitución Política. Así mismo, argumenta que la norma acusada desconoce los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, normas que, en su criterio, hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad.

Según el actor, la norma enjuiciada vulnera el derecho que tienen las minorías étnicas para determinar, en concierto con la administración, las zonas dentro de sus territorios que deben tener la calificación de zonas mineras, como quiera que dispone que el Ministerio de Minas y Energía -autoridad minera- señalará y delimitará unilateralmente dichas áreas dentro del territorio indígena.

En sustento de su tesis, el actor precisa el contenido de las normas superiores que considera vulneradas, señalando que el precepto acusado no tiene en cuenta la diversidad de criterios que pueden existir entre la administración y los indígenas al momento de delimitar las zonas mineras de las que trata la

norma, desconociendo que la Constitución de 1991 en su Artículo Primero tiene como uno de sus principales postulados el pluralismo entendido como “*una tolerancia hacia lo diverso dentro de la unidad nacional*”, lo cual implica, para el caso concreto, el reconocimiento de derechos y privilegios a las minorías étnicas con el fin de preservar su existencia.

Entre las garantías establecidas por el constituyente para cumplir con el propósito mencionado, hace énfasis en que la consulta previa sobre decisiones como la dispuesta por la norma controvertida, es una obligación exigida de manera expresa por el párrafo del Artículo 330 de la Constitución Política y por los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, razón por la cual, anota, constituye un mecanismo de participación real para que los consultados manifiesten sus puntos de vista e influyan en la toma de decisiones de la administración.

En criterio del demandante, la norma enjuiciada, al prever la facultad de declarar una zona minera indígena sin que se consulte tal decisión con los posibles afectados, tal y como lo exigen las normas superiores referidas “*podría vulnerar de manera irremediable las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, cultural, social y económico*” y deja al arbitrio de la administración la calificación sobre cuáles zonas “*son dignas de protección especial*” en las que la exploración y explotación del suelo y subsuelo deberán ajustarse a las disposiciones especiales que versan sobre protección y participación de comunidades y grupos indígenas.

De igual manera, sustenta la vulneración al Artículo 79 de la Constitución advirtiendo que la participación democrática en temas ambientales es un principio que se proyecta en lo económico, administrativo, cultural, social, educativo, sindical o gremial del país y no estrictamente en lo político electoral, ya que el objetivo primordial de este postulado es el de permitir y estimular la intervención de los ciudadanos en actividades relacionadas con la gestión pública y en todos aquellos procesos decisorios que inciden en la vida y en la orientación del Estado y de la sociedad civil.¹ Por lo anterior, concluye que es obligatorio hacer partícipes a las comunidades en la toma de decisiones tan trascendentales como la delimitación de zonas de protección para los indígenas.

Por otra parte, manifiesta que de la lectura del texto acusado en conjunto con el resto de las disposiciones del Código de Minas, cabe interpretar que la simple declaratoria de zonas mineras indígenas restringe la protección de los derechos de los integrantes de la minoría étnica a un ámbito territorial diferente de la extensión del territorio indígena considerado en su integridad. Al respecto, explica que las garantías derivadas de la declaratoria de una zona

¹ En sustento de esta afirmación hace referencia a la sentencia C-336 de 1994.

minera indígena se proyectan de manera exclusiva en el territorio delimitado al tomarse tal decisión, dejando abierta así la posibilidad de que se exploten recursos mineros de forma indiscriminada en las porciones del territorio indígena no señaladas por la autoridad minera al momento de hacer la declaratoria, *“lo cual resulta inconstitucional ya que los privilegios de los indígenas, según la Carta, son en todos sus territorios y no en una porción de ellos”*.

Así, pues, concluye que la expedición de normas que afecten la población indígena de Colombia deben propender porque los miembros de ésta comunidad asuman el control de sus propias instituciones, de sus formas de vida, de su desarrollo económico, de sus lenguas y religiones, dentro del marco constitucional², fines que, a su juicio, no se ven respetados por el Artículo 122 demandado.

Finalmente, en apoyo de sus argumentos, el demandante transcribe apartes de jurisprudencia de esta Corporación que considera pertinentes para resaltar que las garantías a las que se ha hecho mención constituyen derechos fundamentales en favor de las comunidades indígenas.³

V. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Minas y Energía

El Ministerio de Minas y Energía, por medio de apoderada judicial, interviene en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad del artículo demandado y solicitar que se declare su constitucionalidad con fundamento en las consideraciones que a continuación se resumen.

- Luego de transcribir apartes de la exposición de motivos de la Ley 685 de 2001, advierte que entre los propósitos del legislador es claro el de proteger los derechos de los grupos étnicos al momento de decidir sobre la explotación de los recursos naturales que se hallen dentro de su territorio, lo cual se concretó cuando en la mencionada ley se dispuso un capítulo denominado *“Grupos Étnicos”*, en el que se establecen los beneficios, prerrogativas y garantías que derivan de la declaratoria de una zona minera indígena. De esta manera, sostiene que no es posible analizar el artículo demandado en forma aislada sino dentro del contexto normativo al cual está inscrito, esto es, al Capítulo XIV del Código de Minas.

² *“Considerandos Convenio 169 de la OIT”*

³ Entre otros, transcribe apartes de la sentencia SU-039 de 1997, T-380 de 1993, T-428 de 1992.

En ese orden de ideas, la apoderada del Ministerio se refiere de manera específica al contenido del Artículo 123 de dicho cuerpo normativo, en el que, asegura, se define de conformidad con lo dispuesto por la Ley 21 de 1991 el concepto de territorio indígena. Al respecto, llama la atención sobre el hecho de que *“el nuevo Código de Minas eliminó la figura de la Reserva Indígena, y sólo establece como zonas restringidas para la minería, las constituidas como zonas mineras indígenas”*, razón por la cual el Artículo 127 dejó a discreción de la autoridad indígena el señalamiento de los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad.

Continúa explicando que el Artículo 124 prevé un derecho de prelación en cabeza de las comunidades o grupos indígenas para que la autoridad minera les otorgue el contrato de concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en la zona minera indígena. Así mismo, hace referencia al contenido de los Artículos 125, 128 y 129 para concluir que las normas mencionadas *“conforman un sistema normativo que cumple con los parámetros señalados por el constituyente para la defensa y protección de las comunidades indígenas”*.

- En cuanto al tema específico de la consulta a las comunidades indígenas respecto de las decisiones que puedan afectarlos, transcribe apartes de la sentencia C-169 de 2001, para posteriormente afirmar que ninguna de las consideraciones expresadas sobre el tema en dicha providencia ha sido desconocida en el caso bajo análisis.

Con el fin de demostrar que el Gobierno Nacional expresó con hechos concretos su voluntad de hacer partícipes del proyecto legislativo a las comunidades indígenas, señala, en primer término, que desde la presentación del mismo el requisito se cumplió. Prueba de ello, en criterio de la apoderada del Ministerio, es el hecho de que el Viceministro de Minas adelantó con la comunidad indígena etapas de información, discusión y consulta sobre la materia, conforme a las exigencias de la Ley 21 de 1991 y el Decreto 1397 de 1996. Así mismo, señala que el Ministerio de Minas y Energía consultó al Ministerio del Interior sobre la metodología que se debía utilizar para el desarrollo de las etapas mencionadas y para la convocatoria de las Mesa Nacional de Concertación.

Igualmente hace mención a diferentes reuniones realizadas con las comunidades indígenas, los Ministerios del Medio Ambiente y del Interior, con la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, así como con la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, en la cuales se deliberó sobre la materia. Asegura que con base en estas reuniones se elaboró una propuesta que consistía en la realización de seis (6) talleres previos a la

Mesa Nacional de Concertación, para informar a la comunidad indígena sobre el proyecto de ley, actividad que, según lo informa, se realizó entre el 23 y 30 de marzo de 1999. Indica que posteriormente se realizaron tres (3) Mesas de Concertación, la primera, los días 1, 2 y 3 de septiembre de 1999, la segunda, los días 2 y 3 de marzo de 2000 y, la tercera, los días 22 y 23 de noviembre de 2000.

En cuanto a la aplicación de la norma acusada y, en general, del articulado que conforma el capítulo al cual ésta pertenece, manifiesta que nunca se ha desconocido la obligación de consultar a las comunidades o grupos indígenas, lo cual se demuestra por las gestiones previas llevadas a cabo por el Ministerio de Minas y Energía al delimitar las ocho zonas mineras que hasta la fecha han sido declaradas. Al respecto, llama la atención sobre el hecho de que la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu del área de influencia inmediata de las Salinas de Manaure Sumain-Ichi, con base en el Artículo 122 acusado, solicitó al Ministerio de Minas y Energía, mediante un derecho de petición, que se declare como zona minera indígena el área de explotación de sal de las Salinas Marítimas Industriales de Manaure, Guajira.

Con base en los argumentos expuestos, la apoderada del ministerio concluye que el propósito del legislador al incluir el Capítulo XIV del Código de Minas y la aplicación de esas normas por la autoridad minera, constituyen una garantía para las comunidades indígenas en cuyo territorio se pueda llevar a cabo la explotación de recursos naturales y, en consecuencia, se encuentran dentro del marco constitucional previsto sobre la materia.

2. Intervención de Ministerio del Interior

El ministerio referido, actuando mediante apoderado, interviene en el presente proceso y sustenta las razones por las cuales considera que la norma acusada debe ser declarada constitucional.

Inicialmente precisa que el Artículo 122 enjuiciado, lo único que dispone son las condiciones para que se señale y delimite un territorio como zona minera indígena, pero no implica que por ese hecho se permita de manera inmediata la realización de actividades de explotación o exploración, lo cual le corresponde autorizar a la autoridad minera cuando evalúe una solicitud de licencia minera sobre dicha área.

Así, pues, concluye que la norma acusada significa una garantía frente al trámite de una solicitud de licencia minera, como quiera que al momento de estudiarse se tendrán en cuenta de manera anticipada las prerrogativas derivadas de la declaratoria aludida y, en caso de que la comunidad indígena no ejerza el derecho de prelación previsto en su favor por el Código de Minas,

se aplicara lo dispuesto en el segundo inciso de la norma acusada según el cual “[t]oda 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.” lo cual armoniza con lo dispuesto por el Artículo 330 superior y los Artículos 7 y 15 de la Ley 21 de 1991.

Así mismo, advierte que “se deberá tener en cuenta que la norma demandada y analizada, vista con el contenido del Decreto 710 de 1990, deberá ser reglamentada en el trámite para la constitución de la zona minera, bien sea de oficio o a petición de la misma comunidad.”

De otro lado, luego de transcribir un aparte de la sentencia C-169 de 2001, explica que los términos, las condiciones y la oportunidad para que se haga efectiva la obligación o compromiso internacional de consultar previamente a los grupos étnicos, corresponde a una determinación exclusiva del Constituyente y el Legislador “ya que son éstos por excelencia los canales de expresión de la voluntad soberana” conforme lo dispone el Artículo 3 superior, siempre que en ese ejercicio no se contraríen los derechos fundamentales de la comunidad indígena y se garantice su participación en las decisiones que les conciernen.⁴

De igual forma, se refiere a la sentencia SU-039 de 1997, con el fin de argumentar que la consulta previa configura un derecho fundamental a favor de la comunidad indígena no sólo por representar una manifestación del derecho fundamental de participación, “sino por constituir el medio a través del cual se protegerá, en esos casos, su integridad física y cultural”. Esta tesis, según lo informa, se expuso en la providencia mencionada advirtiendo que el Convenio 169 de la OIT, “conforma, junto con el artículo 40-2 Superior, un bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta”.

Con base en lo expuesto hasta este punto, señala que en la Constitución Política, no existe disposición alguna que obligue a que se realice la consulta previa en casos diferentes al previsto por el Artículo 330, es decir, “guarda silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas,” lo cual permitió extender la garantía a las comunidades negras mediante el Artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

⁴ Sobre este punto hace referencia también al artículo 34 del Convenio 169 de la OIT según el cual “La naturaleza y 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.”, mención con base en la cual afirma que los Estados Partes tienen un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones que se cumplirán los deberes internacionales del citado instrumento.

De esta forma, finaliza su exposición insistiendo en que el artículo acusado no vulnera el derecho de consulta a los pueblos indígenas, sino que faculta a la autoridad minera para que señale y delimite las zonas minera indígenas dentro de sus territorios, dejando a salvo la garantía que el demandante echa de menos, al momento de resolverse lo concerniente al trámite de la licencia minera para la exploración y explotación de recursos.

3. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Atendiendo la invitación formulada por el Magistrado Sustanciador, la Academia Colombiana de Jurisprudencia mediante intervención del doctor Alejandro Venegas Franco, miembro de la misma, participa en el presente proceso con el fin de defender la constitucionalidad de la norma acusada, con base en las consideraciones que a continuación se sintetizan.

Inicia su exposición refiriéndose a lo que denomina “*el contexto normativo constitucional de protección a los indígenas*” el cual, asegura, se extiende al ámbito político y territorial (C.P., arts. 1, 79, 171, 176, 329 y 330) así como encuentra respaldo internacional en convenios que imprimen un carácter proteccionista a los derechos de las minorías, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por la Ley 74 de 1968 y, aún más específico, el Convenio 169 de la OIT ratificado por la Ley 21 de 1991. Así mismo, manifiesta que el Capítulo XIV de la Ley 685 de 2001, es un complemento de importancia a las normas superiores señaladas, en tanto regula la forma de exploración y explotación minera en los territorios

indígenas al tiempo que cumple con las garantías de protección a la participación y consulta de los grupos minoritarios.

En cuanto a los territorios indígenas, hace referencia a un proyecto de ley orgánica de ordenamiento territorial que se encuentra en curso en el Congreso de la República, y formula comentarios que considera *“útiles respecto de lo dispuesto por la Ley 685 de 2001, cuyo artículo 122 es demandado, pues en su artículo 123 señala qué se entiende como territorio y comunidades indígenas, estableciendo así que son ‘... la 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 sustituyan’. Se reconoce su titularidad en dichos eventos, por ende, se están incorporando en un tránsito legislativo de incorporación las regulaciones hechas con respecto a ellas tales como la ley 21 de 1991 y las normas que la desarrollen, tal y como sucedería con el decreto 1320 de 1998, el cual identifica los procedimientos de consulta y participación de los indígenas en la toma de decisiones”*

Por otra parte, indica que, en efecto, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo hacen parte de la legislación interna conforme lo dispone el Artículo 53 de la Constitución Política, por lo que considera que una vez ratificados hacen parte del ordenamiento jurídico nacional. Sobre este punto, precisa sin embargo que los cargos por violación de la mencionada Ley 21 de 1991, no pueden ser considerados de carácter constitucional como quiera que *“dicha norma no es considerada ni como un artículo de la Constitución Política de Colombia ni como tratado o convención de derechos humanos, ya que en la actualidad hace parte del ordenamiento jurídico como ley.”*

Hechas estas consideraciones preliminares, advierte que el artículo acusado reitera los conceptos constitucionales y legales que se han venido desarrollando para la protección y reivindicación de los derechos de las minorías indígenas desde la Constitución de 1991. Indica, también, que contrario a lo argumentado por el demandante, de la simple lectura de la norma acusada *“se hace evidente que en cuanto a la explotación y la exploración del suelo y el subsuelo se aplicaran las disposiciones referentes a la protección y participación de las comunidades y grupos indígenas, entre las cuales se entiende obviamente incorporadas leyes tales como la 21 de 1991, decretos como el 1320 de 1998, entre otros...”*. Así mismo, considera que el propósito de garantizar la participación y el derecho de consulta a los indígenas se hace evidente en el artículo 127 del Código de Minas.

El interviniente controvierte, además, el argumento del demandante según el cual la norma acusada restringe a un ámbito espacial específico la efectividad

de los derechos que la comunidad indígena debe ejercer sobre la integridad de su territorio. Al respecto, reitera que la ley es clara al señalar en su artículo 123 lo que debe entenderse por territorio indígena, razón por la cual afirma que no se configura la restricción alegada.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, en armonía con los Artículos 242 y 278 numeral 5o. de la Constitución Política, rindió el concepto No.2777 recibido en la Secretaría General de esta Corporación el día del 17 de enero del año 2002, en el cual solicita que se declare la constitucionalidad condicionada de la norma acusada con base en los argumentos que enseguida se resumen.

Expone, en primer término, algunas consideraciones acerca del marco constitucional de participación de las comunidades indígenas sobre las decisiones que les conciernen, para concluir que en cuanto a la exploración y explotación de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios, es imperativo conciliar los intereses del Estado como propietario de los mismos, con los intereses de la comunidad minoritaria en atención a la especial protección prevista en su favor por las normas superiores.

Así las cosas, considera que la norma acusada, si bien no dispone de manera expresa que las autoridades deben tener en cuenta la participación de las comunidades indígenas de manera previa a la decisión de declarar una zona minera, el ordenamiento jurídico entendido como una unidad, dispone como un propósito cierto la realización armónica de los principios constitucionales y de la *“fórmula del Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista en que nos ha erigido la Constitución Colombiana.”*

Con base en lo anterior, afirma que la norma enjuiciada no vulnera en sí misma la Constitución, en tanto se limita a atribuir a la autoridad minera una facultad que se ejerce conforme a unos parámetros establecidos por el artículo, los cuales sirven de protección a las comunidades asentadas en el territorio objeto de la decisión. Sobre el punto, el Ministerio Público añade que la garantía de consulta es un derecho constitucional de obligatoria observancia para cualquier autoridad administrativa, cada vez que adelante una actuación que involucre a la comunidad indígena.

En este orden de ideas, el Procurador General de la Nación propone que para evitar que se realicen interpretaciones de la norma acusada que desconozcan los principios de protección y participación de las comunidades indígenas, se condicione la declaratoria de constitucionalidad a que se entienda que la

autoridad al señalar y delimitar zonas mineras dentro de sus territorios, “no sólo debe tener en cuenta los estudios técnicos y sociales [a los que hace referencia la norma] sino también la participación de la comunidad indígena, asentada en el territorio a delimitar, a través de los representantes de sus comunidades y los demás mecanismos de protección indígenas reconocidos en el Código de Minas y la Constitución Política.”

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, de conformidad con el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, por estar dirigida contra una disposición que forma parte de una Ley de la República.

2. El asunto sometido al examen de la Corte

Para el demandante el primer inciso del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001 resulta contrario a la Constitución - particularmente a los artículos 1, 79, 330- y al Convenio 169 de la OIT aprobado mediante la Ley 21 de 1991-, por cuanto i) al pretender que la administración de manera unilateral determine las zonas dignas de protección especial en desarrollo de explotación minera podrían vulnerarse de manera irremediable las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, cultural, social y económico; ii) por ende, se afectan los derechos de esas minorías étnicas para determinar, en concierto con la administración, las zonas que dentro de sus territorios deben revestir la calidad de zona minera que se sujetan a los derechos especiales previstos en el Código minero, dejando el resto del territorio indígena desprovisto de dicha protección; iii) se afecta el precepto de pluralidad pues no se tiene en cuenta la diversidad de criterios que pueden existir entre la administración y los indígenas al momento de delimitar las zonas mineras de que trata la ley; y iv) no se cumple con la finalidad constitucional de las normas que afecten las poblaciones indígenas las cuales deben propender porque éstas asuman el control de sus propias instituciones, formas de vida, desarrollo económico, de sus lenguas y religiones.

El interviniente en nombre del Ministerio de Minas y Energía al responder el interrogante que suscita la demanda en cuanto a sí es preciso adelantar una consulta a la comunidad indígena antes de proceder a declarar la zona minera indígena se pronuncia por la constitucionalidad del artículo acusado y pone de presente que al efectuar un análisis de éste con el conjunto de normas de la Ley 685 y en especial el capítulo XIV, sobre “*Grupos étnicos*” resulta claro que si bien los argumentos de la demanda en cuanto a que la consulta previa proyecta el ejercicio de un derecho fundamental reconocido por el constituyente, son válidos, es también cierto que en el caso en análisis aquel nunca ha sido desconocido. Cita al efecto que desde la presentación del

proyecto de Código de Minas, del cual forma parte la disposición acusada, la comunidad indígena ha sido permanentemente consultada y que en el citado capítulo de la ley se establece un reconocimiento y una garantía para las comunidades indígenas en cuyo territorio se pueda llevar a cabo la explotación de recursos naturales teniendo en cuenta que dicha actividad influye en diferentes factores de la vida propia de las mismas como son el económico, social y cultural.

El Ministerio del Interior postula igualmente la constitucionalidad de la norma acusada pues a su juicio ésta sólo autoriza a que la autoridad minera señale y delimite una zona minera con lo cual no se faculta para explorar o explotar la zona ya que de tratarse de una exploración o una explotación minera en zona o territorio indígena se debe obligatoriamente surtir el proceso de consulta previsto en la Constitución y en la ley.

El representante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia sostiene la constitucionalidad de la norma acusada pues de la existencia de ésta, *“perteneciente al Título Tercero de los regímenes Especiales capítulo XIV Grupos Etnicos, depende la real concreción de la participación y protección de las comunidades indígenas respecto de la exploración y explotación de sus territorios lo cual encuentra plena justificación en la tendencia pluralista de la Constitución Política de 1991 y satisface a cabalidad la necesidad de reivindicación de las minorías en cuanto a la toma de decisiones que puedan llegar a afectarlas”*.

Para la vista fiscal el Artículo 122 de la ley 685 de 2001 no vulnera la Constitución Política si al señalar y delimitar zonas mineras dentro de los territorios indígenas tiene en cuenta la participación consultiva de la comunidad a través de sus representantes; en ese orden de ideas afirma que la norma acusada si bien no dispone que las autoridades deben tener en cuenta la participación de las comunidades indígenas de manera previa al señalamiento y delimitación -con base en estudios técnicos y sociales- de zonas mineras indígenas dentro de los territorios indígenas para la exploración y explotación del suelo y el subsuelo, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico es entendido como una unidad, por lo que éste debe analizarse como un todo con el propósito de realizar armónicamente los principios constitucionales y la fórmula de Estado Social de derecho, democrático, participativo y pluralista.

No obstante, teniendo en cuenta que la participación de las comunidades indígenas en los diferentes espacios de poder en donde se tomen decisiones que los afecten, constituye un derecho constitucional de naturaleza colectiva, señala que a ese mecanismo debe acudir cualquier autoridad administrativa, cada vez que adelante una actuación cuyos destinatarios sean las comunidades indígenas. Por ello, solicita a la Corte que teniendo en cuenta los artículos 1,

79, 80 y 330 de la Constitución señale de manera expresa los límites de la norma con el fin de evitar que las autoridades realicen interpretaciones diversas sobre ella, contrariando los principios constitucionales sobre protección y participación de las comunidades indígenas; para el efecto pide que se condicione la constitucionalidad de la disposición acusada *“solo si se interpreta que las autoridades, al señalar y delimitar zonas mineras dentro de los territorios indígenas, no solo deben tener en cuenta los estudios técnicos y sociales, sino también la participación consultiva de la comunidad a través de los representantes de sus comunidades y los demás mecanismos de protección indígenas reconocidos en el Código de Minas y en la Constitución Política”*.

En consonancia con las formulaciones y fundamentaciones enunciadas por los participantes en el presente proceso debe la Corte, entonces, resolver si asiste o no razón al demandante cuando solicita la declaración de inconstitucionalidad del inciso primero del Artículo 122 de la Ley 685 por ser contrario a las normas constitucionales por él invocadas o a otras del mismo ordenamiento superior que la Corte debe confrontar.

3. El régimen legal de la participación y especial protección de las comunidades indígenas respecto de la explotación de recursos naturales yacentes en el suelo y subsuelo de los territorios indígenas

Algunos de los intervinientes en el Proceso, particularmente quienes actúan en nombre del Ministerio de Minas y Energía y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y el Señor procurador general de la Nación, han recabado sobre la necesidad de que el análisis de la norma acusada se efectúe no en la forma aislada planteada en la demanda sino bajo la consideración de que ella forma parte del capítulo XIV del Código de Minas y que por ello se concatena y armoniza con las disposiciones que en el Código se refieren a la explotación de los recursos mineros existentes en los territorios indígenas. En consecuencia, la Corte, de antemano fijará, en el enunciado contexto, el contenido y proyecciones de la disposición acusada.

El capítulo XIV de la Ley 685 bajo el epígrafe *“grupos étnicos”* regula lo relativo a la protección de la integridad cultural, las zonas mineras indígenas, el territorio y comunidad indígenas, los derechos de prelación de los grupos indígenas, la concesión, los acuerdos con terceros, las áreas indígenas restringidas, los títulos de terceros, la participación económica de las comunidades y grupos aborígenes, entre otros temas.

En ese orden de ideas se dispone sobre:

1. La obligación a cargo de todo explorador o explotador de minas 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 121).
2. La prelación de las comunidades y grupos indígenas para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. (Artículo 124).
 3. La competencia de la autoridad indígena para señalar dentro de la zona minera indígena los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones y explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres. (Artículo 127)
 4. La obligación a cargo de los municipios que perciban regalías o participaciones provenientes de explotaciones mineras ubicadas en los territorios indígenas de destinar los correspondientes ingresos a obras y servicios que beneficien directamente a las comunidades y grupos aborígenes asentados en dichos territorios. (artículo 129)
 5. La previsión de que la concesión se otorgará a solicitud **de la comunidad o grupo indígena** y a 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 en las que puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad se establecerá por la comunidad indígena que los gobierna. Esta concesión no será transferible en ningún caso. (artículo 125 en concordancia con el artículo 35 de la misma ley).
 6. La posibilidad de que las comunidades o grupos indígenas que gocen de una concesión dentro de la zona minera indígena contraten la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes con personas ajenas a ellos. (Artículo 126)
 7. La previsión de que cuando 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 vinculen preferentemente a dicha comunidad o grupo a sus trabajos y obras y capaciten a sus miembros para hacer efectiva esa preferencia (Artículo 128).

El entendimiento de las anteriores formulaciones debe hacerse teniendo en cuenta que conforme al Artículo 5 de la misma Ley 685 correspondiente al título I sobre disposiciones generales del Código, los minerales de cualquier clase y ubicación yacentes en el suelo o 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.

Así mismo se ha de considerar que para efectos de la protección a los grupos étnicos la ley define como **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 las demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan.

Dentro del contexto trazado, el Artículo 122, cuyo primer inciso es objeto de la acusación de inconstitucionalidad en el presente proceso, atribuye a la autoridad minera la competencia para señalar y delimitar dentro de los territorios indígenas zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deban ajustarse a las disposiciones especiales que se han reseñado, dirigidas a la protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. El señalamiento y delimitación en mención debe hacerse con base en estudios técnicos y sociales.

El inciso segundo de este artículo (disposición no demandada) dispone 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”*.

La Corte finalmente debe destacar, en torno del articulado del capítulo XIV de la Ley 685 que en él se establece, de una parte, la competencia para el señalamiento de delimitación de las zonas mineras indígenas en cabeza de la autoridad minera y, de otra, la competencia de 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 aborígen de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.

4. El marco constitucional de análisis de la disposición acusada

Como surge de la argumentación esbozada por el demandante y de los planteamientos que en torno de la misma expresan los intervinientes y el Señor Procurador General de la Nación, en el presente caso 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 intereses generales de la comunidad colombiana pues la Constitución reconoce y protege el multiculturalismo que es expresión de pluralismo étnico.

Así las cosas, el examen de constitucionalidad, como lo propone el demandante, ha encaminarse a determinar si la norma acusada en cuanto solo prevé que la delimitación y demarcación de las zonas mineras indígenas en relación con un determinado territorio indígena compete a la autoridad minera, sin que explícitamente se haya incluido para ese efecto mención acerca de la necesaria participación - como si se hace en el mismo artículo 122 respecto de los proyectos concretos de exploración y explotación de los recursos- transgrede las reglas contenidas en los Artículos 1, sobre la condición de pluralista del Estado Colombiano, 79, acerca del derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y de la garantía legal de participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo y 330, sobre la protección a los territorios indígenas que incluye el mandato de que la explotación de los recursos naturales ha de hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de la obligación del Gobierno de propiciar la participación de las respectivas comunidades en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación.

5. El pluralismo postulado en la concepción del Estado Social de derecho y la especial protección a las comunidades en el marco de la Constitución. Reiteración de la jurisprudencia.

Las finalidades proclamadas en el Preámbulo de la Constitución de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento la libertad y la paz dentro de un marco jurídico democrático y participativo se acompañan con la formulación de las características esenciales del estado social de derecho entre ellas la de ser Colombia una república democrática, participativa y pluralista. Estas notas configurativas logran concreción en los diversos ámbitos del quehacer social y estatal, mediante postulados específicos contenidos en otras disposiciones de la Constitución.

Para los efectos de la resolución del presente proceso es pertinente destacar que la participación en si misma ostenta rango de derecho fundamental que debe ser asegurado y facilitado por las autoridades a “*todos*”, en cuanto fin esencial del Estado, en torno de las decisiones que los afectan y en la vida

económica, política, administrativa y cultural. Pero al propio tiempo, la participación se instaura en instrumento indispensable e insustituible para la efectividad de otros derechos constitucionalmente reconocidos, tengan o no el carácter de fundamentales. Esto es lo que sucede, por ejemplo, tratándose del derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, en torno del cual *“la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”* (Artículo 79) y de la preservación del derecho a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, a propósito de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, como se analiza a continuación siguiendo la jurisprudencia de esta Corte.

Precisamente la protección del pluralismo plasmado en el reconocimiento como derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad social, cultural y económica por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura adquiere especial relevancia en materia de la explotación por el Estado de los recursos naturales yacentes en los territorios indígenas la que debe efectuarse sin desmedro de dicha integridad (Artículo 330 de la C.P.)⁵.

Para asegurar dicha subsistencia, como ha señalado la Corte a través de consistente jurisprudencia siguiendo el texto del párrafo del artículo 330 de la Constitución, *“se ha previsto cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones”*⁶.

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:

⁵ En la sentencia T-380 de 1993 – M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz- la Corte puso de presente que los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes -. Entre otros derechos fundamentales las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución política.

⁶ Sentencias SU 039/ 97 M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-652 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

- 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 social⁷.
- 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 comunidades⁸.(subrayas fuera de texto).
- El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos⁹. Ahora bien corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la

⁷ 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

⁸ SU 039 97. M.P. Antonio Barrera Carbonell

⁹ 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, formulo 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'.

Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado. La Corte ha tenido ocasión de precisar los alcances de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 OIT en los siguientes términos :

“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 habitan 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"*

'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 9+- 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"

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 1.969¹⁰, 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"¹¹.

En ese orden de ideas, la Corte, en la sentencia en cita, destacó que la Constitución solo 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 :

¹⁰ Aprobada mediante Ley 67 de 1.993

¹¹ Sentencia C- 169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

“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.

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 económica¹².

6. La norma acusada y la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas

Como quedó establecido en la reseña de la demanda, para el actor la norma acusada viola las reglas constitucionales enunciadas por él toda vez que la facultad de declarar una zona minera indígena sin que se consulte tal decisión con los posibles afectados, tal y como lo exigen las normas superiores

¹² SU 039 /97.

referidas “*podría vulnerar de manera irremediable las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, cultural, social y económico*” y deja al arbitrio de la administración la calificación sobre cuáles zonas “*son dignas de protección especial*” en las que la exploración y explotación del suelo y subsuelo deberán ajustarse a las disposiciones especiales que versan sobre protección y participación de comunidades y grupos indígenas. Así mismo arguye que el derecho al ambiente sano (artículo 79 de la Constitución) impone hacer partícipes a las comunidades en la toma de decisiones tan trascendentales como la delimitación de zonas de protección para los indígenas.

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

- Las zonas mineras indígenas son sectores que se establecen dentro de un territorio indígena.
- La norma acusada prevé un mecanismo para proyectar un régimen especial de exploración y explotación de los recursos naturales yacientes en el suelo y el subsuelo de los territorios indígenas. En efecto, mediante la delimitación y alindamiento de “*zonas mineras indígenas*” se reconoce a las comunidades indígenas del respectivo territorio un derecho de prelación para exploración y explotación frente a otros posibles explotadores pues existiendo interés de aquellas, la autoridad minera debe celebrar el correspondiente contrato de concesión. Y de todos modos se señala que toda propuesta de particulares será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas.
- Si bien puede argumentarse, como lo hacen los intervinientes, que la sola delimitación de la zona minera indígena no afecta bien alguno constitucionalmente protegido pues la delimitación no implica el adelantamiento de proyectos concretos de exploración y explotación para los cuales se garantiza la participación directa de la respectiva comunidad, a juicio de esta Corporación no se puede desconocer que como en la medida en que el señalamiento y delimitación de la zona minera indígena están llamados afectar el régimen de explotación del suelo y el subsuelo minero en los territorios indígenas no es indiferente la participación de la comunidad indígena respectiva. En efecto, a menos que la zona minera indígena comprenda todo el ámbito de un “*territorio indígena*” es claro que, en el ámbito territorial no comprendido en la “*zona minera indígena*” pueden yacer minerales en el suelo y en el subsuelo que estarían sometidos a un régimen de explotación diferente del previsto para la “*zona minera indígena*”, conforme a lo establecido en esta providencia a propósito del entendimiento y proyección de la disposición acusada.

- La circunstancia de que la norma acusada en cuanto forma parte del Código de Minas haya sido objeto de consulta en las mesas de concertación -como pone de presente en su intervención el Ministerio de Minas y Energía- con participación de representantes de las comunidades indígenas si bien satisface en cuanto al estudio del Código el requisito constitucional de participación en la formulación del régimen normativo especial, no es suficiente cuando de la precisión de ámbitos y regímenes concretos de explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se trata.
- Ahora bien, cabe preguntarse si en la medida en que el señalamiento y delimitación de “*la zona minera indígena*” debe basarse en estudios técnicos y sociales, la consulta a la comunidad indígena interesada resultaría inocua. Al respecto se ha de responder que si bien la decisión debe soportarse en dichos estudios tal como lo prevé la norma acusada, de tal manera que sin que medien dichos estudios aquella no podrá adoptarse, es evidente que los mismos no arrojan un contenido que imponga o descarte per se, en forma directa y automática el señalamiento y delimitación de la zona minera indígena.
- En armonía con lo anteriormente expuesto, para la Corte resulta claro que si la delimitación y señalamiento de la “*zona minera indígena*” dentro de un determinado territorio indígena tiene por directa finalidad la de determinar el específico régimen de la explotación de los recursos naturales que se hallen en el suelo o en el subsuelo de aquel debe darse aplicación a la regla contenida en el Artículo 330 de la Constitución en armonía con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) y en aplicación de lo dispuesto en los Artículos 93 y 94 del Estatuto Superior.

7. La decisión que debe adoptar la Corte

Clarificado el deber de consulta a las comunidades indígenas en el caso en análisis, subsiste el interrogante sobre si dicha garantía debía preverse de manera expresa en el texto de la norma acusada y si su ausencia configura una omisión legislativa relativa por tratarse de un ingrediente que de acuerdo con la Constitución sería exigencia esencial para armonizar con la norma superior.

Para resolver lo anterior, lo primero que debe advertirse es que el texto de la norma acusada y la parte supuestamente omitida no configuran en sí mismos una disposición que prohíba la consulta o que haga nugatoria la garantía constitucional prevista en favor de las comunidades indígenas. No existe entonces un contenido normativo implícito que pueda ser objeto de reproche mediante el análisis de control constitucional, tal como sucede con las denominadas omisiones legislativas relativas.

Por otra parte, en relación con la norma no caben interpretaciones diversas, pues se limita a asignar una competencia a la autoridad minera. Y podría afirmarse que en la medida en que el mandato del párrafo del Artículo 330 de la Constitución tiene como destinatario directo al Gobierno quien “*propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades*” será éste quien en cada caso, en armonía con los procedimientos previstos en la ley, deberá poner en marcha los mecanismos de efectiva consulta.

No obstante como una interpretación del conjunto del título XIV de la Ley 685 y del inciso acusado del Artículo 122 en armonía con el inciso segundo de esa misma disposición podría llevar a que se entienda la norma acusada en el sentido de que para los solos efectos de la delimitación y señalamiento de las “*zonas mineras indígenas*” no sería necesaria la consulta, resulta necesario incorporar a ella los valores constitucionales que configuran la garantía de consulta a los grupos indígenas.

Ante esta circunstancia y en aras de garantizar los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, es indispensable incorporar al contenido de la disposición acusada las previsiones de la Constitución Política en relación con el derecho fundamental de consulta y precaver de esta manera contra un alcance restrictivo de la participación de las comunidades en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos en sus territorios.

VII. 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:

Declarar **EXEQUIBLE** el inciso primero del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001 “*Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*” bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al párrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor Alfredo Beltrán Sierra, no firma la presente sentencia por cuanto se encuentra en comisión en el exterior, la cual fue debidamente autorizada por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General