

**ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA PROPIEDAD DEL SUBSUELO
PETROLÍFERO FRENTE A LAS MINORÍAS ÉTNICAS**

FERNANDO AZUERO HOLGUÍN

ISAMARY BARRIOS ALVARADO

BEATRIZ BURGOS DE LA ESPRIELLA

CARLOS CAÑÓN DORADO

WILSON GÓMEZ HIGUERA

CLARA EDITH PAEZ PINILLA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

BOGOTÁ, D.C.

2001

**ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA PROPIEDAD DEL SUBSUELO
PETROLÍFERO FRENTE A LAS MINORÍAS ÉTNICAS**

FERNANDO AZUERO HOLGUÍN

ISAMARY BARRIOS ALVARADO

BEATRIZ BURGOS DE LA ESPRIELLA

CARLOS CAÑÓN DORADO

WILSON GÓMEZ HIGUERA

CLARA EDITH PAEZ PINILLA

Trabajo de Grado para optar por el título de

Abogado

Director

DAVID ARCE ROJAS

Abogado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

BOGOTÁ, D.C.

2001

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Ciudad y fecha (día, mes, año)

A nuestros

Padres

AGRADECIMIENTOS

Expresamos nuestros agradecimientos a:

La Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, a su Decano Reverendo Padre Luis Fernando Álvarez Londoño, S.J., y en especial al Departamento de Derecho Económico, dirigido por el doctor Hernando Bermúdez Gómez, y a su coordinadora la doctora Ángela Echeverry Arcila, hoy Decana del Medio Universitario, por habernos permitido adelantar esta investigación.

Al doctor David Arce Rojas, por haber aceptado dirigirnos éste trabajo y por su constante orientación.

A los miembros del Centro de Estudios Minero-Energético de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, por habernos aportado sus conocimientos.

A la doctora María Isabel Escobar, por su valiosísima colaboración.

A la doctora Sandra Lucía Rodríguez, al doctor Miguel Angel Santiago, al doctor José Beraldinelli, a los miembros de Asuntos con la Comunidad de Occidental de Colombia, a los miembros de Relaciones Externas de ECOPETROL, a la División de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, al Ministerio del Medio Ambiente, a la Organización Nacional de Indígenas de Colombia y a FUNCOL*, por habernos otorgado información específica y la ayuda necesaria para adelantar y culminar este trabajo.

CONTENIDO

	pág.
1. LA PROPIEDAD DEL SUBSUELO PETROLÍFERO	4
1.1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES	4
1.1.1. Concepto de Estado.	4
1.1.2. Concepto de Soberanía.	5
1.1.3. Concepto de Nación.	5
1.1.4. Concepto de territorio.	6
1.1.5. Concepto de derecho de propiedad.	7
1.1.6. El interés general.	8
1.1.7. El petróleo como bien jurídico.	9
1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	12
1.2.1. Época Romana.	12
1.2.2. Época Colonial.	15
1.2.2.1. El Fuero Viejo de Castilla.	15
1.2.2.2. La Siete Partidas.	15
1.2.2.3. El Ordenamiento de Alcalá.	16
1.2.2.4. El Ordenamiento de Birbiesca.	17
1.2.2.5. Las Ordenanzas Antiguas.	17
1.2.2.6. Las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno.	18
1.2.2.7. Ley 1 de 1564.	25
1.2.2.8. Ley 1 de 1780.	26

1.2.2.9. Ley 2 de 1789.	26
1.2.2.10. Ley 3 de 1790.	27
1.2.2.11. Ley 4 de 1792.	28
1.2.2.12. Ley 5 de 1793.	28
1.2.2.13. Leyes de Indias.	28
1.2.3. Época Republicana.	30
1.2.3.1. Ley de Tierras Baldías.	31
1.2.3.2. Ley del 5 de agosto sobre arrendamiento de minas.	32
1.2.3.3. Decreto de El Libertador – Reglamento sobre minas.	32
1.2.3.4. Ordenanzas de Minería de Nueva España.	33
1.2.3.5. Leyes durante el periodo comprendido entre 1830 y 1858.	35
1.2.4. Época Federal.	36
1.2.4.1. Constituciones Nacionales de 1858 y 1863.	36
1.2.4.2. Legislación de los Estados Soberanos.	40
1.2.4.2.1. Importancia del Código Fiscal.	40
1.2.5. Constitución de 1886.	42
1.2.6. Legislaciones posteriores a 1886.	45
1.2.6.1. Sustitución del Código Fiscal y Legislación posterior.	51
1.2.6.2. Legislación Petrolera Independiente.	52
1.6.2.3. Nacionalización del petróleo.	61
1.6.2.4. Decretos Reglamentarios de la Ley 20 de 1969.	64
1.6.2.5. Consulta sobre la Ley 20 de 1969 – Consejo de Estado -	68
1.2.6.6. Decreto 1994 de 1989.	74
1.2.6.7. Demanda de Inconstitucionalidad de la Ley 20 de 1969.	76

1.3. SITUACIÓN ACTUAL – CONSTITUCIÓN DE 1991	81
1.3.1. ley 97 de 1993.	81
1.4. PROPIEDAD DEL SUBSUELO PARA GRUPOS ÉTNICOS	85
1.4.1. Origen de la propiedad en el continente americano.	85
1.4.2. La encomienda.	90
1.4.3. El resguardo.	96
1.4.3.1. El resguardo colonial.	96
1.4.3.2. Ley 89 de 1890.	100
1.4.3.3. Legislación entre 1905 y 1958.	103
1.4.3.4. Periodo de 1967 hasta 1991	107
1.4.3.5. Constitución de 1991 y Ley 21 de 1991	110
1.4.3.6. Desarrollo Posterior a la Constitución de 1991	116
1.5. JURISPRUDENCIA	118
1.5.1. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, de marzo 4 de 1994.	118
1.5.2. Sentencia de la Corte Constitucional No. C – 424 de 1994.	126
1.5.2.1. Razones de forma.	127
1.5.2.2. Razones de fondo.	127
1.5.2.3. Sobre la irretroactividad de la ley	129
1.5.2.4. La razonabilidad de la ley	131
1.5.3. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Octubre 21 de 1994.	132
1.6 PROPIEDAD DEL SUBSUELO DE CUSIANA FRENTE A LAS OTRAS PROPIEDADES PRIVADAS	135
1.6.1. Cronología del Caso Cusiana	135

1.6.2. Sentencia número S – 404 del Consejo de Estado de Octubre 29 de 1996. Jesús Pérez González Rubio y Alfredo Castaño Martínez contra la Nación, Ministerio de Hacienda y Ministerio de Minas y Petróleos.	141
1.6.2.1. Fundamentos de hecho.	142
1.6.2.2. Disposiciones violadas.	142
1.6.2.3. Consideraciones de la Sala.	144
1.6.3. Acotaciones finales sobre el Caso Cusiana	147
1.7. CONCEPTO INTERNACIONAL DEL DERECHO DE GENTES DE LA PROPIEDAD DEL SUBSUELO PETROLÍFERO	150
2. ¿CÓMO SE HAN PROTEGIDO LAS MINORÍAS ÉTNICAS	152
2.1. DESARROLLO CONSTITUCIONAL, JURISPRUDENCIAL Y LEGAL , SOBRE PROTECCIÓN A MINORÍAS ÉTNICAS	152
2.1.1. El Derecho a la igualdad como principio de respeto a las minorías étnicas.	152
2.1.1.1. Definición de grupo étnico.	165
2.1.1.2. Multiculturalismo.	169
2.1.1.3. Concepto jurídico de diversidad étnica.	170
2.1.1.4. Concepto sociológico de diversidad étnica.	174
2.1.2. Definición de diferentes instituciones indígenas.	175
2.1.2.1. Territorio indígena	175
2.1.2.2. Parcialidad o comunidad.	178
2.1.2.3. Resguardo Indígena.	179
2.1.2.4. Territorios tradicionalmente ocupados.	180

2.1.2.5. Comunidades Civiles Indígenas.	181
2.1.2.6. Cabildo Indígena.	182
2.1.3 Instituciones Afroamericanas.	186
2.1.3.1. Época del descubrimiento y conquista.	186
2.1.3.2. Periodo de la colonia.	187
2.1.3.3. Estructura Social.	188
2.1.3.4. Antecedentes de la población negra en la legislación colombiana.	188
2.1.3.5. Ley 70 de 1993.	189
2.1.3.6. Comisiones Consultivas.	192
2.2. MARCO INTERNACIONAL	196
2.2.1. Organización Internacional del Trabajo – OIT.	197
2.2.1.1. Antecedentes.	197
2.2.1.2. Ley 21 de 1991 – Aprobatoria del Convenio No. 169.	199
2.2.2. Naciones Unidad – ONU.	205
2.2.2.1. ¿Qué es una minoría?	205
2.2.2.2. Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas.	206
2.2.2.3. Relación de la tierra con los Pueblos Indígenas.	209
2.2.3. Proyecto Asociación Regional de Empresas de Petróleo y Gas Natural en Latinoamérica y el Caribe – ARPEL- Reunión del Grupo de Trabajo de Relaciones con comunidades étnicas.	211

2.2.4. Proyecto Energía, Ambiente y Población. OLADE – BANCO MUNDIAL	214
2.3. DESARROLLO LEGISLATICO SOBRE PARTICIPACIÓN DE INDÍGENAS EN REGALÍAS PETROLERAS	215
2.3.1. Efectos de la Ley 619 sobre la Ley 141 de 1994.	215
2.3.1.1. Control y vigilancia de las regalías directas.	216
2.3.1.2. Proyectos regionales de inversión.	217
2.3.1.3. Hidrocarburos.	218
2.3.1.4. Minerales.	219
2.3.1.5. Aspectos Nuevos.	220
3. POLÍTICAS	223
3.1. POLÍTICAS DE ESTADO FRENTE A LAS MINORÍAS ÉTNICAS	223
3.1.1. Marco legal.	223
3.1.1.1. Diversidad étnica y cultural.	223
3.1.1.2. Participación de los indígenas como minoría étnica.	226
3.1.1.3. Derechos territoriales.	227
3.1.2. Papel del Ministerio del Interior.	229
3.1.3. Plan Nacional de Desarrollo.	231
3.1.3.1. Tratamiento a las comunidades indígenas.	231
3.1.3.2. Tratamiento a las comunidades afrocolombianas.	233
3.2. POLÍTICAS DE ESTADO FRENTE A MINORÍAS ÉTNICAS AFECTADAS POR EL PETRÓLEO	234

3.2.1. Marco legal.	234
3.2.2. Marco Institucional.	238
3.3. POLITICA INTERNACIONAL	241
3.4. POLITICA DEL ESTADO FRENTE A LA DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS	
246	
4. EXPERIENCIAS CONCRETAS	247
4.1. COMUNIDAD U'WA – EXPERIENCIA CON LA OCCIDENTAL	247
4.2. EXPERIENCIA CON LA COMUNIDAD ZENU Y LOS OLEODUCTOS	
255	
4.2.1. Con Oleoducto de Colombia, S.A.	255
4.2.2. Con Oleoducto Central, S.A. – OCCENSA.	262
4.3. EXPERIENCIA CON COMUNIDADES NEGRAS	263

INTRODUCCIÓN

El tema de la propiedad del subsuelo y concretamente el que se refiere al dominio de los recursos naturales no renovables que en él se encuentran, ha sido de los más álgidos, en la historia política y jurídica del país. Esto, porque definir a quien pertenece el subsuelo y los recursos en él contenidos, además de tener consideraciones jurídicas y políticas, tiene raíces históricas, filosóficas, ideológicas, y sobre todo, consecuencias económicas que pueden generar conflicto entre las partes interesadas. En el caso de los hidrocarburos, que es el tema que nos interesa en nuestro estudio, el valor económico y energético es incalculable, de ahí que desde siempre, como se demuestra en la evolución legal y jurisprudencial de nuestro país, el Estado ha sido parte activa en este proceso, porque dado ese inmenso valor económico, llega a constituirse en una verdadera fuente de poder.

El presente trabajo, es un estudio que abarca principalmente dos temas: la propiedad del subsuelo y los derechos de minorías étnicas. El punto de partida, es si la propiedad del subsuelo petrolífero ubicado en territorio adjudicado a minorías étnicas les pertenece, hasta tal punto que puedan oponerse a su

explotación. Nuestra inquietud ha nacido al observar como la exploración de petróleo en territorio habitado por los indígenas se ha tornado complicada, por esto quisimos hacer un estudio en el cual pretendemos demostrar que históricamente la propiedad del subsuelo ha pertenecido al Estado colombiano, situación que se mantiene igual en nuestros días.

La primera parte de esta investigación, es la historia de la propiedad del subsuelo. Comenzaremos por enunciar el tratamiento que se le daba a la propiedad del subsuelo en el Derecho Romano y durante la Época Colonial, analizando cada una de las leyes que trataron el tema. Continuamos con la Época Republicana y Federal para llegar a la Constitución de 1886 y al Código Fiscal que definen el tema.

En este devenir histórico nos acercamos finalmente a la Constitución de 1991, que lo que hace es reafirmar que la propiedad del subsuelo está en cabeza del Estado y complementar este concepto con otros principios fundamentales. En este momento también se reconoce expresamente los derechos de minorías étnicas, ya que la Carta se caracteriza por consagrar el multiculturalismo y pluralismo dentro de un Estado Unitario.

Por esto, el segundo capítulo, se centra en el estudio de los derechos de las minorías étnicas. Iniciamos con una reseña del desarrollo que ha tenido este derecho a partir de nuestra Constitución y otros ordenamientos legales, así como también en las Altas Cortes que lo han nutrido con su jurisprudencia. También se

mira el tema en el ámbito internacional, puesto que ésta no es solo una preocupación de Colombia sino que por el contrario, el mundo entero está a la expectativa y la opinión de reconocidos organismos internacionales no puede dejarse de tener en cuenta al momento de decidir la forma de proceder en este aspecto.

Así, a partir de todos estos elementos, en el tercer capítulo se plantean tanto las políticas de Estado como las políticas internacionales que en este momento se sostienen respecto al tema que abarca este trabajo.

Finaliza el estudio con la presentación de algunas experiencias concretas, para tomar de ellas, los aspectos que han permitido un acercamiento entre las partes interesadas, obteniendo a través de negociaciones acuerdos satisfactorios para las mismas, dando así cumplimiento a los preceptos constitucionales.

Todos estos son los factores que se entremezclan en nuestro trabajo, y serán objeto de estudio en el desarrollo del mismo. La evaluación y concatenación de todos los temas estudiados son los que nos permiten obtener las conclusiones que se plantearán al final de este estudio.

1. LA PROPIEDAD DEL SUBSUELO PETROLIFERO

1.1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Precisaremos a continuación algunos conceptos, que son importantes para el desarrollo adecuado de este trabajo.

1.1.1. Concepto de Estado. Tomaremos aquí la definición de Vladimiro Naranjo, que para nosotros contiene los elementos característicos: territorio, comunidad y poder soberano. Lo define, en un sentido amplio, de la siguiente manera: “Un conglomerado social, política y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos, y cuya soberanía es reconocida por otros Estados”¹

¹ NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. 6 ed. Bogotá: Editorial Temis, 1995. p. 77

1.1.2. Concepto de soberanía. El poder del Estado tiene como cualidades el ser soberano, indivisible y gozar de juridicidad.

La soberanía se ha descrito como el carácter de exclusividad y supremacía que tiene el poder del Estado, sobre todos los otros poderes en el grupo social y político para crear y definir el derecho; y si es necesario utilizar la coerción.

La Constitución de 1991 en su artículo tercero, establece que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público, también predica que éste la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes.

Entonces el poder no proviene de la Nación, sino de los ciudadanos; este es un concepto de soberanía popular que implica una democracia directa, en la que se puede revocar el mandato a aquellos que no cumplan con la labor encomendada por el pueblo. En suma la soberanía es la facultad de autodeterminación de un pueblo.

1.1.3. Concepto de Nación. Se refiere a un elemento humano, al conjunto de personas que por habitar en el territorio del Estado, están sometidos al ordenamiento de este.

El hombre es el sujeto sobre el cual recae el poder del Estado y a la vez es el sujeto que lo anima y lo constituye.

La Nación es el pueblo, que en la conciencia de pertenecer al conjunto, llega a ser una conexión de voluntad política, es una sociedad natural de hombres con una unidad de territorio, de costumbre y de lengua y con una vida y conciencia común.

Ernesto Renán la sintetiza así: “El principio espiritual que constituye la Nación tiene dos componentes: uno la posesión en común de un legado de recuerdos, y el otro, el consentimiento actual, el deseo de vivir juntos, la voluntad de seguir valorando la herencia que se ha recibido indivisa”² El legado de recuerdos se refiere a las costumbres, la lengua, la raza, las fronteras naturales y la geografía entre otros. De estos dos elementos le otorga mayor poder vinculante al consentimiento, pues para él lo que constituye una Nación es: “[...] el haber hecho grandes cosas en el pasado y querer hacerlas en el porvenir”.³

1.1.4. Concepto de Territorio. Es otro de los elementos del Estado. Se considera el sitio donde vive la sociedad humana que integra el Estado, como

² RENAN, Ernesto. ¿Qué es una nación?. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957. p. 67

³ Ibídem

campo de acción del poder político y como ámbito de validez de las normas jurídicas.⁴

El territorio se compone de la superficie que se extiende hasta los límites naturales o artificiales de las fronteras. Las líneas de su territorio se prolongan hasta el centro de la tierra incluyendo en este concepto el subsuelo, y se eleva en la columna de aire que está por encima de sus fronteras que es el espacio aéreo. Al Estado pertenece también el espacio electromagnético, la órbita geoestacionaria, la plataforma continental, el mar territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva.

1.1.5. Concepto de derecho de propiedad. Según el artículo 669 de nuestro Código Civil: “ El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente no siendo contra Ley o contra derecho ajeno[...]

Adicionalmente el artículo 58 de la Constitución garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos conforme a la Ley, estos derechos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por Leyes posteriores.

⁴ PALACIOS MEJIA, Hugo. Introducción a la Teoría del Estado. Bogotá: Editorial Temis, 1965. p. 53.

Establece también la función social de la propiedad, que implica la aceptación de la titularidad en un propietario particular mientras no se vulnere el interés general que debe primar siempre sobre el interés particular. Apoyándose en este principio se acepta la expropiación para cumplir fines de utilidad pública o de interés social que el legislador ha definido previamente. Se afecta así la facultad de disposición del derecho real.

1.1.6. El interés general. Como una consecuencia del Estado Social de Derecho, aparece en nuestra Constitución de 1991, el concepto de interés general, el cual se identifica como aquel que pertenece a la totalidad de la comunidad, sin posarse en algún individuo en particular.

Es un derecho de tal entidad, que se hace prevalecer sobre el interés particular, dando solución a diversos conflictos de intereses, en especial al tema que hoy nos ocupa, ya que como lo veremos en el desarrollo del trabajo, si bien es cierto que es necesario proteger los derechos e intereses de las minorías, nunca debe perderse de vista el límite que la misma Constitución impone al ejercicio de esos derechos, que es precisamente este concepto del interés general.

1.1.7. El petróleo como bien jurídico. Uno de los temas de debate en relación con la propiedad del subsuelo petrolífero gira en torno a la clasificación que de éste hidrocarburo se hace, pues se discute si es un bien mueble, inmueble, de uso público o fiscal; razón por la cual se hace necesario entrar a estudiar lo respectivo a este tema.

El petróleo puede clasificarse como un bien corporal, es decir, es susceptible de ser percibido por los sentidos, independientemente de encontrarse en yacimientos no explotados o en explotación.

- Bien mueble por naturaleza: El Código Civil en su artículo 655 define bien mueble en los siguientes términos: “Bienes muebles son los que pueden traspasarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellos por sí mismos, como los animales, sea que se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”. Según lo anterior, tenemos que, el petróleo es un bien mueble por naturaleza, porque puede desplazarse de un lugar a otro, sin que por éste hecho se vea afectado en su naturaleza. En algunos casos se le da un tratamiento similar al de un bien inmueble dada su importancia económica.
- Bien fungible: La fungibilidad se refiere a la posibilidad que tienen ciertos bienes de ser reemplazados por otros, ya sea por la naturaleza del bien o por el acuerdo de las partes. El petróleo es claramente un bien sobre el cual recae esta característica, siendo posible sustituirlo.

- Bien consumible: Es una clasificación exclusiva para los bienes muebles, refiriéndose a aquellos que se destruyen con su primer uso. Encaja aquí el petróleo ya que con su uso se destruye, ya sea por consumo o por transformación en uno de sus derivados.

- Bien principal: Es aquel que puede subsistir por si mismo, como es el caso del petróleo.

- Bien presente y futuro: Bienes presentes son aquellos cuya existencia es actual, mientras que el futuro es el que se espera que exista. El petróleo se considera bien futuro durante su permanencia en un yacimiento no descubierto, pasando a ser presente al momento de encontrarse en boca de pozo.

- Bien del Estado o de los particulares: El Código Civil en su artículo 674 hace una clasificación de los bienes del Estado, dividiéndolos en de uso público y bienes fiscales; por exclusión se entiende que los restantes serán bienes de los particulares. Pero en algunos casos esta clasificación puede quedarse corta y no cubrir algunos bienes. El Código Fiscal de 1912, Ley 110, definió al petróleo como bien fiscal; pero con esta afirmación se dejan a un lado las resoluciones de las Naciones Unidas número 1973 y 1974 de 1962, las cuales le dan unas características que no encajan dentro del esquema del Código Civil y el ordenamiento fiscal. Acudiendo a la doctrina italiana se puede encontrar una clasificación más acorde con la naturaleza del petróleo,

tenemos así que los bienes se clasifican en: bienes de uso público, bienes patrimoniales disponibles y bienes patrimoniales indisponibles.

- Bienes de uso público: son aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación y su uso es un derecho de todos los habitantes del territorio. Estos bienes tienen la característica de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables.
- Bienes patrimoniales disponibles: en Colombia se conocen como bienes fiscales; el titular del derecho de dominio es un ente público, pero se someten al Código Civil en lo relativo a la propiedad, los modos de adquirir, la disposición y la defensa. Es de notar que las características otorgadas al petróleo por la Legislación Común, tales como el que sea embargable, enajenable, disponible, etc., sólo se aplican al estar éste en boca de pozo, pero no cobijan al petróleo que se encuentra *"in situ"*.
- Bienes patrimoniales indisponibles: no es clara la diferencia entre éstos y los bienes de uso público. Lo que puede decirse es que los últimos están destinados al uso público y los patrimoniales indisponibles están destinados a un servicio público. Además, el régimen jurídico de ambos es un tanto diferente, los dos son inalienables, pero la enajenación de un bien de uso público se sanciona con inexistencia por ausencia de objeto, al tanto que,

respecto a los bienes indisponibles, existe es una prohibición de enajenación, cuya contravención se sanciona con la nulidad. En conclusión, el petróleo “*in situ*” no es un bien de uso público porque su uso no pertenece a todas las personas, debiendo clasificarse entonces como un bien indisponible del Estado.⁵

1.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1.2.1. Época Romana. En la legislación romana, en los primeros tiempos, fue preponderante el principio de la accesión ya que las minas se entendían como formando parte del suelo.⁶ Por lo tanto, se le aplicaba, a la propiedad minera, la legislación sobre propiedad territorial, puesto que esta no se consideraba como una institución jurídica independiente. De acuerdo con la accesión, el dueño de la superficie lo era, también, de los minerales que allí se encontraban, en virtud del principio absoluto de la propiedad privada. Así mismo, el Estado era propietario de

⁵ ARCE ROJAS, David. La Propiedad del Subsuelo en Colombia. Comentarios sobre le Caso Cusiana. En Universitas: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. 1994.

⁶ Siguiendo el principio de la accesión, al dueño del terreno se le atribuye, también, el dominio sobre las minas por considerarlas como accesorias al suelo. Los romanos expresaban el anterior principio con la siguiente alocución: “*Quí dominus soli dominus est coeli et inferorum*”. Los autores argentinos, Alfredo Genser y Pablo Barrenechea, afirman lo siguiente: “Es conocido el concepto romano de la propiedad: La propiedad del suelo implica la propiedad de lo superior o inferior, y de lo que se incorpora al suelo; puede oponerse el propietario a que se le oculte la vista del cielo, a que se le intercepte la luz y el aire, tienen derecho a abrir pozos y al producto de las minas y canteras.” Tratado Teórico y Práctico de Derecho Minero Colombiano, JUAN C. MOLINA R Bogotá, Colombia: Editorial. Iqueima, 1952. p. 20 y 21.

las minas que se encontraran en terrenos de su propiedad. A medida que aumentaban las necesidades Públicas, se encontró que, para satisfacerlas, era importante la propiedad del Estado sobre las minas, dándose origen, de esta forma, al derecho Regaliano, que es aquel en el cual las minas son *res nullius* sobre las cuales el Estado puede constituir derechos a favor de particulares que escoge libremente.⁷

En los códigos Iustiniano y Teodosiano se presentaron algunos cambios. De acuerdo con estos códigos, se admitió que el Emperador tuviera un derecho superior sobre las minas a aquel que tenía el propietario superficial. Sin embargo, la propiedad sobre la mina, siguió siendo dual, de tal manera que, una pertenecía al dueño, y otra era la explotada por personas distintas del propietario del suelo; en el primer caso se debía pagar un impuesto y en el segundo existía una intervención del Estado. Así pues, en cuanto a la propiedad privada de las minas, el Estado no solo cobraba el impuesto, sino que se tomaba la atribución de normar los derechos del propietario sobre el producido de aquellas, cuando la explotación estaba radicada en cabeza de un tercero.

Al respecto, el autor, Robert Von Mayr, dice que:

La reforma más importante que se impuso, desde fines del siglo IV fue el reconocimiento de una “propiedad minera” especial. En esta época

⁷ MOLINA, *OP. Cit.* P. 24 y ss.

se dictaron constituciones imperiales permitiendo, mediante un tributo del 10 por 100, al propietario del suelo y de otro tanto al erario público, explotar toda clase de minas en fincas ajenas, haciéndose además cargo de la responsabilidad por los daños que pudiesen ocasionarse al propietario del suelo, sobre todo a los edificios existentes, por la explotación. Esta “propiedad minera”, que todavía rechazaba expresamente Ulpiano (*in tuo agro... invito te nec privato nec publico nomine quisquam lapidem caedere potest*), se explica, quizá, en parte, como desenvolvimiento de un régimen establecido para ciertos territorios, como el reconocido y regulado por la Ordenanza minera de Vispaca, caso típico que no era sin duda único, en que se reconocía ya la ocupación (además de la *adsignatio* y la *emptio*) como modo general de adquirir los derechos de explotación minera, conceptuados de *proprietas*; ésta expresión no se debe tomar, sin embargo, a la letra, sino que quiere sin duda aludir, como en los casos de la enfiteusis y la superficie, a un derecho de propiedad impropio, a un *ius in re aliena* análogo al dominio, transmisible *inter vivos* y *mortis causa* e ilimitado, al parecer, en cuanto al tiempo, aunque podía perderse por desuso. O quizá se tratase simplemente de un derecho de expropiación, procedente ya como caso aislado del Derecho antiguo. En todo caso, el carácter un tanto sorprendente del fenómeno y lo poco explícito de las fuentes, imponen por el momento ciertas precauciones y cierto tacto para no exagerar su importancia. Es seguramente exagerada la opinión

de los que piensan que existía una regalía minera por parte del Estado.⁸

Se termina así la Época Romana, en la cual el propietario del suelo lo era también del subsuelo en virtud del principio de la accesión, pudiéndose dar explotación del subsuelo a un tercero a cambio de un tributo, constituyendo un derecho en cosa ajena. Igualmente se procedía cuando el dueño del suelo era el Estado.

1.2.2. Época Colonial. Durante la colonia, por obvias razones, fueron muchas las Leyes españolas, de carácter general y especial, que se aplicaron en este territorio. Así pues, el origen de estos cuerpos legales, se remonta al siglo XII en adelante y rigieron por mucho tiempo en nuestro territorio, de tal modo que es pertinente hacer una referencia así:

1.2.2.1. El Fuero Viejo de Castilla. Código de la nobleza castellana escrito en el año de 1228. Este código consagraba que las minas de oro, plata, plomo y cualquiera otras eran de propiedad del soberano si se encontraban en sus territorios o señoríos, y no podían ser labradas sin su autorización. Así pues, por deducción y por exclusión, las minas eran de los particulares, cuando estuvieran

⁸ VON MAYR, Robert. Historia del Derecho Romano. P. 415. Citado por: MOLINA, Juan C. *Op. cit.*

en sus tierras. Ante esta situación, el rey soberano, en su tarea de luchar contra la nobleza, dictó en el año de 1255, el Fuero Real, sin embargo fue de poca utilidad, ya que éste les quitaba ciertos privilegios y lograron entonces derogarlo y establecer nuevamente el Fuero Viejo de Castilla.

1.2.2.2. Las Siete Partidas. Obra basada en la recopilación y unificación del derecho romano y canónico, por Alfonso X, 'El Sabio', terminadas en el año de 1256. Al respecto, en la Partida Segunda, Título 15, Ley V, el dominio de las minas, era exclusivamente del rey, sin que se pudiera argumentarse, por cualquier particular, que este se las había otorgado y que ya había ganado derecho sobre ellas. Además, aunque se hubiera otorgado el privilegio del donadío, solo podía hacer uso de aquel, durante la vida del rey, y proseguir con éste, si el sucesor así lo confirmaba.

1.2.2.3. El Ordenamiento de Alcalá. Su origen se remonta al año de 1348, que posteriormente fue incluido en la Novísima Recopilación. Esta codificación, sigue un derrotero muy parecido a los ordenamientos anteriores. Así pues, éste manifestaba que todas las minas, de cualquier metal que se tratara, como también las fuentes y pozos salados, eran de dominio real, y que ningún particular podía explotarlas sin el respectivo mandato especial. A no ser, que se hubiese otorgado

el privilegio del donadío, por un soberano anterior o que las hubiese ganado por 'tiempo inmemorial'.⁹

1.2.2.4. El Ordenamiento de Birbiesca. Esta codificación del año de 1387, declaraba que el soberano se reservaba para él, todas las minas de metales. Sin embargo, los habitantes de tierras aledañas, tenían el derecho, con permiso y sin ocasionar perjuicios, de explorar en sus tierras propias o ajenas las minas de oro, plata, estaño y otros metales. Si la exploración era exitosa, podían empezar a explotar, siempre y cuando le pagaran al rey las dos terceras partes —deduciendo los gastos de extracción— de lo que obtuvieran.

Hasta aquí era la legislación que regía en España, antes del descubrimiento de América, la cual mediante las Siete Partidas consolidó la propiedad de todas las minas en cabeza del soberano, terminando así con la propiedad dual. Sin embargo, ordenamientos posteriores dieron la posibilidad de que los particulares explotaran minas con previa autorización del soberano y mediante el pago de un tributo. A partir de entonces, se aumentó la legislación, para aplicarla, de carácter general y especial, en las diversas colonias americanas. Estas fueron:

1.2.2.5. Las Ordenanzas Antiguas. Expedidas en Valladolid en el año 1559, por Felipe II donde dispuso que todas las minas de oro, plata y azogue, cualquiera que fuera el sitio donde se encontraran, tierras públicas o privadas, se reincorporaran a la corona, exceptuando únicamente las minas de oro y plata que ciertas personas hubieran descubierto y tuvieran explotación permanente, so pena de ser extinguido su derecho, como también, aquellas que se hubieran dado en recompensa exhibiendo los títulos pertinentes para ratificarla.

1.2.2.6. Las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno. Al igual que las Ordenanzas Antiguas, fueron obra de Felipe II. Se expidieron en San Lorenzo y derogaron las expedidas en Valladolid. Consideradas por muchos como un verdadero Código Minero, de allí que se haya bautizado a Felipe II como 'El padre de la minería'. Así pues, estas ordenanzas consagraron que, conforme a ellas, se debía terminar con todas los pleitos que se presentaran y se debían labrar las minas.

Por su característica de ser considerado un Código Minero, citaremos a continuación las normas más importantes de este:

⁹ Se debe entender la acepción "tiempo inmemorial" según la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA como: tiempo antiguo no fijado por documentos fehacientes, ni por los testigos más ancianos. Diccionario de la Lengua Española, Vigésima primera edición, Ed. Espasa Calpe, S. A., España, 1992.

1. - Item 2: Tanto los naturales como los extranjeros podían beneficiar y descubrir las minas y tenerlas como suyas en posesión y propiedad, con facultad para disponer de ellas como cosa propia, con la obligación de pagar, eso sí, los derechos reales, conforme a las tarifas allí fijadas;
2. - Item 14: Los que gozaran de mercedes de minas de oro, plata, y azogue tenían derecho a todas las demás sustancias que existieran con estos metales;
3. - Item 16: Cualesquiera persona, aunque fueran extranjeros, podían buscar libremente las minas de oro y plata y las demás de que, en tales Ordenanzas, se trata sin que ninguna persona pudiera impedirselo, pero en caso de causar daños con las excavaciones, la justicia de minas, debía nombrar peritos para que los avaluaran y ordenaran el pago; estos mismos peritos debían fijar los daños causados a particulares con los establecimientos para el beneficio de las minas;
4. - Item 17: Veinte días después de descubierta una mina de oro, plata u otros metales, debía ser registrada ante la justicia de minas, en el lugar de la ubicación de la mina y por ante un escribano, presentando metal del que hubiera hallado; 60 días después, este funcionario debía enviar copia autorizada de ese registro de minas al administrador general de la comarca, para que él lo asentara en el libro y registro, a fin de que en cualquier momento se tuvieran noticias de las minas descubiertas; si no se hacía tal registro en la forma y tiempo anotado, otro podía registrar la mina y adquirir el derecho de descubridor;

5. - Item 18: Los que antes de esta Ordenanza hubieran descubierto y registrado minas nuevas o viejas, debían dentro de dos meses renovar sus registros de acuerdo con la nueva Ordenanza; este registro debía enviarse al administrador general, con los fines anotados en el Item anterior; si así no se hacía, se perdía el derecho a la mina;

6. - Item 19: El administrador de minas de cada partido debía llevar un libro donde se asentaban todos los registros de las minas descubiertas, de las que se vendieran o de cualquier modo se encontrara; estos administradores debían enviar una relación a la contaduría cada 6 meses;

7. - Item 20: Quien registrara una mina que no fuera suya, sufría una pena de mil ducados, a mas de perder el derecho a tal mina;

8. - Item 21: Quien tuviera minas en compañía con otro, debía indicar en el registro su parte y la de los demás y si así no lo hacia perdía su parte a favor de los compañeros cuya parte dejó de incluir en el registro;

9- Item 22: El primer descubridor era quien primero debía hacer el registro y gozar de todas las pertenencias que quisiere estacar en las minas descubiertas, debiendo hacerlo en los 10 días siguientes aunque dentro de ellas quedaran las estacas y catas de los descubridores posteriores; éstos podían ir estacando sus minas en el orden de prioridad de sus descubrimientos, sin tocar los límites de las minas de los anteriores descubridores; las divergencias sobre prioridad se decidían sumariamente atendiendo al primero que pidió estacas;

10. - Item 23: El descubridor de mina nueva registrada, tenía derecho a 160 varas de largo y 80 de ancho, siguiendo la vena, pero si quería cruzar ésta, podía hacerlo; dentro de los 10 días siguientes a la estacada de la mina, el primer descubridor podía variar la fijación de éstas sin perjuicio de terceros que tuvieran a los lados y que tuvieran minas registradas antes de él; los subsiguientes tenían derecho a estacar 120 varas de largo por 60 de ancho, siguiendo o atravesando la vena, sin perjuicio de terceros;

11. - Item 24: Al que se le pidiera estacas o la indicación de ellas sobre el terreno de los límites de su mina, debía darlas dentro de los 10 días, pero si no las mostraba al solicitante, la justicia lo hacía, en su defecto;

12. - Item 26: Las minas debían estacarse en ángulos rectos;

13. - Item 27: Para evitar pleitos, con motivos del cambio de estacas en las minas colindantes había la obligación de hacer hoyos de dos varas de profundidad y una de ancho, con asistencia de los vecinos; si tal cosa no se hacía se perdía la mina;

14. - Item 29: El que quisiera mejorar su mina, corriendo las estacas, del lado de donde no las hubieren pedido, podía hacerlo con intervención de la justicia y anotación en el registro, sin perjuicios de terceros;

15. - Item 30: Si un minero, al extraer su metal penetraba en los yacimientos de otro, tenía derecho al metal extraído en recompensa de su cuidado y trabajo, pero si se encontraba con los trabajos del otro y éste le pedía estacas, debía salirse inmediatamente. Pero no tenía

derecho al metal extraído si su mina carecía de él y se había internado en la del otro con intento de aprovecharse de él; en este caso los jueces debían prohibir la explotación de esas minas sin metales;

16. - Item 31: Una misma persona podía tener y poseer todas las minas y pertenencias que comprare o heredare o le pertenecieren por cualquier título;

17. - Item 32: Ninguna persona debía denunciar minas para otro sino con poder, a menos que fuera su criado asalariado; faltando estas circunstancias, la denuncia se entendía hecha para el que había tomado la mina sin que la persona para quien se denunció tuviera derecho alguno;

18. - Item 35: Todos los que adquirieran minas tenían la obligación dentro de los 3 meses de registradas, de ahondar las catas o los pozos que tuvieran metal, so pena de perderlas, las cuales podían ser entregadas por la justicia a quien las denunciare e hiciere los trabajos;

19. - Item 37: Todos los dueños de minas estaban obligados a tenerlas pobladas, por lo menos con 4 personas cada una, entendidas en tales laboreos, ya fuera sacando el metal o el agua para evitar las inundaciones de la misma mina o de las cercanas; esto durante 4 meses continuos, so pena de perder la mina, a menos de hacer nuevo registro de ella; las minas despobladas podían ser denunciadas por otros. El término para el despueblo no corría por causa de guerra, mortandad o hambre en 20 leguas a la redonda;

20. - Item 38: Para poder denunciar una mina despoblada, había que hacer la declaración previa de despueblo con citación de su dueño;
21. - Item 40: Si una mina se inundaba por causa de la explotación de otra mina vecina, el dueño de esta era obligado a desaguar la suya y mantenerla limpia, pagando los perjuicios causados a la mina vecina;
22. - Item 42: Ninguno podía vender, ni contratar ni comprar mina alguna si no estuviere ahondada lo suficiente para demostrar la existencia del metal, so pena de perder el valor de ella y la misma mina la cual pasaba al que la denunciare e hiciera el registro;
23. - Item 43: Si dos o más tenía mina en compañía, estaban obligados a tener entre todos doce personas para labrarla si tenían metal; si tal cosa no se hacía, el Juez de minas podía poner los trabajadores a costa de los dueños de la mina, a fin de que no cesara la labor de ella;
24. - Item 44: Si alguno de los compañeros quería poner más trabajadores de los 12 ordenados, y los otros se oponían, aquél podía hacerlo pero dándoles a los demás compañeros la parte que les correspondiere como si todos hubieran aumentado la gente;
25. - Item 45: El metal sacado debía ser repartido entre los dueños de la mina antes o después de fundirlo y refinarlo, pero si alguno tomaba una parte de él antes de repartirlo, pedía lo que le correspondía;
26. - Item 46: Ninguno podía echar tierra de su mina sobre la pertenencia ajena so pena de una multa y la obligación de limpiar la tierra de dicha pertenencia a su costa, pero sí podían acarrearla por la pertenencia ajena hasta sacarla fuera de allí;

27. - Item 47: Los lavaderos de los metales, podían hacerse donde más les conviniera a los mineros, sin perjuicio de los pueblos o de los ganados; en este caso debía sacarse el agua del arroyo a estanques para lavar allí los metales, sin que los desagües volvieran al río o arroyo, pero si esto no se podía hacer, los primeros debían hacer corrales para los lavaderos a fin de evitar los daños, cercándolos con muros, a menos que los lavaderos se hicieran con aguas salidas de las minas, en cuyo caso podía hacerlos donde les pareciere;

28. - Item 48: Ninguna persona podía entrar a buscar, sacar o beneficiar metales en terreno, lavadero o escorial ajeno, que tuvieran dueños conocidos so pena de pagar multas y en caso de reincidencia, ser desterrado de aquel partido. Pero si eran escoriales antiguos de metales de plata, cobre, yerro y otros metales que no tuvieran dueño, se podían aprovechar de ellos las personas que labraren minas, sin que los dueños de dehesas pudieran impedirlo o alegar que los habían registrado;

29. - Item 49: Para beneficiar las minas y hacer ingenios, edificios y otras obras necesarias para conservarlas, se podían tomar maderas de los montes más cercanos, lo mismo que las leñas, sin pagar por ello cosa alguna, si tales montes o lugares eran comunes o baldíos, pero si pertenecían a particulares o a los concejos, debían pagar lo que justamente valiera;

30. - Item 50: Los mineros podían tener libremente en los lugares públicos y consejiles inmediatos a dichas minas, todos los bueyes y

bestias suyas y de sus criados, que fueran necesarios para el beneficio de dichas minas; pero si las dehesas eran de consejos o particulares debían pagar el herbaje y pasto;

31. - Item 51: Los dueños de minas y los que trabajaban en beneficio de éstas podían cazar y pescar libremente en 3 leguas al rededor de los asientos de las minas en que residieran;

32. - Item 72: Ninguna persona podía tratar ni contratar, ni comprar ni vender oro en polvo ni en barras ni rieles, sin estar marcado con la marca real que debía usar la persona que podía cobrar la parte del Rey;

33. - Item 77: El administrador general en el distrito del partido y los administradores de los partidos debían administrar justicia a las partes “breve y sumariamente” de manera que por razón de dichos pleitos no se impidiera ni embarazara la albor de las minas.¹⁰

1.2.2.7. Ley 1ª de 1564. Expedida, también, por Felipe II. Su finalidad era legislar sobre salinas. Ella consagra que solo podían ser labradas las minas de sal que el rey autorizaba y que todos tenían la posibilidad de comprar sal en aquellas que les quedara más práctico. Esto es así pues se venía presentando que por cuestión de distancias, a las personas obligadas a comprar sal, les salía más

¹⁰ MOLINA, Juan C. *OP. Cit.* P. 110 y ss.

costoso comprarla en salinas distantes. Por eso, a partir de la Ley, podían comprarla en aquellas que se encontraran más cerca. Por otro lado, la Ley dispuso que, pasarían a formar parte del patrimonio soberano, las minas de sal que habían sido otorgadas a merced de ciertos particulares, con el propósito de ser labradas para la producción de cantidades suficientes de la sustancia y, además, para que su uso y goce fueran libres. También ordenó esta Ley que se crearan depósitos y aduanas en lugares ubicados a gran distancia de las salinas para que hubiera en demasía.

Posteriormente, en épocas de Carlos III y Carlos IV, se dictaron las siguientes Leyes sobre minas de carbón de piedra:

1.2.2.8. Ley 1ª de 1780. Se ordenó fomentar el consumo de carbón, concediendo, por un término de 20 años, la libre exploración y su sucesiva explotación, sin pagar por ningún concepto dinero alguno al soberano. Así pues, después de denunciadas las minas, tenían el derecho a que se les expidiera el título correspondiente.

1.2.2.9. Ley 2ª de 1789. Abrogó la anterior Ley. Estableció la libertad de traficar el carbón por tierra y mar, ya que este no hacía parte del patrimonio del rey, por no

ser minas de metal o semimetal. Por el contrario, aquellas minas eran del dominio absoluto del propietario del terreno donde se encontraban localizadas. Sin embargo, si al descubrirse el yacimiento de carbón, el dueño del predio no hacía uso de su propiedad, el rey tenía la posibilidad de otorgarla a quien la descubrió. Sin embargo, el descubridor debía reconocer al propietario del terreno la quinta parte del producto de la mina.

1.2.2.10. Ley 3ª de 1790. Fue dictada con el fin de subsanar las discrepancias de la Ley 2ª de 1789 declarándola, por lo demás, insubsistente. Así pues, esta Ley consagraba la obligación, al descubridor, de pagar al dueño del terreno los perjuicios causados a raíz de la exploración de las minas. Una vez encontrada una mina, tenía prevalencia el dueño del terreno, frente al descubridor, para explotarla. Para realizar la explotación, tenía un plazo de 6 meses. Sin embargo, de no hacerlo, la mina se adjudicaba, prioritariamente, al descubridor, si contaba éste con los medios necesarios; de lo contrario, se adjudicaría a quien pudiese realizarla. De adjudicarse la mina a una persona distinta al dueño, esta debía hacer una de dos cosas: o darle el 10% del carbón percibido, deducidos los gastos, o pagar una canon de arrendamiento por el fundo. A pesar de esto, si no se lograba llegar a un consenso, no quedaba más opción que la compra del terreno, previa valoración teniendo en cuenta la superficie y lo que allí se encontrara.

1.2.2.11. Ley 4ª de 1792. Consagra que toda clase de minas pertenecen a la Corona, exceptuando las de carbón de piedra que, para poder incorporarse al patrimonio real debía observarse lo siguiente: La corona tenía el privilegio de incorporar las que necesitare para el uso de la marina o cualquier servicio público. Las que se encontraban en terrenos baldíos, se incorporaban sin recompensa. Sin embargo, para poder incorporar las que pertenecieran a concejos, comunidades o particulares, debía pagarse su justo valor. Es importante mencionar que los concejos, comunidades o particulares, según esta Ley, podían descubrir, enajenar o arrendar las minas de carbón a su libre arbitrio.

1.2.2.12. Ley 5ª de 1793. Reformó lo que tiene que ver con la libertad que tenían los concejos, comunidades o particulares, con estas minas limitándolos así: Para enajenar, era necesario la autorización del Consejo Real y en cuanto al arriendo, dispuso que debía ser por tiempo limitado que no excediera de nueve años.

1.2.2.13. Leyes de Indias. Esta amplia codificación, que se compone de unas seis mil Leyes, la puso a regir CARLOS II después que fueron terminadas en el año

1680. Eran las disposiciones especiales, prevalentes sobre las de Castilla que eran supletorias, y aplicables a las colonias que España tenía en ultramar.

En lo que a la aplicación de las Leyes de Castilla de forma supletoria entre nosotros se refiere, el profesor José María Ots Capdequí:

Resulta, en consecuencia, que para precisar hoy con arreglo a qué fuentes legales deberá ser estudiado cualquier título o acto jurídico en litigio que dimanase del período colonial, habrá que tener en cuenta la fecha de su celebración: si ésta es anterior a 1505, deberá tenerse a la vista el orden de prelación de fuentes establecido en el ordenamiento de Alcalá; si fuere posterior a 1505 y anterior a 1567, se acudirá en primer término, a las Leyes de Toro y luego a las restantes según el orden de prelación conocido; si fuere posterior a 1567 y anterior a 1805, se habrá de acudir ante todo a la Nueva Recopilación, en su defecto a las Leyes de Toro y en último término a las demás fuentes citadas guardando el orden de prelación reiteradamente señalado; si la fecha en cuestión fuere posterior a 1805, será la Novísima Recopilación la fuente a la que habrá de acudir antes que a ninguna otra.

Todo esto, siempre bajo el supuesto que no se encontrase precepto aplicable a las fuentes peculiares del derecho propiamente indiano.

Estas Leyes de Indias no volvieron a ser recopiladas, mientras que las de Castilla se volvieron a recopilar y a poner en vigencia con la Novísima Recopilación de Castilla. Sin embargo, como lo afirma Ots Capdequí, las Leyes de Indias de 1680 siguieron rigiendo, a pesar de sus falencias, hasta el decaimiento de la Colonia.¹¹

El desarrollo de la Época Colonial tuvo un gran vaivén en lo referente a la propiedad de las minas. Es de resaltar que la propiedad del soberano casi siempre se estableció para las minas de metal y semimetal, mientras que la propiedad del particular se dio sobre minas de carbón y salinas, previéndose también la posibilidad de que se explotaran por parte de su descubridor cuando el dueño de las mismas no lo hacía por su cuenta. Siempre quien explotara la mina debía hacer una contribución al patrimonio real.

1.2.3. Época Republicana. A pesar de que en este estadio se hubiera adquirido la autonomía política, no por ese hecho, quedaron totalmente abolidas las Leyes españolas. Con la independencia en 1810 terminó el dominio de la Corona sobre el territorio americano; no obstante, se siguieron aplicando las normas españolas hasta 1821 cuando se promulga la Constitución de Cúcuta, en la cual se disponía

¹¹ OTS CAPDEQUÍ, José María. Derecho Español e Indiano. Tomo I, P. 92. Citado por: MOLINA, Juan C. *OP. Cit.* p. 122.

que las Leyes españolas que no se opusieran a las de la República Colombiana seguirían rigiendo en nuestro territorio,¹² fue por esa razón que las Leyes de minas existentes en el Reino Español continuaron aplicándose en el territorio colombiano.¹³

La legislación más importante es a continuación:

1.2.3.1 Ley de Tierras Baldías. En octubre del año 1821 y con el fin de fomentar la agricultura se expide la Ley sobre tierras baldías, la cual estableció que el Estado dispondría de ellas y que se prefería a aquellos poseedores que tuvieran casas o labranzas en ese terreno. De acuerdo con un pronunciamiento de la Corte en 1939 esta Ley reconoció la propiedad particular sobre tierras adquiridas por compensación, compras sucesivas y demás títulos. Por medio de esta Ley el Estado reconoció, sobre las tierras baldías que enajenaba, la propiedad privada del suelo, sin separarlo del subsuelo. Por esta razón podría

¹² El artículo 188 de dicha Carta, se redactó así: "Se declaran en todo su vigor las Leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los Decretos y Leyes que expida el Gobierno." MOLINA R. *OP. Cit.* P. 124.

¹³ A raíz de esto, el 13 de mayo de 1825, para fijar los derroteros de prelación al aplicar las Leyes en nuestro territorio, se expidió una Ley, la cual en su artículo 1º consagraba: "El orden con que deben observarse las Leyes en todos los Tribunales y Juzgados de la República, Civiles, Eclesiásticos o militares, así, en materias civiles como criminales, es el siguiente:

1º . Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo;

2º . Las pragmáticas, cédulas órdenes, Decretos y ordenanzas del Gobierno Español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observación bajo el mismo Gobierno Español en le territorio que forma la República;

3º Las Leyes de la Recopilación de Indias;

4º Las de la Nueva Recopilación de Castilla; y

5º Las Siete Partidas". (Ibídem).

afirmarse que se dio aplicación al principio de la accesión, ya que aquel que adquiriría un terreno baldío del Estado, lo hacía junto con lo que a éste accediera.

1.2.3.2 Ley del 5 de agosto sobre Arrendamiento de Minas. En 1823 apareció la primera Ley de minas de la República, la cual autorizó al poder ejecutivo para que diera en arrendamiento todas las minas pertenecientes a la República, salvo las de platino, dando origen a la figura del arrendamiento minero. En esta Ley se hace referencia al ordenamiento español, —que más adelante se expondrá— lo que confirma la dependencia que aún se mantenía del antiguo sistema.¹⁴

1.2.3.3 Decreto de El Libertador - Reglamento sobre Minas. El 24 de octubre de 1829 se expide este Decreto, cuyo proyecto lo elaboró el Ministro del Interior, Doctor José Manuel Restrepo, y que expidió El Libertador, Simón Bolívar, en Quito. Esta norma mantuvo el principio de propiedad por parte del Estado sobre los recursos naturales no renovables, o sea que las minas de cualquier clase continuaron perteneciendo a la República. No obstante lo anterior, el Gobierno podía conceder las minas en propiedad o posesión a los ciudadanos que

¹⁴ De acuerdo a los títulos IX y X de la Ordenanza de Minería de Nueva España, las minas debían labrarse y fortificarse por parte de sus arrendatarios. MOLINA. *OP. Cit.* p. 124.

así lo solicitaran, pero sujetos a su explotación y al pago de un tributo sobre el valor y la cantidad del mineral extraído.¹⁵

Este Decreto también reguló todo lo referente a la solicitud y adjudicación de las minas, los derechos que por su explotación hubiere de pagarse, área máxima de explotación, tiempo para la restitución de la misma a la República y demás asuntos relacionados con las minas y su propiedad. Y para finalizar, conservó así mismo, este reglamento en su último artículo, la observancia provisional de la Ordenanza de Minas de Nueva España.¹⁶

1.2.3.4 Ordenanza de Minería de Nueva España. Expedida para México el 22 de mayo de 1783 por Carlos III¹⁷. A pesar de ser expedida en esta fecha, la localizamos dentro de las Leyes que rigieron en el período republicano, cuando entraron en vigencia. Consta de 19 títulos, de los cuales, sus primeros 8, no rigieron en Colombia. Los títulos IX y X entraron en vigencia por la Ley del 5 de agosto de 1823.

¹⁵ Artículo 1º, Reglamento de Minas.

¹⁶ El artículo 28 de este Decreto reza así: “Mientras se forma una ordenanza propia para las minas y mineros de Colombia, se observará provisionalmente la ordenanza de minas de Nueva España, dada el 22 de mayo de 1803 [sic], exceptuando todo lo que trata del Tribunal de Minería, y jueces diputados de minas, y lo que sea contrario a las Leyes y Decretos vigentes. Tampoco se observará en lo que se halle reformada por el presente Decreto”. Es importante anotar que estas Ordenanzas fueron expedidas el 22 de mayo de 1783 y no como quedó redactado el artículo. MOLINA. *OP. Cit.* p. 128.

¹⁷ Basándose especialmente en las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, Francisco Javier de Gamboa las redactó.

El primero de estos, se refería a la forma como debían labrarse, ampararse y fortificarse las minas.¹⁸ En lo que al amparo se refiere, este fue modificado por el Decreto del Libertador, resumiéndose en que ninguna mina podía declararse abandonada o desierta sino solo al cabo de un año de no haberse trabajado. En cuanto al título X, este tuvo aplicación plena y se refería al desagüe de las minas. El título XI contiene la reglamentación sobre las minas en compañía.¹⁹ El título XII habla de los operarios de minas y de las haciendas o ingenios de beneficio.²⁰ El título XIII se ocupa del surtimiento de aguas y provisiones de las minas.²¹ El título XIV reglamenta los maquileros y compradores de metales.²² El título XV se refería a los aviadores de minas y los mercaderes de plata.²³ El título XVI trata del fondo y banco de avíos de minas.²⁴ El título XVII hablaba de los peritos en los laboríos de las minas y el beneficio de los metales y el XVIII trataba la educación de los

¹⁸ Se debía labrar una mina por un tiempo no menor a cuatro meses ininterrumpidos cada año, para tener derecho al amparo. Si no se cumplía con este requisito, se imponía una sanción consistente en adjudicar a aquel que justificaba el abandono, salvo poder probar que la deserción se debe a falta de operarios por razones de peste, hambre o guerra. *Ibidem*. p. 130

¹⁹ Se estableció que cada mina quedaría fraccionada en 24 porciones equivalentes llamadas 'barras'. Además, cada mina debería trabajarse en común y no de forma individual. Así mismo, los frutos debían repartirse proporcionalmente. Las decisiones se tomaban por medio de votación, de acuerdo al número de barras que cada uno tuviera. Sin embargo, si una persona era propietaria de 12 barras o más, su voto valdría por uno menos de la mitad. *Ibidem*. p. 131.

²⁰ Ningún propietario de mina podía alterar los jornales determinados, según la Ley, para los operarios, so pena de verse obligado a pagar el doble. Los jornales se debían cancelar de forma semanal, el pago debía ser en dinero y no en especie y no se podía retener su salario, ni obligarlos al pago de contribuciones. *Ibidem*. p. 131.

²¹ Los acueductos se debían asear y conservar limpios. Proponía un control sobre las aguas sucias, de tal manera que los desagües no podían desembocar en los arroyos ni en los acueductos. *Ibidem*. p. 132.

²² Las personas que no poseían minas, podían comprar el mineral en piedra o en bruto en cada mina, pero si lo hacía en un lugar distinto, debía tener la autorización respectiva, para evitar que se declarara como robado y en consecuencia se restituyera al minero quejoso. *Ibidem*. p. 133.

²³ Por aviadores de minas se entendía aquellas personas que sin ser mineros realizaban la explotación y beneficio de los minerales con su propio patrimonio. Este pacto se podía realizar de dos formas: a) Dándoles el mineral que se explotaba por un precio menor del justo, dejándoles como utilidad a los aviadores la diferencia y b) Interesando al aviador en los metales o en la mina, de tal forma que podía llegar a ser dueño. *Ibidem*. p. 133.

²⁴ Como el Decreto del Libertador mandó que se debía pagar por parte de los mineros los aranceles y lo correspondiente al valor del título, sin la creación de un fondo dotal, en la práctica no se tuvo en cuenta este título XVI. *Ibidem*. p. 134

jóvenes sobre minas.²⁵ Y por último, el título XIX estableció los privilegios de los mineros.²⁶

1.2.3.5 Leyes durante el periodo comprendido entre 1830 y 1858. Sobre estas siete Leyes que se dictaron durante este estadio se hará una pequeña referencia así:

- Ley 13 de junio de 1833, cuyo tema era el de hallazgos de tesoros.
- Ley 10 de mayo de 1834, estatuyendo la competencia de los juicios mineros a los tribunales ordinarios, derogando las atribuciones judiciales que anteriormente radicaban en cabeza de los Gobernadores.
- Ley del 16 de mayo de 1836, por la cual se cedía a las rentas de las provincias el valor de la expedición de títulos mineros.
- Ley de 21 de junio de 1842, en lo concerniente a la administración parroquial.
- Ley de 1 de junio de 1844, sobre registro de instrumentos públicos y anotación de hipotecas.
- Ley de 10 de junio de 1844, referente a los quintos, fundición, rescate y extracción de oro y de plata.
- Ley de 9 de junio de 1847, pertinente al arrendamiento de las minas de esmeraldas.

²⁵ Estos dos títulos tampoco tuvieron aplicación práctica. *Ibidem.* p. 134.

²⁶ Como por ejemplo no podían ser presos por deudas. Sin embargo, este título no tuvo vigencia, ya que el Decreto del Libertador dictaminaba que en los juicios mineros carecían de fuero. *Ibidem.* p. 134.

En la Época Republicana se da la posibilidad de que la propiedad del suelo y el subsuelo de tierras baldías que el Estado enajenaba, se predicara de particulares, volviendo de esta forma a la aplicación de la accesión del Derecho Romano. También se permite el arrendamiento minero.

Pero en 1829, cuando se expide el Decreto de "El Libertador", se define el asunto de la propiedad del subsuelo: al establecerse que el Estado es el propietario de todos los recursos naturales renovables y no renovables, se aclara que le pertenecen tanto el suelo como el subsuelo.

1.2.4. Época Federal. Como se ha venido esbozando, en lo general, nuestra legislación minera no ha tenido unidad en todos los temas que la comprenden. Durante esta temporada no es la excepción, ya que tanto la Unión Colombiana como los Estados Soberanos, tuvieron legislaciones especiales sobre minas. Así pues, que para el estudio que aquí nos corresponde, lo dividiremos en dos: por un lado haciendo referencia a las Constituciones y por el otro a las legislaciones de los Estados Soberanos.

1.2.4.1. Constituciones Nacionales de 1858 y 1863. Esta época estuvo enmarcada por las ideas federalistas, las cuales se sentían en todo el territorio, e

influenciaron las Leyes mineras. También se empezó a percibir la importancia económica que representaba dentro del patrimonio el ser propietario de una mina, lo que llevó a pensar que se cumpliría una mejor función pública del patrimonio nacional, si se traspasaba el dominio de las mismas, incluyendo el subsuelo minero, a dominio privado.

En 1820 se expide la Ley 20, la cual autorizó al gobierno nacional a entregar las minas que se encontraran en terrenos baldíos como medio de pago de deuda extranjera. Es así como se celebraron cuantiosos contratos que tenían por objeto entregar extensos terrenos con reservas mineras importantes, que incluían al subsuelo, a cambio de recibir los documentos de deuda pública que liberaban al Estado Colombiano de altísimas deudas. Con esta Ley se inicia el cambio de mentalidad sobre la propiedad del subsuelo, pues liberó un poco la tutela que se tenía sobre el patrimonio nacional y específicamente sobre la riqueza minera del subsuelo.

En 1858 se expide una nueva Constitución Política, la cual cambia la organización política del país, nace así la Confederación Granadina. Se inicia, la época federal, en la cual el Estado o República Federal se reservaba ciertas minas como las de oro, plata y platino, otorgando las demás a los Estados Federados, quienes a su vez se reservaron la propiedad de algunas de ellas y las otras fueron entregadas a los particulares dueños del suelo.

Las minas empezaron a ser del dominio de los Estados Soberanos, con excepción de las de esmeralda y sal gema con la justificación constitucional de 1858 en sus artículos sexto y octavo que rezan:

Artículo 6º: Son bienes de la Confederación: 1º Todos los muebles e inmuebles que hoy pertenecen a la República; 2º Las tierras baldías no cedidas y las adjudicadas, cuya adjudicación caduque; 3º Las vertientes saladas que hoy pertenecen a la República; 4º Las minas de esmeraldas y de sal-gema estén o no en tierras baldías; [...]

Artículo 8º: Todos los objetos que no sean atribuidos por esta Constitución a los poderes de la confederación son de la competencia de los Estados.

27

Esta política dio cabida al crecimiento y establecimiento del principio de la accesión dentro de nuestro esquema jurídico minero.

En esta nueva Constitución se contempló la posibilidad de dejarle a cada Estado la libertad de regular las materias que no se contemplaran en la Constitución General de la República Federal. Fue así como cada Estado comenzó a regular lo relacionado con minas, ya que en la Constitución Política sólo se hacía referencia a las tierras baldías del Estado, pero nada acerca del subsuelo de las minas.

²⁷ MOLINA, Juan C. *OP. Cit.* p. 137.

Gracias a la libertad otorgada a los Estado Soberanos por medio de la Constitución de 1858, ampliada posteriormente por la carta de 1863, cada Estado pudo dictarse su propio régimen minero, resultando así algunos Códigos de Minas y simples Leyes que regían todos los asuntos relacionados con el tema.

La Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, conservó para la Unión los derechos que pertenecían a la Confederación. Tanto esta carta como su antecesora no adjudicaron las minas a los Estados, sino que otorgaron a éstos jurisdicción que les permitía legislar sobre la materia.

Fue un elemento común de casi todos los regímenes de minas expedidos por los Estados, la consagración del principio de la accesión, como modo de adquirir la propiedad del subsuelo, pues se establecía que el dueño del terreno lo era también de todas las minas cuyo dominio no se reservara exclusivamente la Nación.

El fundamento de este sistema de accesión consistía en afirmar que la mina o el yacimiento eran parte integral del suelo y como no existía una división física entre ambos, era imposible pretender que el dominio del uno estuviera separado del dominio del otro; por tanto, quien fuera el propietario del terreno, bien principal, lo era también del subsuelo.

1.2.4.2. Legislación de los Estados Soberanos. Los Estados que conformaron la Confederación Granadina y los Estados Unidos de Colombia, salvo el de Panamá, reconocieron al propietario del suelo el derecho sobre las minas diferentes a las de oro, plata, platino, cobre y piedras preciosas.

El Código más importante fue el expedido en el Estado Soberano de Antioquia, que se adoptó posteriormente en la República Unitaria como legislación minera en toda la Nación. En él se estableció que las minas de esmeraldas y sal gema pertenecían a la Confederación, posteriormente a la Unión, por reserva constituida en la Constitución Política, las de oro, plata, platino, y cobre al Estado Federado y las demás al dueño del terreno en el cual se encontraran. Este mandato se ve reflejado en los diferentes Estados Federados por las siguientes disposiciones propias: en la Ley 28 de 1864 y posteriormente en la Ley 127 de 1867 del Estado Soberano de Antioquia²⁸; y en parte, en las Leyes 197 y 261 de 1873 y 1875 respectivamente del Estado Soberano de Boyacá; en la Ley 59 de 1873 del Estado Soberano del Cauca; en el Código de Fomento del Estado Soberano de Cundinamarca; en la reforma del año de 1869 que se le hizo a la legislación de Antioquia adoptada en el año de 1886 por el Estado Soberano del Magdalena; en el Código de Fomento del Estado Soberano de Santander; y en la Ley 4 de 1863 por la que se adoptó el Código de Fomento del Estado de Cundinamarca y la Ley 13 de 1877 del Estado Soberano del Tolima.

²⁸ Del 21 de octubre, que con posterioridad se convierte en el Código de Minas Nacional. El proyecto de Ley fue presentado por los diputados Rafael Botero Álvarez, Ignacio Hernández, Jan Pablo Restrepo y Juan E. Sierra.

1.2.4.2.1. Importancia del Código Fiscal. Dentro de este título es importante resaltar para nuestro estudio la Ley 106 de 1873 a través de la cual se expidió el Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia, que reflejó la posición del gobierno en el sentido de proteger a la Nación del perjuicio que le estaba causando la aplicación de la política minera individualista que privaba al tesoro nacional de grandes recursos económicos. El 28 de octubre de 1875, entra en vigencia éste código, y a partir de ese momento, las adjudicaciones de baldíos que celebrara el gobierno nacional no comprenderían el subsuelo, dejando de aplicarse el principio de la accesión que venía rigiendo en algunos de los Estados Federados.

A través de la lectura de algunos artículos de este código, se estableció la posibilidad de celebrar concesiones para la explotación de minas de la Nación. En virtud de éstas, surgía para el particular concesionario la obligación de pagar un derecho o impuesto al Estado por poder explotar y obtener beneficios. Este principio de propiedad de la Nación sobre el subsuelo no excluyó la posibilidad de propiedad de particulares. Esto en concordancia con el artículo 1103 del mencionado código²⁹.

Este ordenamiento no nacionalizó, las minas como algunos lo sostienen, sino que reconoció que eran de la Unión las que estuvieran situadas en los baldíos en los terrenos que le pertenecían. Dispuso además que en las futuras adjudicaciones

²⁹ Artículo 1103. - Siempre que dichas minas no sean necesarias para algún uso de la Nación, podrá el Poder Ejecutivo adjudicarlas a los descubridores que las pidan, concediéndolas en posesión y propiedad.

de baldíos no se adjudicarían las minas y depósitos que se encontraran en tales terrenos. De ahí que para establecer si una mina o yacimiento pertenecía al dueño del suelo, era preciso establecer que el terreno había salido del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha de entrada en vigencia del Código.

Esto se ha denominado Prueba Diabólica, lo que consistía en demostrar que el Estado en alguna fecha anterior había transferido el dominio por medio de adjudicación a los particulares y que en el momento de la controversia se podía verificar una cadena ininterrumpida de títulos sobre ese bien.

En 1919 se expidió la Ley 110 que adoptó el nuevo Código Fiscal, ya para toda la Nación. Esta Ley reitera lo dispuesto por la Ley 30 de 1903 en el sentido de incluir expresamente el petróleo entre las sustancias que fueron reservadas por el Código Fiscal de 1873 como bienes de la Nación.

1.2.5. Constitución de 1886. El 7 de septiembre de 1886 se expide una nueva Constitución Política, la cual adopta un régimen centralista; ésta constitución rige en nuestro territorio por más de un siglo.

El cambio de régimen generó un período de transición consistente en la adecuación de las instituciones y de las Leyes al nuevo sistema.

Con relación a la propiedad de las minas se dispuso:

Pertenecen a la República de Colombia:

1º. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión el 15 de abril de 1886;

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

3º. Las minas de oro, plata, platino, y piedras preciosas que existían en territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por Leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas.³⁰

La Constitución de 1886 radica la soberanía en la Nación. Las Constituciones de 1858 y 1863 establecieron la competencia para legislar sobre minas a los diferentes Estados. En algunos casos se reservaron la propiedad de algunos metales para ellos, y en otros se las atribuyeron a los particulares. Al pasar la

³⁰Artículo 202. Constitución Política de Colombia de 1886.

soberanía a la Nación, el dominio de las minas que pertenecían a los Estados pasó a la Nación.

En consecuencia la Nación adquirió los baldíos, las salinas y minas de sal gema, bienes que correspondían a la Unión y a los Estados. Así mismo, la competencia y jurisdicción para legislar sobre la materia.

En opinión de algunos autores, la Carta de 1886 transfirió el dominio de todas las minas existentes en el país a la Nación. Esta opinión es insostenible, ya que no fue esa la finalidad de la Constitución de 1886 y por tanto no puede interpretarse en tal sentido.

El constituyente Miguel Antonio Caro, en la exposición de motivos del artículo 202 expresó:

El artículo (se refiere a un proyecto) suscita, no decide, una cuestión grave. Por él se confirman las donaciones hechas por la Nación a cualquiera persona o entidades. Los principales cesionarios, o para hablar más claro, expoliadores de la Nación fueron los Estados. Los representantes de los Estados Soberanos venían al Congreso a repartirse los despojos de la Hacienda Nacional... Los Estados Soberanos han muerto. Sus bienes son herencia yacente. ¿Quién ha de ocuparla?-. ¿Están los nuevos departamentos llamados por derecho natural a ocupar esa sucesión? ¿O bien la Nación, por el hecho de

reasumir la soberanía, recobra el dominio de los bienes que los Estados poseyeron a títulos de soberanos?. Este punto debe definirse aquí y quedar definido en la Constitución. Si la Nación, debe procederse a una distribución equitativa para que ella conserve los bienes anexos al atributo de la soberanía, como son el subsuelo y los baldíos, y renueve libremente en favor de los departamentos la donación de otros que no tienen aquel carácter.³¹

Se puede concluir entonces, que la Nación se constituyó como sucesora de los bienes que pertenecían tanto a la Unión Colombiana como a los Estados Soberanos y en ningún momento modificó la titularidad de las minas que eran de propiedad de particulares y cuyo dominio les había sido adjudicado por los Estados según el principio de la accesión.

1.2.6. Legislaciones posteriores a 1886. Hubo a partir de 1886 una proliferación de normas referentes a la propiedad de minas, que generaron confusión.

A través de la Ley 38 de 1887, expedida el 15 de marzo, se adoptó para la República Unitaria el Código de Minas del antiguo Estado de Antioquia y las Leyes

³¹ RIVADENEIRA, Luis Mario. Derecho de Minas Colombiano.

del mismo que se expidieron para reglamentarlo. Varias de estas Leyes y la misma Constitución establecían que eran denunciables las minas de oro, plata, platino, las de piedras preciosas, y demás minas de sustancias minerales metálicas o no metálicas, que se hallen en terrenos baldíos, con excepción de los depósitos de carbón, guano o cualquier otro abono, fuentes saladas y bancos de sal gema. Disponía:

Artículo 5º. - En donde quiera que la propiedad de las minas hubiere sido del propietario del suelo hasta el 7 de septiembre de 1886, en que empezó a regir la Constitución, cada uno de los propietarios tendrá por un año que se contará desde la fecha de ésta Ley, un derecho preferente al de cualquier otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas que hubiere dentro de su heredad.

Pasado un año, las minas que hubiere dentro de esas heredades serán denunciables por cualquiera otro individuo, como pueden serlo todas las demás, conforme a la Ley, con la excepción de que tratan los artículos 3 y 4 de esta Ley.³²

Se estableció entonces que se respetarían los derechos de propiedad adquiridos con anterioridad a la expedición de la Ley 38, y se atacó el principio de la accesión, estableciendo que de ahora en adelante, los propietarios de tierras tendrían un año a partir de la entrada en vigencia de ésta Ley, para buscar y

denunciar las minas que encontraran en su propiedad y hacerse así acreedores al derecho de dominio sobre los hallazgos; pasado ese tiempo el derecho lo obtendría cualquier persona que buscara en tierras ajenas o propias encontrara una mina susceptible de ser apropiada; en consecuencia, a partir de ahora, el propietario de un terreno no puede alegar que es el propietario del subsuelo por ser el propietario del suelo.

Se deja así de aplicar el principio de la accesión, y empieza a regir el principio de la ocupación como modo de adquirir la propiedad, esto una vez concedido el término dado por la Ley y con algunos requisitos adicionales. En efecto, se estableció que el denunciante de una mina debía realizar las exploraciones necesarias para encontrarla y poder así probar que la mina denunciada se encontraba en el terreno que le era propio, o en aquel que no siéndolo hubiere trabajado.

Quienes cumplían con los requisitos pasaban a ser propietarios plenos, esto quiere decir que podían venderlo o ceder su derecho por causa de muerte o por acto entre vivos. Sólo existía una restricción establecida por la misma Ley 38: Pasados cinco años desde la fecha formal de la adjudicación y si no se iniciaban trabajos de explotación o se suspendían por más de un año y aunque se hubieren pagado los impuestos correspondientes, se perdía el derecho adquirido sin

³²Artículo 5. Ley 38 de 1887

posibilidad de recuperarlo, de esa forma pasaban las minas inmediatamente al patrimonio de la Nación, del cual no podían volver a salir.³³

También se adoptó la figura de la adjudicación de minas prevista en el Código de Minas del extinto Estado de Antioquia, por medio de la cual se otorgaba un derecho absoluto sobre aquellas, sin más limitaciones que el pago cumplido de los tributos respectivos.

De acuerdo con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 5º de la Ley 38 de 1887 no era aplicable en materia de hidrocarburos. Expresaba la Corte, que el petróleo y otros depósitos o canteras no pueden estar comprendidas en aquellas minas objeto de regulación de la Ley 38, aunque quiera darse interpretación extensiva al concepto "minas de sedimento" definidas en el artículo 16 del Código, ellas no pueden comprender yacimientos de carbón, de yeso o de petróleo.

La Ley 153 de 1887 dispuso: "El adjudicatario o cesionario de minas, que pasados ocho años desde la fecha de adjudicación, no hubiere establecido trabajos de explotación, perderá el derecho adquirido, aún cuando pague el respectivo impuesto. Igual pena sufrirá el adjudicatario o cesionario que después de establecidos los trabajos se suspendan por más de ocho años."³⁴

³³ Artículo 11 de la Ley 38 de 1887.

El Gobierno suspendió estos términos por medio del Decreto 278 de 1895 por razones de orden público y, más adelante, al poco tiempo de haberlos restablecidos, dictó el Decreto 600 de 1899, en virtud de la cual se volvieron a suspender por la misma razón anterior.³⁵ Este Decreto fue el último en varios años que trató el tema relacionado con el término de explotación, pues después de la Guerra de los Mil Días nada se volvió a decir al respecto.

Estas normas, y el sistema de las Minas Redimidas a Perpetuidad contemplado en la Ley 292 de 1875, el cual continuó hasta la expedición de la Ley 20 de 1969, causaron efectos nocivos en el terreno minero y económico del país, pues no se realizaban explotaciones adecuadas y los particulares que conservaban el dominio de las minas preferían negociarlas con compañías extranjeras, o en algunos casos nacionales, para obtener una renta considerable.

Cuando en 1903 se reinicia la actividad legislativa, se expide la Ley 30, la cual trata asuntos fiscales y de minas. Se estableció en ella, impuestos sobre las minas de oro, plata y platino, originados en la denuncia, la concesión o el simple impuesto anual. Las normas del Código Fiscal de 1873 relativas a las minas de carbón se hicieron aplicables al petróleo y se dispuso que ningún contrato que el Gobierno realizara con el objeto de enajenar u otorgar la explotación de las minas

³⁴ Artículo 315 Ley 153 de 1887.

³⁵ Artículo 1 Decreto 600 de 1899.

de carbón o yacimientos de petróleo pertenecientes a la misma, sería válido sin la previa autorización del Congreso.³⁶

Parte del desarrollo legislativo del tema minero se dio a través de Decretos Reglamentarios. En 1905, en uso de las facultades extraordinarias consagradas en el artículo 121 de la Constitución de 1886, el Presidente de la República expide el Decreto Reglamentario número 34, el cual contempla la posibilidad de regular materias referentes a terrenos baldíos.

Este Decreto facultó al gobierno para conceder permisos de exploración en terrenos agrícolas y bosques baldíos, donde se encontraran yacimientos y minas, con el fin de celebrar, posteriormente, contratos de exploración con el contratista y adjudicarle, concederle, o arrendarle lo que descubriese, sin requerirse licitación pública ni aprobación del órgano legislativo.

La Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa, el 5 de abril de 1905, adopta este Decreto Reglamentario como legislación permanente, y es registrada como la Ley 6 de 1905, la cual fue derogada en 1909 por la Ley 4^a.

La Ley 56 de 1909 determinó la obligación de registrar los títulos de adjudicación de terrenos baldíos en el Ministerio de Obras Públicas, para que tuvieran valor de allí en adelante, y poder ejercer así dominio pleno sobre tales terrenos. Esta Ley

³⁶ Artículos 3º y 5º de la Ley 30 de 1903.

se dictó con el propósito de separar claramente el patrimonio de los particulares y el de la Nación.

1.2.6.1. Sustitución del Código Fiscal y Legislación posterior. La Ley 110 de 1912 derogó el Código Fiscal que había sido adoptado en 1887. Esta Ley hace una clara referencia a los terrenos baldíos y a los bienes fiscales, adoptando para ellos conceptos básicos, que fueron consagrados de la siguiente manera:

Son bienes fiscales del Estado:

c) Minas distintas a las mencionadas en el artículo 202 de la Constitución Nacional³⁷ y las de cobre. Se incluyen entonces como bienes fiscales, el carbón, hierro, azufre, petróleo, descubiertos o que se descubran en terrenos baldíos, y en los que, con tal carácter hayan sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873 sin perjuicio de los derechos adquiridos.

³⁷ Artículo 202 Constitución Nacional 1886... 3. Las minas de oro, de plata, de platino, y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos adquiridos que por Leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas.

d) Depósitos de guano y otros abonos descubiertos o que se descubran en terrenos que sean o hayan sido baldíos con la misma limitación[...]

38

A partir de este momento se legisló sobre petróleo de una forma independiente, ya que desde la Ley 38 de 1887 y hasta la expedición de la Ley 30 de 1903, se le daba el mismo tratamiento a las minas de carbón y a los yacimientos de petróleo.

La Ley 75 de 1913, plasma en materia de hidrocarburos el mismo principio que consagraba el Código Fiscal de 1873, según el cual en las futuras adjudicaciones de baldíos que efectuara la Nación, no se entenderían incluidas las minas que en tales terrenos se encontraran. Es así, como la mencionada Ley dispone: "La Nación se reserva la propiedad de los depósitos y fuentes de petróleos y de hidrocarburos en general, situados en terrenos baldíos o en los que por cualquier otro título le pertenezcan." ³⁹

Esta Ley restringió los contratos cuyo objeto era la exploración y explotación de minas y yacimientos, estableciendo que únicamente se podrían realizar concesiones temporales previa aprobación del Congreso.

³⁸ Artículo 4º Ley 110 de 1912.

1.2.6.2. Legislación petrolera independiente. La Ley 120 de 1919, fue la primera Ley que reguló expresa e independientemente el tema de petróleos. Entre los asuntos importantes que trato esta Ley encontramos:

- Define el alcance del término hidrocarburos
- Dividió el país en tres zonas para así poder fijar el impuesto correspondiente a la explotación.
- Creó el impuesto superficiario que gravaba a los yacimientos situados en terrenos baldíos, terrenos recuperados para la Nación y bienes fiscales. A diferencia de éstos, los terrenos que la Nación adquiriese y los hubiere adquirido y los que se adjudicaron o cedieron a particulares a partir del 28 de octubre de 1873, serían gravados únicamente con el impuesto de explotación.

Así mismo, la industria de explotación de hidrocarburos y la construcción de oleoductos, es declarada de utilidad pública; se crea la "servidumbre de oleoducto", por medio de la cual se establecía una servidumbre legal en favor del contratista constructor del oleoducto y por ende a favor de la Nación.

Se consagra la posibilidad de explotar el petróleo libremente en los terrenos baldíos adjudicables y en los no adjudicables con reservas, mediante la obtención de una licencia otorgada por el Gobierno; para los terrenos adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873 se hacía necesario obtener una licencia otorgada por el gobierno, además de un aviso y autorización del propietario del

³⁹ Artículo 1º Ley 75 de 1913.

terreno. Si no se cumplía con estas disposiciones y se explotaba un terreno diferente a los mencionados en el aviso, se imponía una multa equivalente al doble del valor del impuesto correspondiente.

La Ley 14 de 1923 impone la obligación a los explotadores de pagar una suma a título de indemnización a los dueños del suelo y a los colonos, por el solo hecho de explotar en su propiedad y se creó un nuevo impuesto, denominado "Territorial", que se debía pagar por el explotador de la mina o yacimiento, cuyo pago no concedía el uso de la superficie del suelo, sino únicamente el derecho a explorar el subsuelo con el fin de buscar hidrocarburos.

En la medida en que se iba desarrollando la industria de los hidrocarburos, aparecía legislación relacionada con el tema. En 1927 se expiden las Leyes 25 y 84; la Ley 25 se refería al asunto de la contratación de técnicos extranjeros especializados en la exploración, explotación, refinación y conducción de hidrocarburos y en general todo lo referente con la industria de los mismos. La Ley 84 trataba sobre yacimientos de hidrocarburos encontrados en terrenos baldíos, o que le pertenecieran a cualquier título a la Nación, cuyo beneficio privativo se reservaba la Nación. Se estableció en esta Ley que el derecho a construir, usar, explotar o permitir que se construyeran, usaran o explotaran oleoductos y refinerías, sería únicamente de la Nación. Se fijó también el impuesto por explotación de yacimientos petrolíferos que fueran del Estado y se dictaron otras disposiciones de gran importancia para el campo minero.

Otras Leyes relacionadas con la propiedad del suelo y subsuelo fueron la Ley 120 de 1928 y la Ley 37 de 1931.

La Ley 120 del 1928, reglamentó la prescripción y el registro de la propiedad adjudicada por este modo; determinando que el que tuviera a su favor una prescripción adquisitiva de dominio, podía lograr que se le adjudicara el terreno por declaración judicial y se registrara su título de propiedad, sin que éste registro comprendiera los yacimientos de hidrocarburos y demás bienes calificados como reserva de la Nación o como imprescriptibles.

La Ley 37 de 1931 fue más específica en lo relacionado con el tema del petróleo que las legislaciones anteriores. En los siguientes artículos determina lo siguiente:

Artículo 1º.- Las disposiciones de esta Ley se refieren a las mezclas naturales de hidrocarburos que se encuentran en la tierra, cualquiera que sea el estado físico de aquellas, y que componen el petróleo crudo, lo acompañan o se derivan de él. Para los efectos de esta Ley, las mezclas naturales de hidrocarburos a que se refiere el inciso anterior se denominan petróleo.

Artículo 4º.- Los derechos particulares sobre el petróleo de propiedad privada serán reconocidos y respetados como lo establece la Constitución y el Estado no intervendrá con respecto a ellos en forma que menoscabe tales derechos.

Artículo 5°.- El petróleo de propiedad de la Nación solo podrá explotarse en virtud de contratos que se inicien y perfeccionen de conformidad con la presente Ley (concesiones).

El Contrato de concesión genera regalías a favor de la Nación. La explotación de petróleo de propiedad particular genera impuesto. En ambos casos se aplican tablas que tienen en cuenta la distancia al puerto.⁴⁰

La Ley 37 de 1931 reglamentó también, la exploración con taladro en terrenos propios de la Nación y de particulares, exigiendo para los primeros, la licencia expedida por el gobierno, y para los segundos el aviso, el cual consistía en un proceso en el cual el particular tenía que aportar las pruebas que demostraran el derecho de dominio que pretendía hacer valer.

La Ley 37 de 1931 fue reglamentada por el Decreto 1270 de 1931, el cual dice: "Solo podrán oponerse a la exploración superficial en busca de petróleo de la Nación, las personas que hubieren obtenido reconocimiento de su dominio por parte del Gobierno o de la Corte Suprema de Justicia conforme la Ley 37 de 1931 o a las personas que tuvieren ante el gobierno o la Corte solicitudes pendientes de acuerdo con las mismas disposiciones."⁴¹

⁴⁰ Ley 37 de 1931.

La Ley 27 de 1935 define bienes ocultos de la siguiente manera: "[...]además de estar simplemente abandonados en su sentido material por la entidad dueña de ellos, están en condiciones tales que su carácter de propiedad pública se haya hecho oscura hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio común de la Nación, de los departamentos, o de los municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio". Igualmente se estableció, que el denunciante de estos bienes que lograra recuperarlos para la Nación, tendría el derecho a una participación hasta de un 30% del valor del bien oculto recuperado.

Posteriormente en 1936 se expide la Ley 160, fija un nuevo marco normativo para la propiedad particular del petróleo al disponer:

Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, Resolución o cualquier otra causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, bastando en este último caso para los incisos 1 y 2 del artículo 6 de la

⁴¹ Artículo 33 del Decreto Reglamentario 1270 de 1931.

presente Ley presentar el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal.⁴²

Con respecto a la Ley 37 de 1931, la Ley 160 de 1936 significó un avance en materia de propiedad de hidrocarburos, ya que fijó de una forma más clara y específica las condiciones bajo las cuales dicha propiedad privada podía presentarse. Esto fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia del 1 de abril de 1940.

Entre los aspectos más relevantes reglamentados por la Ley 160 de 1936 tenemos:

a) Se define la actividad de exploración de la siguiente manera: " es el conjunto de trabajos geológicos superficiales o las de perforación con taladro tendientes a averiguar si los terrenos materia de la concesión contienen o no petróleo en cantidades comercialmente explotables."

b) La etapa de exploración fue dividida en tres períodos, uno inicial de tres años a partir del perfeccionamiento del contrato, con prorrogas ordinarias de tres años, y extraordinarias por el mismo tiempo. Terminada la etapa de exploración se iniciaba la de explotación comercial, la cual tenía un plazo de treinta años

⁴² Artículo 10º Ley 160 de 1936.

contados a partir del vencimiento definitivo de la etapa de exploración por diez años más a opción del contratista.

c) Los contratos de concesión a celebrarse con el Estado y los particulares en lo referente a la exploración y explotación fueron regulados. Debe presentarse una propuesta que debía publicarse en el Diario Oficial, con el fin de que los posibles interesados identificaran el terreno donde se efectuaría la exploración y posteriormente la explotación. Esta publicación pretendía que el que quisiera oponerse a la celebración del contrato podía hacerlo por escrito ante el Ministerio respectivo, Gobernación, Intendencia o Comisaría, dentro de los sesenta días siguientes a la publicación. Esta oposición la podía hacer quién acreditara y aportara las pruebas que demostraran que tenía el derecho de dominio el cual había sido adquirido antes del 28 de octubre de 1873. Si el fallo era favorable al proponente el gobierno podía celebrar el contrato de concesión quedando el opositor vencido con el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación.

La Ley 128 de 1938, dispone que el gobierno queda facultado para pagar en especie la participación del 30% del valor del bien oculto recuperado, cualquiera que fuera la clase de bienes denunciados.

En efecto, el artículo primero de esta Ley decía:

Artículo 1º.- El gobierno podrá pagar en especie la participación que corresponde a un denunciante de bien oculto de la Nación, cualquiera

que sea la clase de los bienes denunciados y recuperados por virtud de las gestiones del denunciante sin que para la enajenación que implique el pago sean necesarios otros requisitos distintos del otorgamiento de escritura publica por el Ministerio respectivo a nombre del Gobierno ⁴³

Fueron adicionados a esta Ley los artículos 29 de la Ley 110 de 1912 y 3 de la Ley 27 de 1935 que reglamentaban el denuncia de bienes ocultos.

Esta Ley fue complementada por la Ley 18 de 1952 expedida el 3 de diciembre. Esta se refería, entre otras cosas, al impuesto que debería pagarse al Estado por la actividad petrolera; se eximió del mismo a los capitales invertidos en la exploración del subsuelo; reorganizó las zonas afectadas por el canon superficiario; se estableció que todo concesionario de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional pagaría al gobierno, en dinero o en especie, a voluntad de éste, lo que le correspondiera, teniendo en cuenta una tabla estimativa de acuerdo con los kilómetros explorados y explotados.

El 20 de abril de 1956 el Gobierno Nacional, con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 120 de la Constitución Nacional y el artículo 23 de la Ley 18 de 1952, expidió el Código de Petróleos que reconoce la propiedad privada del petróleo en los siguientes términos: "Los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada serán reconocidos y

⁴³ Diario Oficial 23915 de Noviembre 3 de 1938, P. 318.

respetados como lo establece la Constitución y el Estado no intervendrá con respecto a ellos en forma que menoscabe tales derechos."⁴⁴

En 1961 se expide la Ley 10 la cual establece la obligación de registrar ante el Ministerio del ramo todas las sentencias judiciales y/o providencias administrativas que declararan definitivamente la propiedad privada sobre el petróleo; así como todos los actos y/o contratos que trasladaran con posterioridad el dominio sobre los subsuelos respectivos o los limiten o sometan a cualquier tipo de gravamen, el incumplimiento de esta obligación generaba una sanción que era impuesta por el Ministerio de Minas a favor del Tesoro Nacional. También se señala en esta Ley la obligación del Gobierno de tomar las medidas necesarias para obtener la explotación de los terrenos petrolíferos que la Nación poseía con terceros.

1.2.6.3. Nacionalización del petróleo - Ley 20 de 1969. Esta Ley es de gran importancia para el sector petrolero del país. Hay una reforma de fondo, la cual consistió en la abolición del principio de la accesión, por virtud del cual el propietario del terreno lo era del petróleo que en él se encontrara siempre y cuando se cumplieran las condiciones previstas por las Leyes anteriores (*v.gr.* que el terreno hubiere salido del patrimonio de la Nación con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que se formulara el aviso en la debida forma). Esta Ley establece el principio de propiedad absoluta por parte de la Nación de las minas y

⁴⁴ Ley 18 de 1952 - Código de Petróleos, artículo 5º.

yacimientos de hidrocarburos, respetando los derechos preestablecidos en favor de terceros particulares con algunas condiciones para su ejercicio; situaciones jurídicas subjetivas y concretas, debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos. Esta excepción está en concordancia con el precepto constitucional que regía en la época en el territorio nacional, el cual garantizaba la propiedad privada y demás derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las Leyes. Con relación al tema expresaba:

Artículo 1º.- Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción a partir de la vigencia de la presente Ley solo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos.

Artículo 13.- Las normas contenidas en el artículo primero de esta Ley se aplicarán también a los yacimientos de hidrocarburos.⁴⁵

Con relación a las minas, la norma contempló una forma de extinción de los derechos adquiridos de los particulares por adjudicación, accesión, merced, remate, redención a perpetuidad, prescripción o por cualquier otra causa similar y en favor de la Nación, cuando no existiera explotación económica oportuna de las mismas por parte del titular de los derechos o se presentara la suspensión de la explotación por un período superior a un año. Se pretendía exigir a los ciudadanos

favorecidos con algunos derechos sobre las minas, el aprovechamiento económico de las mismas so pena de ver extinguida su propiedad. De esta forma resultaba la imposición de la sanción de extinción de dominio, salvo que el propietario pudiera acreditar la presencia de una situación de caso fortuito o fuerza mayor que justificara su proceder.

Fue declarado el carácter de utilidad pública y de interés social de la industria minera en cada una de sus ramas. Esto trajo como consecuencia que el gobierno pudiera decretar de oficio o a petición de parte, la expropiación de la propiedad cuando la economía nacional requiriera de la explotación inicial o ampliación de la existente respecto de ciertas minas o yacimientos. Por supuesto, esto vino acompañado de la obligación del Estado de indemnizar a los particulares afectados en lo relativo a las inversiones que hubieren realizado en la zona y los intereses legales causados.

El autor colombiano Luis Mario Rivadeneira Ch., comenta, con respecto al artículo 13 de la Ley 20 de 1969: " Este artículo es de una importancia innegable, por cuanto, con su ejercicio se terminaron los innumerables pleitos que promovían los particulares alegando titulaciones anteriores al 28 de octubre de 1873, y otros, anteriores a 1913 cada vez que la Nación tocaba cualquier zona de posibles yacimientos petrolíferos." ⁴⁶

⁴⁵ Ley 20 de 1969.

⁴⁶ RIVADENEIRA, Luis Mario. Evolución y Crítica del Derecho de Minas Colombiano, p.64.

1.2.6.4. Decretos Reglamentarios de la Ley 20 de 1969. A través de los Decretos 1275 del 28 de julio de 1970 y 797 del 10 de mayo de 1971, el gobierno nacional reglamentó la Ley 20 de 1969.

Las normas más importantes con relación al tema son las siguientes:

Artículo 3- Todas las minas pertenecen a la Nación, cualquiera que sea su clase, naturaleza o localización, o el título, modo y época de su adquisición de los terrenos donde estén ubicadas, ya se encuentren en el suelo o subsuelo, o en predios de entidades de derecho público o de particulares colombianos o extranjeros. De esa regla general se exceptúan los derechos constituidos en favor de terceros.

Dicha excepción, a partir del 22 de diciembre de 1969, solo comprende las situaciones subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos. Se entiende que solamente reúnen esos requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la citada fecha por un título específico de adjudicación minera o por una sentencia definitiva, siempre que esos actos, de acuerdo con la legislación de la época impliquen el otorgamiento, el reconocimiento o la declaración del derecho de una persona a la propiedad de los minerales de que se trate, y que conserve su validez jurídica.

Artículo 4.- Se entiende por yacimiento descubierto toda acumulación de uno o varios minerales que ofrezca perspectivas de aprovechamiento económico establecidas por medio de trabajos preliminares.

Artículo 5.- Las disposiciones de los artículos precedentes se aplicarán a las actuaciones administrativas y jurisdiccionales relacionadas con los derechos de la Nación sobre las minas y el subsuelo y que el 22 de diciembre de 1969 no hayan sido objeto de Resolución o sentencia definitiva.

Artículo 6.- Los derechos constituidos a favor de terceros sobre minas adjudicadas con anterioridad al 22 de diciembre de 1969 solo protegen la extensión delimitada en el acto respectivo de adjudicación y los minerales específicamente determinados en el mismo, así como los subproductos de ellos.

Artículo 7.- Los derechos constituidos a favor de terceros en virtud de sentencia definitiva anterior al 22 de diciembre de 1969 siguen teniendo los mismos alcances que en ella se determinan. Si en el fallo se declara el derecho particular al subsuelo sin especificar los minerales que se hallen en el respectivo globo de terreno, o si se declara el mismo derecho sobre todos los minerales de la correspondiente zona,

la situación jurídica reconocida quedará en vigencia, a menos que se extinga por motivos legales. Si la sentencia se limita a declarar el derecho particular o sobre algunos depósitos o sobre ciertos minerales específica o genéricamente determinados, los otros depósitos o los otros minerales que se encuentren en el área respectiva quedan sometidos a la regla general desarrollada en los artículos 1º de la Ley 20 de 1969 y 3º del presente estatuto y, en consecuencia, continuarán perteneciendo a la Nación.⁴⁷

Respecto al Decreto reglamentario 797 del 10 de mayo de 1971, es importante resaltar los siguientes artículos:

Artículo 1.- De acuerdo con el artículo 202 de la Constitución Nacional y con los artículos primero y decimotercero de la Ley 20 de 1969, todos los yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación. Se exceptúan de esta regla general los derechos de terceros constituidos a favor de terceros.

Dicha excepción, a partir del 22 de diciembre de 1969, solo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos. Se entiende que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada por un título

⁴⁷ Decreto reglamentario 1275 de 1970

específico o por una sentencia definitiva siempre que tales actos conserven su validez jurídica.

Artículo 2.- En la tramitación administrativa de los avisos de perforación en busca de petróleo de propiedad privada, o de exploración de los mismos, el Ministerio de Minas y Petróleos, previos los trámites de que trata el artículo 35 y el inciso primero del artículo 36 del Código de Petróleos, declarará que se ha dado cumplimiento a la formalidad del aviso y que se puede adelantar e iniciar la exploración con taladro o la explotación únicamente en el caso de que además de los documentos de carácter técnico para la determinación precisa del terreno de que trata, se acompaña al aviso la prueba necesaria para acreditar:

- a) Un título específico de adjudicación de los hidrocarburos como mina, otorgado de conformidad con las disposiciones vigentes a la época en que tal adjudicación fue posible, siempre que tal título no hubiere caducado por cualquier causa, o
- b) La existencia de un fallo que reconozca o declare el derecho del interesado a la propiedad de los hidrocarburos que existan o puedan existir en el predio objeto del aviso y que conserve su validez jurídica.

Artículo 3.- Lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicará a las actuaciones administrativas y a las controversias jurisdiccionales relacionadas con los derechos de la Nación sobre el subsuelo petrolífero y que se encuentre pendiente de decisión al entrar a regir la Ley 20 de 1969.

Artículo 4.- En desarrollo del artículo 12 de la Ley 20 de 1969 podrá el Gobierno declarar de reserva nacional cualquier área del país que ofrezca posibilidades petrolíferas, para efecto de aportarla a la Empresa Colombiana de Petróleos, sin sujeción al régimen ordinario de contratación y licitación, para que la Empresa la explore, explote y administre directamente o en asociación con el capital público o privado, nacional o extranjero.⁴⁸

1.2.6.5. Consulta sobre la Ley 20 de 1969 - Consejo de Estado. El 18 de febrero de 1988, el Consejo de Estado a través de su sala de Consulta y Servicio, respondió una consulta hecha por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Minas y Energía, relacionada con la propiedad privada del subsuelo petrolífero de la siguiente forma:

⁴⁸ Decreto Reglamentario 797 del 10 de mayo de 1971.

3. Regla General

Contiene una declaración de dominio que abarca todas las minas, cualesquiera que sean sus características, clases y localizaciones, o los títulos, modos y épocas de adquisición de sus terrenos de ubicación, ya se encuentren en el suelo o en el subsuelo, o en predios de entidades públicas o particulares.

4. La excepción.

Ella comprende los derechos constituidos a favor de terceros, vale decir, los adquiridos, con arreglo a la Ley preexistente y, por lo tanto, con anterioridad a la nueva Ley. Y como las antiguas disposiciones no exigían que el derecho estuviese vinculado a yacimientos descubiertos, la excepción operaba y opera de conformidad con los requisitos que establecía el nuevo sistema. De consiguiente los derechos constituidos con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, fecha de sanción de la Ley 20, subsistieron bajo el imperio de ese nuevo estatuto y quedaron debidamente asegurados, tal como se desprende de la excepción y de la doctrina constitucional. Es evidente pues, que la propiedad privada de las minas y yacimientos de hidrocarburos, adquirida con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, no quedó afectada por la nueva Ley y mucho menos en aquellos casos "definitivamente" resueltos por la Corte Suprema de Justicia, casos que siguieron protegidos por la

excepción, por la verdad formal de la cosa juzgada y por los artículos 30 y 202 de la Constitución Nacional.

5. Esta excepción, "a partir de la vigencia de la presente Ley" solo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas, vinculadas a yacimientos descubiertos. Como casi todas las Leyes, la Ley 20 de 1969, carece de efecto retroactivo. Sin necesidad de declararlo ella opera hacia el futuro y no hacia el pasado. No obstante, la comentada aclaración, fin de evitar equívocos, expresamente dijo que la excepción, "a partir de la vigencia de la presente Ley", solo comprendería las situaciones jurídicas vinculadas a yacimientos descubiertos. Establece un nuevo requisito para futura adquisición del derecho y determina la fecha en que ello comienza a ocurrir. Todo ello significa obviamente, que las situaciones anteriores a la nueva Ley y a la nueva condición, quedaron sujetas al régimen jurídico preexistente, esto es, a un sistema que no establecía el requisito indicado. De allí que los derechos constituidos en esta forma subsistieron bajo el imperio de la nueva Ley, tal como se desprende de la Constitución Nacional, del artículo 28 de la Ley 153 de 1887 y como lo ha reconocido la jurisprudencia colombiana de todos los tiempos...

Así, pues del artículo 1º de la Ley 20 de 1969, como de los artículos 4º y 7º del Decreto 2477 de 1986, se desprenden estas observaciones de capital importancia:

1) Las situaciones jurídicas individuales establecidas con anterioridad al 22 de diciembre de 1969 por medio de títulos de adjudicación o de sentencias definitivas, quedaron oportuna y debidamente perfeccionadas y llenan el requisito legal de su vinculación a yacimientos descubiertos.

2) Los derechos constituidos en virtud de sentencias proferidas con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, siguen teniendo los mismos alcances y efectos que en tales fallos se determina.

3) La Ley 20 de 1969 reconoce, conserva y protege aquellas situaciones y derechos, ya se refieran a minas o yacimientos de hidrocarburos. Pero los derechos constituidos a favor de terceros, en materia de hidrocarburos, con anterioridad a la fecha de vigencia de la Ley 20 de 1969, requieren sentencia judicial ejecutoriada. Y si se trata de minas esa exigencia se contrae a que haya acto judicial o acto administrativo.

Por otra parte, el artículo 28 de la Ley 252 de 1887 dice:

Todo derecho real adquirido bajo una Ley de conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas,

y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva Ley.

La norma es clara: El derecho se adquiere bajo una Ley y de conformidad con los requisitos que ella establece para su adquisición.

Así constituido, el derecho subsiste bajo otra Ley. Pero en lo relativo al ejercicio, cargas y extinción de ese derecho supérstite, prevalece la nueva Ley. Los conceptos jurídicos de ejercicio y extinción de un derecho son inconfundibles, e igualmente lo es la noción de cargas, vale decir, gravámenes u obligaciones económicas, laborales, tributarias, comerciales e industriales, técnicas, operacionales o de otra clase que se le imponen al derecho ya constituido o subsistente, o a su ejercicio,. Pero esas cargas del derecho no son los requisitos de adquisición de ese derecho, ya que las primeras se refieren a un derecho ya perfeccionado y supérstite, y los segundos se refieren a los factores que operan en la adquisición del derecho. Las unas y los otros son, pues, conceptos jurídicos distintos que exigen tratamientos diferentes. De allí que las cargas se fijan por la nueva Ley y los requisitos por la antigua, tal como lo prescribe la norma estudiada.

Así ocurre en materia de hidrocarburos. El derecho a la propiedad privada del petróleo se adquirió bajo la Ley anterior y de conformidad con los requisitos que ella establecía para su adquisición. Título

originario, títulos sucesivos e identificación del terreno. Constituidos sobre tales bases y "definitivamente" reconocido por la Corte Suprema de Justicia o posteriormente del Consejo de Estado, o por decisión administrativa, el derecho subsistió bajo el imperio de la nueva Ley. Pero en lo relacionado con el ejercicio, cargas, y extinción de este derecho supérstite prevalece el nuevo estatuto. Por tanto, es la antigua Ley la que se aplica a los requisitos de adquisición del derecho, y es la nueva Ley la que gobierna el ejercicio, cargas y extinción de ese derecho. Y como la vinculación a yacimientos descubiertos es un requisito de la nueva Ley, la procedencia o improcedencia de aquel requisito, en los casos ya reconocidos "definitivamente" a la luz de la legislación anterior, ha de juzgarse con sujeción al antiguo régimen jurídico y no con sujeción al nuevo.

En desarrollo de tales ideas, la Ley 20 de 1969 estableció el nuevo requisito de la vinculación del derecho a yacimientos descubiertos, pero solo a partir de la vigencia de la nueva Ley. Ello significa, pues que los derechos "definitivamente reconocidos con anterioridad a la vigencia de dicha Ley, subsistieron a plenitud bajo el imperio del nuevo estatuto, y no quedaron afectados por el nuevo requisito. Y para que no hubiese dudas sobre el verdadero alcance de la Ley, los Decretos 1275 de 1970 y 797 de 1971 dicen, de manera expresa e inequívoca, que las situaciones individuales creadas con anterioridad al 22 de diciembre de 1969 y reconocidas en actos administrativos o jurisdiccionales

anteriores a esa fecha, cumplen el nuevo requisito y no están sujetas por lo tanto, a la obligación de acreditar el derecho a yacimientos descubiertos.

Conclusiones:

a. La propiedad de las minas, reconocidas en actos administrativos o en sentencias definitivas, la de yacimientos de hidrocarburos, reconocida en sentencias judiciales ejecutoriadas anteriores al 22 de diciembre de 1969, no requieren la vinculación a yacimientos descubiertos ni la demostración de ese vínculo.⁴⁹

1.2.6.6. Decreto 1994 de 1989. El Decreto 1994 de 1989 subrogó los artículos relacionados con el reconocimiento de los derechos de propiedad privada sobre yacimientos de hidrocarburos, el cual dispuso que solo se admitirían las sentencias judiciales definitivas en las cuales se reconocían derechos sobre reservas de hidrocarburos, cuando ellas se refirieran a yacimientos descubiertos.

Se dice que el Decreto 1994 de 1989 hizo una confiscación o expropiación sin indemnización de todas las propiedades privadas del petróleo y un

⁴⁹ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil 187. Consejero Ponente Jaime Paredes Tamayo, Sentencia del 18 de febrero de 1988. P. 14-20.

desconocimiento de la cosa juzgada, burlándola con distinciones que desconocen la realidad jurídica del país, establecida por la legislación anterior y por una jurisprudencia de más de medio siglo.

Este Decreto fue objeto de varias acciones de inconstitucionalidad. Entre los argumentos expuestos por los actores tenemos:

- a) Esta norma desbordaba la facultad reglamentaria contenida en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución de 1886.
- b) Hubo desconocimiento de los derechos adquiridos infringiendo los artículos 20 y 202 de la Carta.
- c) Se establecía una norma confiscatoria que atentaba contra los artículos 34 y 16 de la Constitución de 1886.

Con ponencia del magistrado Juan de Dios Montes, en fallo del 17 de noviembre de 1994 el Consejo de Estado descartó de entrada el argumento de exceso de la facultad reglamentaria y expresando que el reglamento demandado había interpretado correctamente la Ley 20 de 1969. Este fallo se apoyó en la Ley 97 de 1993 especialmente, en la decisión que sobre la constitucionalidad de esta última, profirió la Corte Constitucional en fallo del 29 de septiembre de 1994.

Así se expresó el Consejo de Estado en el fallo antes mencionado:

Esta Corporación encuentra que en nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido un régimen especial de propiedad particular sobre el subsuelo y en especial sobre el petróleo, que implica que ella ha sido conferida por el Estado, y que se halla condicionada a las exigencias legales en cuanto a la continuidad del derecho de dominio; además se encuentra que dicha propiedad no es extraña a las exigencias que sobre su ejercicio haga el legislador, ya que comporta buena parte de la riqueza pública de la Nación y el Estado, que debe ser aprovechada en beneficio de la sociedad. Por ello resulta razonable la interpretación contenida en la Ley demandada, que señala las excepciones reconocidas por la Ley 20 de 1969 son aquellas en las que los particulares estaban vinculados a la existencia de yacimientos descubiertos, al momento de la expedición de la mencionada Ley.⁵⁰

1.2.6.7. Demanda de Inconstitucionalidad de la Ley 20 de 1969. El ciudadano Héctor R. Rodríguez Pizarro, demandó ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 13 de la Ley 20 de 1969, solicitó que se declararan inexecutable parte del artículo 1º y el artículo 13 de la mencionada Ley.

⁵⁰ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Fallo del 17 de noviembre de 1994.

El 2 de agosto de 1995 a través de la Sentencia N°. C-346, fue resuelta la demanda, la cual en sus considerandos y parte resolutive expresó:

C. Lo demandado.

El actor acusa el artículo 1º parcialmente y el artículo 13 de la Ley 20 de 1969, en síntesis por exigir un nuevo requisito para obtener el reconocimiento de derechos adquiridos conforme a Leyes preexistentes antes del 22 de diciembre de 1969...

El artículo 1º de la Ley 20 de 1969 que se aplica también a hidrocarburos por mandato expreso del artículo 13 ibídem, contiene los siguientes elementos:

Como principio general todas las minas y yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación.

Como excepción, no pertenecen a la Nación los derechos constituidos a favor de terceros, cuando respecto de ellos se den dos elementos:

- a. Jurídico, en la situación que reúna los siguientes requisitos: 1. subjetivo, es decir, clara identificación del titular del derecho; 2. concreto, preciso en cuanto a la naturaleza, objeto y alcance del derecho; 3. perfeccionado, es decir, totalmente definida por haberse

agotado el procedimiento y cumplido las formalidades substanciales y adjetivas para la existencia misma de la situación jurídica.

b. Fático, pues se trata de un yacimiento "descubierto" al cual este vinculado, de manera directa el elemento jurídico. Constituyéndose en un concepto de materialidad del objeto, como lo indispensable para la constitución del derecho, y en consecuencia la tipificación de la excepción prevista en la Ley.

De otra parte, para la Corte Constitucional la Ley 20 de 1969 se expidió para llevar a la práctica el mandato constitucional, según el cual la propiedad privada es una función social que implica obligaciones y en ella se definió que los derechos constituidos por particulares sobre el subsuelo petrolero, debían estar vinculados a un yacimiento descubierto hasta el momento de la publicación de la misma;...

Además el actual Código de Minas contenido en el Decreto 2655 de 1988 reitera en sus artículos 3º y 5º, lo señalado en la Ley 20 de 1969, en los términos en que es interpretada por la Ley 97 de 1993, es decir que la excepción prevista en la mencionada Ley solo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas, antes del 22 de diciembre de dicho año.

Esta Corporación encuentra que en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido un régimen particular de la propiedad particular sobre el subsuelo y en especial el petrolero, que implica que ella ha sido conferida por el Estado, y que se halla condicionado a las exigencias legales en cuanto a la continuidad del derecho de dominio, además, se encuentra que dicha propiedad no es extraña a las exigencias que sobre su ejercicio haga el legislador, ya que comporta buena parte de la riqueza pública de la Nación y del Estado, que debe ser aprovechada en beneficio de la sociedad. Por ello resulta razonable la interpretación contenida en la Ley demandada , que señala que las excepciones reconocidas por la Ley 20 de 1969 son aquellas en las que los derechos particulares estaban vinculados a la existencia de yacimientos descubiertos al momento de la expedición de la mencionada Ley.

Habiendo encontrado la Corte que la interpretación de los artículos 1º y 13 de la Ley 20 de 1969 que aparece en el artículo 1º de la Ley 97 de 1993, se adecuaba a los cánones constitucionales pues además de tener el legislador competencia para hacerlo ésta no infringía los derechos adquiridos, por los particulares antes de la vigencia de la Ley primeramente citada, ni ninguna otra disposición del Estatuto Máximo, los preceptos legales aquí acusados correrán idéntica suerte, ya que el

motivo de impugnación fue el que precisamente se aclaró o dilucidó mediante esta última Ley.⁵¹

Al respecto de esta sentencia, se ha comentado que desconoció la evolución legislativa de la Ley 20 de 1969 y sus Decretos reglamentarios, al no tener en cuenta situaciones en que los titulares del derecho de propiedad de reservas petrolíferas no tenían la posibilidad de demostrarlo al momento de expedirse la Ley; igualmente no poder cumplir con los requisitos que ella impuso para el ejercicio de los derechos de propiedad privada sobre los yacimientos de hidrocarburos, incurriendo así en una violación de los derechos adquiridos.

Por el contrario, es más acertado el concepto proferido por el Consejo de Estado en julio de 1988 por la Sala de Consulta y Servicio Civil el cual, no obstante no ser vinculante o de obligatorio cumplimiento, contiene un análisis jurídico adecuado de la Ley 20 de 1969 y sus Decretos reglamentarios respetando los derechos adquiridos y la seguridad jurídica.

⁵¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-346 del 2 de agosto de 1995.

1.3. SITUACIÓN ACTUAL - CONSTITUCIÓN DE 1991

Durante el Gobierno de César Gaviria, se convoca a una Asamblea Constituyente, en la cual se discute una reforma constitucional, es así como el 4 de julio de 1991 se promulga la nueva Constitución Política de Colombia.

Esta nueva constitución dispone: "El Estado es propietario del subsuelo y los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las Leyes preexistentes".⁵²

Estas normas en que se establecía la propiedad de la Nación sobre yacimientos de hidrocarburos y excepcionalmente la propiedad privada sobre aquellos en que el propietario cumplía los requisitos exigidos por la Ley, no las modificó la Constitución de 1991.

1.3.1. Ley 97 de 1993. Por esta Ley se interpretó la Ley 20 de 1969 y se estableció en el artículo tercero que las disposiciones sobre reconocimiento excepcional de propiedad privada sobre hidrocarburos, que corresponde al artículo

⁵² Artículo 332. Constitución Política de Colombia 1991.

primero y sobre descubrimientos de hidrocarburos serían la única interpretación autorizada de la Ley 20 de 1969.

El artículo primero estableció que se entendían por derechos constituidos a favor de terceros las situaciones jurídicas objetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva y en ejercicio de los cuales se hayan descubierto uno o varios yacimientos a más tardar el 22 de diciembre de 1969.

El artículo segundo entendió la existencia de yacimiento descubierto de hidrocarburos cuando con perforación y con las pruebas de fluidos se lograra el hallazgo de la roca en la cual se encontraran acumulados los hidrocarburos y que fuese una unidad independiente en cuanto a producción.

El artículo cuarto estableció unas medidas cautelares que se ejercerían cuando se pensara que la propiedad de minas o yacimientos petrolíferos pertenecían a la Nación.

Esta Ley condicionó la propiedad privada de yacimientos petrolíferos a la existencia de uno o más yacimientos descubiertos antes del 22 de diciembre de 1969, además de los títulos específicos de adjudicación o sentencias definitivas que reconocían ese derecho.

Contra esta Ley se ejercieron acciones de inconstitucionalidad basándose en:

- Establecía una confiscación o extinción de derechos de dominio que ya se habían definido.
- Estableció nuevos términos y condiciones que no estaban en la Ley 20/69 y además les impuso un carácter retroactivo.
- Violó derechos adquiridos establecidos en el artículo 58 de la Constitución excediendo la potestad reglamentaria.

Sin embargo la Corte Constitucional en la sentencia C - 424 del 29 de septiembre de 1994 declaró la exequibilidad de ésta Ley.

Refiriéndose al artículo primero sobre derechos constituidos a favor de terceros esta sentencia dice:

Disposición perfectamente lógica que define el objeto del derecho, por lo determinado y concreto, haciendo escapar de posibilidades ignoradas, o inexistentes antes del 22 de diciembre de 1969, inciertas situaciones jurídicas que no solo limitaban irracionalmente el patrimonio nacional, sino que, además, por las riquezas del subsuelo, desconocían la función social so pretexto del amparo de derechos particulares, dejando a un lado toda la concepción sobre la propiedad y su función

social consagrada en la reforma de 1936 y reiterada en la carta de 1991.⁵³

Respecto a la definición de yacimiento descubierto de hidrocarburos expresa:

Se adopta pues una definición técnica del concepto, que igualmente se encontraba enunciada en la parte final del artículo primero de la Ley 20 de 1969, con lo que no se agregó ningún elemento adicional que varíe el contenido de la norma por la Ley interpretativa, pues ésta, con apreciable tecnicismo, describe elementos de la primera haciendo más explícitos y claros sus contenidos y mostrando precisamente que se trata de una Ley interpretativa en sentido estricto.⁵⁴

En otros apartes, esta sentencia dice: “Tanto el artículo primero de la Ley interpretada, como su homólogo de la Ley interpretativa, se refieren a los mismos derechos sobre hidrocarburos”. Podría suponerse que hubo un cambio del concepto de derecho constituido entre una y otra norma, lo cual no es cierto, pues en la primera se denuncia el concepto haciendo un señalamiento.”⁵⁵

⁵³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-424 del 29 de septiembre de 1994.

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

1.4. PROPIEDAD DEL SUBSUELO PARA GRUPOS ETNICOS

A continuación se presenta el desarrollo histórico del régimen jurídico de tierras, pero es necesario recalcar que siempre se les ha otorgado a los indígenas la propiedad sobre el suelo, sin que ello incluya derechos sobre el subsuelo, el cual, como lo hemos visto, pertenece al Estado colombiano.

1.4.1. Origen de la propiedad en el continente americano. Para iniciar este recorrido nos remontamos a la época en que la Iglesia Católica y el Sumo Pontífice tenían el poder de otorgar títulos para adjudicar la propiedad de la tierra, esto en razón de que se consideraba que eran los representantes de Dios en la tierra.

Fue así como en esa época se hicieron diferentes adjudicaciones como la del Reino de Hibernia a Enrique II de Inglaterra por el Papa Adriano IV, la de Martín V a los Reyes de Portugal sobre tierras pobladas por gentes infieles en las islas orientales y la más trascendental para la historia de América, en donde el Papa Alejandro VI por medio de la Bula del 4 de mayo de 1493 concede a los Reyes de España y a sus sucesores el dominio en islas y tierras firmes que ya se encontraran descubiertas y que en el futuro se descubrieren:

[...] hacia el occidente y medio día, fabricando y componiendo una línea del Polo Ártico, que es el septentrión al Polo Antártico, que es el medio día, ora que hayan hallado Islas y tierras firmes, ora que hayan de hallar hacia la India, o hacia otra cualquier parte la cual líneas diste de cada una de las islas, que vulgarmente dicen los azores y Cabo Verde, cien leguas hacia el Occidente y medio día. Así que todas sus Islas y tierras firmes halladas y que se hallaren descubiertas desde la dicha línea hacia el occidente y medio día, que por otro Rey o Príncipe cristiano no fueren actualmente poseídas hasta el día del nacimiento de Nuestro Señor Jesucristo, próximo pasado, del cual comienza el año presente de 1493, cuando fueren por nuestros mensajeros y captines halladas algunas de las dichas islas: Por la autoridad del Omnipotente Dios, a Nos en San Pedro concedida y de Vicario de Jesucristo, que ejercemos en las tierras con todos los ñores de ellas, ciudades, fuerzas, lugares, vidas, derechos, jurisdicciones y todas las pertenencias por el tenor de los presentes, las damos, concedemos y asignamos perpetuamente a vos y a los Reyes de Castilla y León, vuestros herederos y sucesores: y hacemos, constituimos y reputamos a Vos, y a los dichos vuestros herederos y sucesores señores de ellas, con libre lleno, y absoluto poder, con autoridad y jurisdicción[...]⁵⁶

⁵⁶ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Fuero Indígena Colombiano, Santafé de Bogotá: Editorial Presidencia de la República, 1990, p. 667 y 668.

Este es el origen de la propiedad de las colonias en América. Pero no se puede afirmar que este origen otorgaba un título jurídico de propiedad, en la medida en que el Papa no poseía un título, y por lo tanto no podía realizar actos de disposición sobre estas tierras; las razones de estas adjudicaciones son más bien de carácter político pero no jurídico.

Las pruebas para acreditar la propiedad variaban según el caso. Con respecto a los españoles, que es el que nos interesa para nuestra investigación, la única prueba aceptada era mostrando el título formal de adjudicación originado en una venta, composición, merced u ocupación, adicional se debía demostrar la explotación económica. En cualquiera de los modos utilizados, la Corona otorgaba las tierras en razón de que éstas hacían parte de su dominio eminente. Cuando se trataba de la composición, el interesado debía exhibir el título que lo acreditaba como poseedor y si éste era insuficiente, tenía que pagar un derecho de composición, que consistía en pagar un valor proporcional al valor de la tierra para que así se les confirmara la posesión y, de esa forma el bien no se reincorporara al patrimonio fiscal; esta decisión la tomaba en un principio el Rey y con el tiempo las delegó en los Virreyes o Presidentes de las Audiencias de cada una de las colonias. Un ejemplo de esto fue lo que sucedió en el Resguardo de Pancitará.⁵⁷

⁵⁷ DIAZ Ginna y MORALES Diana. Desarrollo Legislativo de las diversidades étnicas en el derecho colombiano. 1999. Trabajo de grado para optar por el título de Abogado: Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Económico.

La Cédula de San Lorenzo reafirma lo anterior, cuando expresamente define el destino que se les debería dar a las tierras, insistiendo en la necesidad de explotación económica:

Y no teniendo títulos, les deberá bastar la justificación que hicieren de aquella antigua posesión, como título de justa prescripción: en inteligencia que si no tuvieren cultivados, laborados los tales realengos, se les debe señalar el término de tres meses, que prescribe la Ley 11 del citado libro. O el que parezca competente para que lo hagan con apercibimiento, que de lo contrario se hará merced de ello los que denunciaren, con la misma obligación de cultivarlos.⁵⁸

Estas ordenanzas nos confirman el motivo principal y la razón de ser de las colonias como instrumento para obtener mayores riquezas para la Corona Española, así como la de asegurar su productividad.

En el caso de los indígenas se les exigía únicamente la ocupación como título de propiedad y la correspondiente explotación económica. La Cédula de San Lorenzo mencionada, es posterior al período denominado Indiano, pero no contradice para nada sus disposiciones, por el contrario, es una continuación de la política adoptada en dicha etapa. El legislador de 1821 a través de la Ley 11 se pronuncia

⁵⁸ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Op. Cit.* p. 672

en igual sentido, al reconocer la posesión acreditando la explotación económica, pero exigía que se legalizara ésta mediante los títulos de propiedad.⁵⁹

Cuando la tierra fue dividida, se observó la improductividad de las tierras que estaban situadas alrededor de los resguardos, situación que motivó a don Antonio González, Presidente de la época a dictar la siguiente ordenanza:

Que se den a los dichos indios las tierras útiles y necesarias para sus labranzas y cría de ganados y se les señalen sus Resguardos y Comunidad y términos competentes para sus labores y pastos, para que los tengan conocidos con sus linderos y mojones y los amparéis en todo ello, así los que se poblaren y redujeren como a los que ya estuvieren poblados, a todos los cuales daréis y señalareis las dichas tierras según dicho es, aunque para el dicho efecto se quiten a los dichos encomenderos y a otros cualesquieras personas, sin embargo de que las tengan, las tierras con títulos de gobernadores o en otra manera pues los dichos naturales han de ser preferidos en las dichas tierras.⁶⁰

Esta manifestación reitera como elemento esencial para la adjudicación del título demostrar la explotación económica de la tierra y es importante resaltar que ya desde esta época se habla de los resguardos, aún antes de la llegada de los

⁵⁹ *Ibidem.*

españoles al Continente Americano. Aunque su regulación se dio con el Derecho Indiano, se debe reconocer que era una situación preexistente, basada en la vida en comunidad que tenían los aborígenes. Esto lo confirma, el historiador Guillermo Hernández:

Los resguardos no se explican sino sobre la preexistencia de una propiedad colectiva del clan o de la tribu sobre la tierra. Los resguardos fueron instituciones indígenas reconocidas por la legislación indiana y por las Leyes de la República hasta nuestros días. Al grupo indígena, clan o tribu, corresponde en el resguardo el derecho de propiedad colectiva de la tierra. Las Cédulas Reales y Leyes Republicanas reconocen este sistema que tiene su fuente en la organización indígena precolombina... Los antecedentes de esta institución no pueden ser otros, en el pasado precolombino que la propiedad colectiva de la tierra por el grupo indígena.⁶¹

1.4.2. La encomienda. Desde el punto de vista jurídico la encomienda se puede definir como una renta que debían pagar los indígenas a un vasallo por la ocupación y explotación de determinadas tierras. Como tal, es un gravamen impuesto por el arriendo de un territorio. Lo que se hacía en la práctica era

⁶⁰ *Ibidem*, p. 677

entregarle a un conquistador o a un descendiente de éste un número determinado de indígenas para catequizarlos en la religión católica a cambio de un trato humanitario, pero esto en la realidad no se dio, por el contrario fueron reducidos a esclavos.

Al colono se le entregaba un título, perfeccionándose así su derecho, pero éste no era en ningún caso traslativo de dominio, tenía otra naturaleza que consistía en el otorgamiento de un derecho exclusivo para cobrar el tributo que contemplaba.

Para algunos estudiosos del tema las encomiendas se pueden asemejar a las donaciones modales por cuanto eran bienes inalienables, no pudiendo ningún negocio jurídico recaer sobre ellas, ni la venta, ni la permuta, ni el traspaso o ni algún otro título que transfiera el derecho otorgado al encomendero. En la Cédula Real de 1527, dice: "que no se puede dar a indios por donación, venta, renunciación, traspaso, permuta ni otro título ". Había excepciones a este principio, pero sólo bajo autorización Real.

Al respecto en el año de 1942, la Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto:

Lo adjudicado a los encomenderos no era la propiedad de la tierra, sino el derecho a percibir determinados tributos de acuerdo con el número

⁶¹ HERNÁNDEZ, Rodríguez Guillermo. De los Chibchas a la Colonia y a la República. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura, 1975

de indios útiles que hubiere en el repartimiento o resguardo respectivo. Conforma esta conclusión el hecho de que a la muerte de un encomendero el Gobernador podía disponer libremente de la encomienda adjudicándosela a otra persona; en efecto, se lee: ...muchas de las encomiendas que en su real nombre se os habían dado no habiendo vacado por muerte de quien las tenía que es solo el camino por donde se permite a los Gobernadores proveerlas antes, os las habían dado por renunciaciones, dejaciones, truecos, acrecentamiento de nuevas vidas, que todo esto es contra lo que está dispuesto y ordenado por su majestad⁶²

La extensión de tierra que se les daba a los colonos dependía de la cantidad de indígenas que tenían a su cargo, cobrando así el indígena una importancia tal que si su número se reducía, la cantidad de tierra entregada podía ser reducida también. Todo esto estaba consagrado en la Legislación de Indias, donde puede encontrarse el espíritu de la institución, que pretendía la evangelización de los indios en la religión católica, el cual era su principal objetivo, dado el origen político en su dominio. El adoctrinamiento en la religión católica era forzoso no siendo facultativo su aprendizaje, por tanto debía buscarse por todos los medios asegurar su impartimiento. De lo anterior hay constancia en las Leyes de Indias, tal como se describe a continuación:

⁶² COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Santafé de Bogotá. Sentencia del 10 de Octubre de 942.

El motivo y origen de las encomiendas, fue el bien espiritual y temporal de los indios, y su doctrina y enseñanza en los artículos y preceptos de nuestra santa fe católica, y que los encomenderos los tuviesen a su cargo y defendiesen a sus personas y haciendas, procurando que no reciban ningún agravio; y con esta calidad inseparable. Les hacemos merced de se les encomendar de tal manera, que si no lo cumplieren, sean obligados a restituir los frutos que han percibido de las encomiendas. Atento a lo cual, mandamos a los Virreyes, Audiencias y Gobernadores que con mucho cuidado y diligencias inquieran y sepan por todos los medios posibles si los encomenderos no cumplen con esta obligación y si hallaren que falta a ella, procedan con todo rigor de derecho a privarlos de las encomiendas, y hacerles restituir las rentas y demoras que hubieren llevado y llevarán, sin atender a los que son obligados, las cuales proveerán en conversión de los indios.

A medida que fue pasando el tiempo, se le fueron agregando a la encomienda otros elementos, que proporcionaban beneficios más amplios y desde diferentes perspectivas. Un ejemplo de lo anterior, es el contenido del siguiente texto:

Luego que se haya hecho la pacificación, y sean los naturales reducidos a nuestra obediencia, como esta ordenado por las Leyes que de eso tratan, el Adelantado, Gobernador o Pacificador, en quien esta facultad reside, reparta los indios entre los pobladores para que cada uno se encargue de los que fueren de su repartimiento y los defienda y

ampare, proveyendo ministro que les enseñe la doctrina cristiana, y administre los sacramentos, guardando nuestro patronazgo, y enseñe a vivir en policía, haciendo lo demás que están obligados los encomenderos en su repartimiento, según se dispone en las Leyes de este libro.⁶³

La encomienda tuvo una regulación específica la cual definía condiciones y requisitos para su otorgamiento, así como también un régimen de prohibiciones. En ese sentido había personas que no podían ser nombradas como encomenderos. En el Tratado de las Confirmaciones Reales, hay una reglamentación detallada sobre el tema. Algunas de esas prohibiciones eran:

- Los integrantes del Consejo de Indias
- Las hijas, si su progenitor era el dueño de la Encomienda
- Los Virreyes, Presidentes, Oidores, Alcaldes del crimen, Fiscales, Contadores de cuentas, Oficiales Reales, Gobernadores y otras personas que conformaban la Hacienda Real o de Justicia
- Los parientes de los funcionarios anteriormente mencionados, hasta el cuarto grado de consanguinidad; igualmente quedarían comprendidos sus criados, los familiares de estos y los allegados de estos.

⁶³ *Ibidem.* p.677

- Los preladados, iglesias, monasterios, hospitales, cofradías, casas de religión y clérigos
- Los mulatos y mestizos, se daba dicha incapacidad en donde fueren ilegítimos, espurios, o adulterinos. A estos hijos no les era dable recibirla por herencia, sino que para obtenerla debía ser por mérito propio
- Las mujeres, porque de acuerdo con la Real Prohibición del 3 de agosto de 1546, no eran hábiles ni capaces para tener indios encomendados
- Los extranjeros de la Corona de Castilla
- Los infantes
- Los españoles naturales de estos o aquellos que estuvieren presentes o residentes⁶⁴

Entre las prohibiciones para el encomendero, pueden enunciarse: la de habitar en el mismo lugar en que se desarrollaba la encomienda o de tener estancia de ganado o asiento para su crianza y obraje. Tampoco podían alquilar, prestar o dar en prenda a los indios, so pena de ser sancionados con la pérdida de la encomienda y de la mitad de sus bienes. La encomienda rigió hasta 1718 cuando fue abolida, a pesar de las oposiciones a ello.

⁶⁴VEJARANO, Sueño. Proyección Jurídica del Indigenismo. Bogotá: Universidad del Rosario. 1985. p.10

La encomienda fue una figura que definitivamente trajo más provecho para los colonos que para los indígenas, pues si bien se creó y legisló para protegerlos, esto en la realidad no se cumplió, ya que muchos de sus derechos fueron quitados y por el contrario fueron víctimas de impuestos y tributos que enriquecieron a los colonos españoles; de otra parte, el objetivo de la catequización violó el derecho a permanecer y crecer en sus creencias y mitos de carácter religioso y cultural.

1.4.3. El resguardo

1.4.3.1. El resguardo colonial. Desde el año de 1561 se empieza a reconocer la propiedad colectiva de los indígenas, en franca oposición a la Corona y de los particulares. Al comenzar recibieron el nombre de Reducciones, ya que se originaron para someter a los indios nómadas que querían huir de sus colonizadores, por eso se redujeron a poblaciones cercanas y adscritas al pueblo al que pertenecían. Posteriormente se llamaron Corregimientos, porque estaban sometidos a la autoridad del Corregidor. Finalmente se llega al nombre de Resguardos territoriales. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"No eran nada distinto del reconocimiento del derecho de propiedad sobre sus tierras del grupo indígena, clan o tribu. Los títulos de propiedad se expedían en cabeza de los caciques, lo que dio motivo para que algunos jefes indios, bien pronto contaminados del espíritu individualista del derecho pensular alegara su dominio exclusivo personal sobre las tierras... Estas adjudicaciones fueron unas en forma gratuita y otras a título oneroso. El Resguardo ofrece una periferia o aspecto externo comunitario, pero en su interior se cultiva la tierra por la técnica de parcelas familiares con grandes supervivencias de trabajos colectivos, como la minga, por ejemplo. "⁶⁵

La minga, es un trabajo colectivo que consistía por lo general en la reparación y conservación de caminos, o construcciones de casa y su producto iba destinado a la iglesia.

La mayoría de los resguardos fueron ubicados en tierras altas y poco productivas, en la medida en que los nativos fueron desalojados de las tierras más fértiles. Es una época de gran conflicto y pugna, que buscan la disolución de estas propiedades, a la cabeza de este objetivo estaba Moreno y Escandón, quien trasladó poblaciones, despojó indígenas y les remató sus tierras.

⁶⁵COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Santafé de Bogotá. Sentencia del 10 Octubre de 1942

Durante la época de la República, continúa la situación de conflicto para los indígenas, y a raíz de una Ley que autoriza la división de los resguardos, ven peligrar seriamente sus derechos. En uno de los artículos de la mencionada Ley se ordena abolir los nombres de pueblos con que eran conocidas las parroquias indígenas. De igual forma la misma Ley contemplaba que en las parroquias indígenas podrían establecerse cualquier otro ciudadano, siempre y cuando pagara el correspondiente arrendamiento por los solares que ocuparan con sus casas, pero también se advertía que no se podían perjudicar a los indígenas en sus pastos, sementeras u otros productos de sus resguardos.⁶⁶

La Ley 25 de 1824 es promulgada con el fin de proteger a los indígenas, pero esto no dura mucho tiempo; esta Ley en su artículo 14 estipulaba: "Se respetarán todas las propiedades de los indígenas, se les cumplirán religiosamente los ofrecimientos que se les hagan a nombre de la República, y se les defenderá en cuanto sea posible de las agresiones de los vecinos, principalmente por mediaciones y arbitramentos."

En ese mismo año se promulga la Ley 30, la cual ofrece auxilio a los indígenas que quieran abandonar su vida errante pero que tengan el propósito de dejarse adoctrinar por las misiones religiosas. La mencionada Ley en su artículo primero decía: "El poder ejecutivo, de las tierras baldías que pertenecen a la República distribuirá las fanegadas proporcionadas a cada una de las tribus, que quieran

⁶⁶ Tierras de los Pueblos Indígenas, 1998. p.23

abandonar su vida errante, y se reduzcan a formales parroquias, regidas y gobernadas en los términos que está dispuesto para las demás de la República".

En el año de 1824, el General Francisco de Paula Santander sanciona una Ley con la misma orientación que la anterior y en su artículo 4 fomenta con incentivos la reducción a la vida civil de los indígenas mediante el otorgamiento de tierras:

Los intendentes ofrecerán a los indígenas que quieran reunirse en poblados, que se les repartirán las tierras para sus labranzas y ganados cuando los tengan; al efecto podrán hacer la asignación a cada familia de una extensión que no pase de 200 fanegadas, pero que si podrá ser menor. También ofrecerán los intendentes a los mismos indígenas que les darán herramientas para formar sus casas y primeras sementeras, y que se les dará un vestido y socorro de alimentos, mientras tienen con que sostenerse de sus labranzas.⁶⁷

En 1871, los resguardos son sometidos a la legislación que existía en el Código Civil del Estado del Cauca para el contrato de comunidad. Además se consignó "que los partícipes de la tierra de resguardo, después de la adjudicación conforme al Código Civil, fueran asimilados a menores incapaces para el efecto de enajenar o gravar sus porciones, que en tales actos debía intervenir la justicia, y hacerse la enajenación en pública subasta". Esto restringió aún mucho más el derecho de

⁶⁷ *Ibidem*, p.18

los indígenas sobre sus propias tierras ya que de una u otra forma buscaban obstáculos que configuraran la propiedad plena que se decía que tenían los indígenas.

La época entre 1824 y 1890, es una etapa que se caracteriza por la confrontación originada por los deseos de despojar a los indígenas de sus tierras, ante la insistencia de los gobiernos de reclamar el libre comercio de la tierra y el cual se encontraba truncado por las asignaciones hechas a los indígenas; de todo esto resultaron muchos terrenos afectados, llegando incluso a ser rematados y a ser declarados como *res nullius*.

En las zonas más alejadas, continuaban las misiones religiosas en su labor de enseñanza de la cultura hispánica, aprendizaje que incluía desde el idioma, la religión, hasta actividades que eran consideradas productivas como la ganadería.⁶⁸

1.4.3.2. Ley 89 de 1890. Con el surgimiento y propagación del latifundio y la división de los resguardos, se acentuaron los conflictos que llevaron a la búsqueda de una solución, fue así como nació la Ley 89 de 1890, la cual tendió a proteger los derechos a las tierras en la modalidad de los resguardos.

⁶⁸ *Ibidem.* p.34

En esta Ley amparaba fundamentalmente dos derechos para los indígenas: El régimen comunal de los resguardos territoriales y el autogobierno a través de los cabildos: "Artículo 2. Las comunidades de indígenas ya a la vida civil tampoco se regirán por las Leyes generales de la República en asuntos de Resguardos. En tal virtud se regirán por las disposiciones consignadas a continuación"⁶⁹

Entre las principales disposiciones que traía la Ley en comento tenemos:

Se radica en cabeza de los cabildos la obligación de velar por el principio comunal de las tierras indígenas, y la distribución que se hiciere debía ser equitativa para que todos los miembros de la parcialidad tuvieran provecho económico. Esto esta consignado en la siguiente disposición: "Distribuir equitativa y prudencialmente, con la aprobación del Alcalde del Distrito, para el efecto de elaborar entre los miembros de la comunidad las porciones de resguardos que se mantengan en común, procurando sobre todo que ninguno de los partícipes, casados o mayores de dieciocho años, quede excluido del goce de ninguna porción del mismo resguardo."⁷⁰

En relación con los negocios jurídicos que se realizaran sobre los resguardos, la Ley era estricta. Se permitía el arriendo por un período igual o inferior a tres años, sobre terrenos en que no hubiera posesión de algún indígena; este contrato

⁶⁹ Ley 89 de 1890

⁷⁰ Artículo 7, numeral 4. Ley 89 de 1890,

debía ser realizado por el Cabildo. En contraposición a lo anterior el indígena no podía arrendar, vender, o hipotecar ninguna porción.

En el caso de que se realizara un negocio que contraviniera las Leyes preexistentes, la Ley presente o que perjudicara a la comunidad en un derecho que gozaba de protección legal, podía promoverse la nulidad o rescisión del negocio en cuestión.

Si se presentaba un proceso en donde una de las partes fuera un aborigen desposeído o que hubiere sido despojado violentamente o por medio de maquinaciones dolosas, la contraparte no podía interponer esta circunstancia como excepción de fondo en contraposición a las previas.

De igual forma si habían perdido su resguardo por dolo o caso fortuito, bastaba con que probasen la posesión pacífica por un período de treinta años para acreditar posteriormente la propiedad. Si no podían cumplir con este requisito, se les permitía acreditarla con cinco testigos notorios y avalado por el Fiscal del Circuito.

En el caso de que se presentara un resguardo sin dueño conocido o sobre el que no existiera certeza respecto a quien era su propietario o descendientes de éste, el Prefecto de la Provincia podía declarar que pertenecían como ejidos a la población que estuviere en ellos o la que se encontrara en sus inmediaciones.

Con el fin de garantizar la protección a los derechos de propiedad, la Ley ordenaba a los notarios, entregar copia del respectivo título constitutivo del resguardo.

Estas eran las características que la Ley 89 le dio a lo que se conoce como el Resguardo Antiguo o Colonial. Los problemas más frecuentes en este tipo de resguardos, que permanecieron hasta que se expide la Ley de Reforma Agraria, fueron: Primero, la doble titularidad originada en la superposición de títulos; y segundo, el deterioro en la calidad de la tierra debido al excesivo uso de la misma que llevó a la destrucción de bosques, suelos y fuentes de agua.

1.4.3.3. Legislación entre 1905 y 1958. Para contrarrestar la legislación proteccionista a favor de los indígenas consagrada en la Ley 89, se origina por varios sectores del país un movimiento que trabaja para disminuir esta protección; resultado de esto fue la Ley 55 de 1905, la cual ratifica la vacancia de globos de terreno en los lugares en los que estuvieren resguardos indígenas y se le da eficacia a los remates que se hayan hecho de los mismos en subastas públicas; de igual forma se cede a favor de los municipios parte de los resguardos que los cobijan.

La Ley 55 de 1905, dice: "La Nación ratifica y confirma la declaración judicial y legalmente hecha, de estar vacantes globos de terreno conocidos como

resguardos Indígenas, así como también las ventas de ellas efectuadas en subasta pública; y reconoce como título legal de propiedad de esos terrenos el adquirido por sus rematadores."⁷¹

En ese mismo sentido fueron promulgados los Decretos 18 de 1824, 11 de 1826, 2117 de 1969 y las Leyes 104 de 1919, 32 de 1920 y 81 de 1958.

Pero la comunidad indígena no se quedó estática, fue así como surgieron movimientos reaccionarios que pretendían la protección de las comunidades. Cabe destacar el liderado por el indígena Páez, Manuel Quintín Lame, cuyo levantamiento fue en el año de 1916 en el departamento del Cauca. Este último elaboró un programa de reivindicación de derechos indígenas, cuyos puntos principales fueron:

- Fortalecimiento de los cabildos como forma de autogobierno.
- Ampliación de las tierras de los resguardos que aún conservaban.
- Recuperación de tierras que fueron resguardos y habían sido expropiadas.
- Respeto y defensa de la cultura indígena, especialmente de su lengua y costumbres en general.
- Recopilar la legislación de indígenas y buscar su aplicación

⁷¹ Artículo 1°. Ley 55 de 1905.

- Buscar formas de protección para los indígenas más pobres, que se veían obligados a trabajar en las haciendas para tener acceso a un lote, sin recibir ninguna protección.

El movimiento Lamista no obtuvo mayores resultados; al tiempo se gestaron otros movimientos que tuvieron influencia de la Revolución Mexicana y otros de carácter nacionalista pero que tampoco obtuvieron mayores resultados, entre estos cabe destacar el movimiento cultural Bachué.

Entre los años 30 y 40 surgen escuelas como la Escuela Superior y el Instituto Etnológico Nacional que más adelante sería el Instituto Colombiano de Antropología, ICAN. En 1940 se realiza en el ámbito regional la Convención Nacional de Pátzcuaro, la cual crea el Instituto Indigenista Americano la cual fomenta la adopción de políticas protectoras por parte de los diferentes países de la región con el propósito de integrar a las comunidades indígenas. Hoy este objetivo lo desarrolla la OEA.

Una consecuencia interna de la Convención Nacional de Pátzcuaro fue la promulgación de la ley 81 de 1958 sobre fomento agropecuario de parcialidades indígenas que instauró una sección de negocios Indígenas en los departamentos en donde existiera 10 o más parcialidades o resguardos, ésta sería más adelante en 1969 la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno, creada a través del decreto 1634 del mismo año. Esta división tenía entre sus funciones las siguientes:

- ◆ Elaborar censos de población indígena.
- ◆ Vigilar la elección en los pequeños cabildos indígenas

El Decreto reglamentario 2117 de 1969 desarrolla el concepto de unidades agrícolas familiares como una forma de parcelación o división de los resguardos. Una unidad agrícola familiar es aquella, que conserva dentro de sus características las siguientes de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 135 de 1961:

Que la extensión del predio, conforme con la naturaleza de la zona, clases de suelos, aguas, ubicación, relieve y posible naturaleza de la producción, sean suficientes para que, explotado en condiciones de razonable eficiencia, le proporcione a una familia ingresos adecuados para su sostenimiento, cumplan con las deudas originadas en la compra o acondicionamiento de las tierras, si fuere el caso y, posibilite el progresivo mejoramiento de la vivienda, herramientas de trabajo y del nivel de vida de los integrantes de la familia..

Que la porción de tierra asignada como unidad agrícola de familia, no requiera para su normal producción más que del trabajo del propietario y su familia. Sin perjuicio, de que por razones de cosecha y la naturaleza de la explotación lo requiere, se pueda vincular mano de obra extraña a los miembros de la familia.

Este decreto da origen a las reservas indígenas como forma de asignación a los indios de un territorio con la característica que la propiedad la conservaba el Estado y entregaba únicamente el usufructo.

En su artículo 11 el decreto en mención, define que se entenderán como indígenas las personas tanto hombres como mujeres que estuvieren inscritos en el último censo, que tuvieran sentido de pertenencia hacia la parcialidad, se sintieran identificados con su cultura y habitaran dentro del resguardo y explotaran la tierra. Se excluía a aquellos indígenas que hubieran estado por fuera del resguardo por un período igual o superiora los diez años.⁷²

1.4.3.4. Período de 1967 hasta 1991. A través de la Ley 31 de 1967, Colombia suscribe y ratifica el Convenio 107 sobre la abolición de las sanciones penales por incumplimiento de contratos de trabajo de parte de los indígenas; de otra parte se reconocía el derecho a los indígenas a la asignación de tierras en forma colectiva bajo la modalidad de resguardos y no de reservas, por ser ésta una situación que no daba certeza a las comunidades.

⁷² Decreto 2117 de 1969

En 1970, el INCORA ante la incertidumbre que generaba la no titularidad de las reservas indígenas, decidió otorgarles el usufructo como medida transitoria mientras se transformaban en unidades agrícolas.

En 1980, el Departamento Nacional de Planeación publicó un documento Conpes dirigido a la población indígena. Este documento trae las siguientes conclusiones: El 50% de los indígenas del país no tenían un territorio propio legalmente asignado por el Estado, y, el 50% restante tenía problemas territoriales fundamentados en insuficiencia del área asignada o por la existencia de mejoras de colonos al interior de sus territorios.

En 1982, estando de Presidente de la República Belisario Betancourt se propone una política en materia indígena. Toma como punto de partida la Ley 89 de 1886, y a partir de ésta reconoce autoridades indígenas, sus organizaciones y derecho a la tierra. Se encarga una Comisión Ministerial con el fin de elaborar un diagnóstico sobre la población indígena en Colombia y partiendo de este diagnóstico diseñar un programa económico-social. El programa contemplaba la reactivación y reestructuración del Consejo Nacional de Política Indígena como órgano orientador del programa, la Creación de una Comisión Técnica Permanente de consulta y coordinación ejecutiva, y el reconocimiento de la participación indígena mediante el Consejo Nacional Indígena -CONI-, como órgano de consulta y concertación. Los resultados que se obtuvieron de este primer estudio sirvieron de base para crear el Programa Nacional de Desarrollo de Poblaciones Indígenas, PRODEIN. Una de las conclusiones más importantes a la que se llegó fue la necesidad urgente de ajustar

el reconocimiento legal sobre la propiedad territorial y remplazar las reservas por resguardos para llegar finalmente al reconocimiento del derecho de propiedad colectiva e individual.⁷³

Durante este período hasta antes de la Constitución de 1991, se legisló para reglamentar y complementar la ley de reforma urbana expedida en el año de 1961. En 1988 se promulga la Ley 30 y el Decreto Reglamentario 2001. La ley estableció que el otorgamiento de tierras a indígenas no debía ser remunerado sino gratuito y se crea el Fondo de Garantías Crediticias para Comunidades Indígenas. A su vez el Plan Nacional de Rehabilitación pretende hacer parte a los indígenas en la creación de políticas que los gobierne observando siempre el etnodesarrollo y la consolidación de sus territorios. El PNR se convierte en el puente entre las comunidades indígenas y el Estado hasta 1991.

El Decreto Reglamentario número 2001 de 1988, se refiere al tema procedimental para la constitución de un resguardo, de una forma muy precisa determina los pasos a seguir para esto y a cargo de las entidades responsables. El procedimiento consiste en:

1. Se puede iniciar de oficio o a petición de parte. Si es de oficio lo debe iniciar el INCORA, y si es a petición de parte podrá ser el Ministerio de Gobierno, la

⁷³ CORREA RUBIO, *Francois*. Lo indígena ante el Estado Colombiano. Santafé de Bogotá: Ediciones Antropos Ltda., 1992. p.87

comunidad indígena, las organizaciones indígenas o cualquier otra entidad de carácter público.

2. Visita de inspección que realiza el INCORA. Previa a ella, debe tenerse la cartografía, los formularios del censo, números de colonos establecidos, etc.
3. Elaboración de un estudio socioeconómico y jurídico, para lo cual se establece un esquema previo por parte del INCORA.
4. Se realizan los análisis pertinentes y se procede a su constitución.

1.4.3.5. Constitución de 1991 y Ley 21 de 1991

Con la expedición de la Constitución de 1991 la cuestión indígena entra en una nueva realidad y cambia de una política de integración a una política de institucionalización.⁷⁴

En lo referente a tierras, hay en la nueva Constitución varios artículos dedicados a su regulación:

⁷⁴ TRIANA ANTORVEZ, Adolfo. Grupos Etnicos, Nueva Constitución en Colombia. Santafé de Bogotá: Ediciones Antropos Ltda, 1992. p.113

Artículo 63. - Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo [...] son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Artículo 72. - y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

Artículo 329. - La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

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

PAR.- En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

Artículo 357. - Los municipios participarán en los ingresos corrientes de la Nación. La Ley, a iniciativa del gobierno, determinará el porcentaje mínimo de esa participación y definirá las áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos. Para los efectos de esa participación, la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios.⁷⁵

De los textos anteriores puede deducirse que la Constitución redujo la propiedad indígena a resguardos indígenas dándoles el carácter de inalienable, imprescriptible e inembargables. Adicionalmente y de gran relevancia, se les da a los indígenas una mayor participación en el plano jurídico del Estado, a través de la conformación de las entidades territoriales indígenas, para que ellos directamente velen por sus intereses.

El artículo 286 de nuestra Constitución Política, establece una división política y administrativa por departamentos, municipios y territorios indígenas, y todos ellos están llamados a conformar las entidades territoriales. Al mismo tiempo, a las regiones y provincias se les da potencialmente la misma facultad; es así como las Entidades Territoriales Indígenas, ETI, entran a formar parte de la estructura político administrativa del Estado.

⁷⁵ Constitución Política de Colombia, 1991

Por Entidad Territorial Indígena se entiende:

[...] una división político administrativa de la República (art. 286), con autonomía administrativa y política dentro de los límites de la Constitución y la Ley (art. 1 y 287), habitada por población indígena y que se gobierna por autoridades propias (art.287: 1), que asume las competencias que le corresponden (art. 287:2), que puede administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (art. 287:3), y que participa en las rentas nacionales (art.287:4).⁷⁶

Consideramos como característica esencial la plena autonomía que tienen para la administración de sus asuntos; puede considerarse que su autonomía es mayor, pues si consideramos las prerrogativas específicas en materia de costumbres, lengua, religión, justicia y elección.

Algunas funciones de las ETI son:

1. Velar por el cumplimiento de todas las normas, tanto constitucionales como legales en los diferentes órdenes, y de las que se dicten al interior de su comunidad.

⁷⁶ SANCHEZ, Enrique; ROLDÁN, Roque y SANCHEZ, María Fernanda. Derechos e Identidad. Santafé de Bogotá: Disloque Editores, 1993. p. 69-70

2. Prestar los servicios públicos que según la Constitución se les imponga.
3. Adoptar el Plan de Desarrollo y el Presupuesto.
4. Impulsar asuntos de carácter económico, social, cultural y jurídico que redunden en beneficio de su comunidad.
5. Desarrollar programas de cooperación y armonización que lleven al progreso comunitario y la conservación del ambiente en las zonas fronterizas.

En general la entidad territorial indígena cobija a los indígenas que se encuentren establecidos en un territorio determinado, pero por excepción y previa concertación puede extenderse a otros sectores de la población que estén localizados en el mismo lugar siempre y cuando ambas partes lo acepten. El territorio al que se aplica coincide casi en su totalidad con el que tiene previsto Planeación Nacional como territorio indígena: Territorios de Resguardos, Territorios en Posesión y Territorios de Reserva del Estado con planes de conservación que podrían llegar a ser administrados por las comunidades indígenas.

Las ETI, serán gobernadas por un consejo compuesto y reglamentado legalmente, de acuerdo con las costumbres de las comunidades que las componen. El artículo 330 de la Constitución describe sus funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de su territorio.
2. Diseñar las políticas y planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en su territorio velar por su debida ejecución
4. Percibir y distribuir recursos
5. Dictar normas y medidas para la preservación y la defensa del patrimonio ecológico y cultural
6. Garantizar la participación directa de las comunidades en las decisiones sobre explotación de los recursos naturales
7. Coordinar los programas y proyectos promovidos por los cabildos y las diferentes comunidades en su territorio de acuerdo con las instituciones y disposiciones del Gobierno Nacional.

8. Representar al territorio ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.⁷⁷

La Ley 21 de 1991 adopta el Convenio 169 de 1989 de la OIT, éste reemplaza al 107 que había sido adoptado en 1967. El Convenio reconoce la importancia de los pueblos indígenas por sus diversos aportes en especial por ser modelos de convivencia social y de convivencia con el medio ambiente. Defiende la permanencia en sus tierras, para esto argumenta la posesión histórica de los indígenas y su sentido ancestral; se estipula que los territorios incluyen los recursos naturales que en ellos se encuentran y que se requieran para su supervivencia.. Se asegura entre otras cosas el impedimento al traslado forzoso de sus tierras y a los actos ilegales de despojo.

1.4.3.6. Desarrollo posterior a la Constitución de 1991. La Ley 160 de 1994 crea el Sistema Nacional de la Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, cuyos objetivos están orientados a brindar ayuda al sector campesino y rural del país. Dentro de este sector de población, se incluye a los indígenas por habitar en estas zonas. Se propone dotar de tierras a los campesinos de escasos recursos y mayores de 16 años y también a las comunidades indígenas.

⁷⁷ Artículo 330. Constitución Política de Colombia, 1991

Se crea un Consejo Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, de éste harán parte dos representantes de las organizaciones indígenas legalmente constituidas y reconocidas. Al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, se le asignan funciones, tales como: Adelantar procedimientos del deslinde de tierras de resguardo y constituir, ampliar, sanear y reestructurar los resguardos en beneficio de las parcialidades. Igualmente, queda facultado para adquirir y expropiar bienes rurales de propiedad privada por motivos de interés social, el cual puede ser dotar de tierras a los indígenas que no la posean o cuya superficie sea insuficiente, el saneamiento de tierras cuándo se encuentran ocupadas por personas que no pertenecen a la parcialidad. Así mismo se podrá reestructurar y ampliar los resguardos de origen colonial previa calificación de la vigencia legal de los títulos legales de las tierras poseídas o donadas a favor de la comunidad por el INCORA u otras entidades. Estos programas tienden al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad y a preservar el grupo étnico, mejorando su calidad de vida.

Se prohíbe la adjudicación de baldíos a comunidades diferentes de las indígenas en terrenos que ellas habitan o que estén destinados a desarrollar su hábitat.

El Decreto 2164 de 1995, que reglamenta la Ley 160 de 1994, le atribuye al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, la tarea de continuar con el aseguramiento en el establecimiento de los indígenas en sus tierras y demás funciones que ya tenía asignadas. Para dar cumplimiento a este objetivo, deberá constituir resguardos en diferentes zonas teniendo en cuenta las que solicite la comunidad. Se le quita al

INCORA la facultad de crear reservas indígenas, pero mantiene su función en la creación de resguardos.⁷⁸

1.5. JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia colombiana en múltiples ocasiones se ha pronunciado sobre diversos aspectos jurídicos relativos a la propiedad del subsuelo petrolífero.

Dentro de las sentencias más destacadas encontramos las siguientes:

1.5.1. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de Marzo 4 de 1994.⁷⁹ En esta sentencia encontramos varios aportes a nuestro estudio.

⁷⁸ DIAZ Ginna y MORALES Diana. *Op. Cit.*

⁷⁹COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de marzo de 1994, C.P. Daniel Suárez Hernández, Exp. 7120.

El conflicto que resuelve esta sentencia surge cuando el señor Carlos Julio Zerda Bautista en uso de la acción de restablecimiento del derecho, el 28 de noviembre de 1991 demandó a la Nación para obtener que se declarara nula la Resolución No.031380 expedida por el Ministerio de Minas el 25 de julio de 1991, por la cual se negó la inscripción de la propiedad privada del subsuelo del inmueble denominado “El Emporio”, ubicado en Santiago de las Atalayas, en los llanos del Casanare, que también busca se le declare propietario comunitario o condueño del subsuelo del inmueble y que se ordene la inscripción del actor como propietario del inmueble en su cuantía o proporción y específicamente del subsuelo y de los hidrocarburos que en él se encuentren.

La razón que dio el Ministerio de Minas y Energía para negar la inscripción de la propiedad privada del subsuelo petrolífero del inmueble en mención fue la no existencia de un título específico de adjudicación de hidrocarburos o un fallo que conserve su validez jurídica, en el que se declare el derecho de propiedad de los hidrocarburos a favor del interesado, ni se aportó prueba de la existencia de un yacimiento descubierto con anterioridad al 22 de diciembre de 1969.

El demandante por su parte sostiene que la cédula real del 12 de noviembre de 1777 conferida a don Vicente de la Zerda en donde le fueron adjudicados los terrenos de la provincia de los llanos de Atalayas, conserva toda su validez en cuanto al subsuelo se refiere y constituye un justo título proveniente del estado anterior a octubre de 1873. Y que el demandante es titular de parte de esos

derechos del subsuelo del inmueble, en razón de una cadena de títulos que se presentó de la siguiente forma: después de la muerte del maestro Vicente de la Zerda, le fueron adjudicados los terrenos al señor Pedro Sabas María de la Zerda Cárdenas, quien después vendiera sus derechos a José Hugo Soler y Palmenio Díaz en un 45% y lo restante a Victoria Zerda Cárdenas, ésta última vendió el 15% de sus derechos al señor Humberto Barrera Domínguez, quién vendió a su vez a Victoria Zerda y al demandante.

Primero consideró la sala necesario, para resolver el conflicto que en ella se debatía, incluir en la sentencia una síntesis sobre la evolución jurídica de la situación del subsuelo petrolífero en Colombia. Resulta de gran importancia hacer reseña a ésta porque así se observa como el Consejo de Estado ha percibido o entiende la evolución del tema.

Señala la sala que si retrocedemos al derecho real español encontramos que contrario al derecho romano, el subsuelo pertenecía al soberano bajo la concepción del llamado dominio eminente; el derecho minero español llegó hasta tal punto de configurar una doble propiedad para los inmuebles en cuanto a suelo y subsuelo; donde los metales y las minas se tenían como regalías, es decir, como bienes pertenecientes a los reyes y supremos señores de las provincias donde se hallaban, y por propios los incorporados por derecho y costumbre al patrimonio de la corona real, así fuesen descubiertos en lugares públicos o en tierras de los particulares. La prueba de que los bienes fueron concedidos por los mismos príncipes no valía para adquirir las minas.

Se puede concluir que siempre se estableció una diferencia entre el suelo y el subsuelo y que la calidad del suelo de público o privado no daba derecho alguno al dominio del subsuelo.

Esto aparece consignado en las Ordenanzas de Minería de la Nueva España “las minas son propias de mi real corona” – “ Sin separarlas de mi real patrimonio las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión ”.

También la Ley 11 partida tercera del año 1263 consagró: “las reudas de los puertos *et* las salinas *et* las mineras pertenecen a los reyes”. La Novísima Recopilación estableció “todas las mineras de plata y oro y plomo y de otro cualquier metal cosa que sea, en nuestro señorío real, pertenece a nos, por ende ninguno sea osado de laborar sin nuestra especial licencia o mandato”.

En nuestro país sostiene la sala que la evolución se ha dividido básicamente en tres períodos:

- El primero que comprende desde la conquista hasta la época de la Confederación Granadina de 1858, en donde prácticamente continuó rigiendo la legislación española, es así como la Constitución de 1821 y el decreto de "El Libertador del 24 de octubre de 1829 reafirmaron el dominio del Estado sobre todas las minas, este último dispuso que: “las minas de cualquier clase corresponden a la república, cuyo gobierno las concede en propiedad y

posesión a los que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas y con las demás que contiene este decreto”.

- El segundo período que va desde la Confederación Granadina de 1858 hasta la Constitución de 1886. En este período la situación jurídica del subsuelo se modificó, pues se declaró que pertenecían a la Confederación los baldíos, las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y de sal gema que se encontraran en terrenos nacionales o particulares; se autorizó a los Estados a regular los asuntos no competentes a la Confederación por lo que cada uno legisló sobre el régimen minero.

En este periodo se expidió el Código Fiscal de 1873 que reservó la propiedad de las minas y depósitos de carbón, guano o cualquier otro abono y declaró como pertenecientes a la Unión las minas de cobre, hierro y demás metales no preciosos, las de azufre y otros no expresados (entre los cuales se encontraba el petróleo).

También se expidió la Ley 127 de 1867 o Código de Minas del Estado de Antioquia, que luego se adoptaría a toda la República, estatuto que determinó que la propiedad de las minas de esmeralda y sal gema eran de la Nación, las de oro, plata, platino y cobre eran del Estado y las demás del propietario del terreno.

- El tercer período que va desde la Constitución Nacional de 1886 hasta hoy (entiéndase la fecha de la sentencia). En este período se implantó de nuevo el llamado dominio eminente en cabeza del estado no sólo sobre las minas que pertenecían a los estados sino también las de la reserva federal hasta entonces vigente.

En la Constitución de 1886 el artículo fundamental para el tema que nos refiere fue sin duda el 202, disposición que reivindicó la propiedad de las minas y de los yacimientos de hidrocarburos a favor del Estado.

Con ese fin se dictó la Ley 38 de 1887 mediante la cual se adoptó el Código de Minas de Antioquía estableció: “[...] en donde quiera que la propiedad de las minas hubiere sido del propietario del suelo hasta el 7 de septiembre de 1886 en que empezó a regir la nueva constitución cada uno se contará desde la fecha de esta ley un derecho preferente al de cualquier otro individuo para buscar catar y denunciar las minas que hubiere dentro su heredad. Pasado un año serán denunciables por cualquiera”. Si la expectativa de derecho que el propietario del suelo tenía sobre el subsuelo no se concretaba en ese término el pretendido derecho se extinguía.

Luego la Sala hace la distinción entre derechos adquiridos y las meras expectativas, diciendo que si no se demuestran los requisitos legales exigidos para tener el derecho, prevalece el principio de que el dominio del subsuelo corresponde en su totalidad al Estado.

El decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos) consagró como de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, Resolución o por cualquier otra causa legal.

Termina el período con la Ley 20 de 1969, sus decretos reglamentarios y la Ley 97 de 1993 por la cual se interpretó con autoridad la Ley 20 de 1969 y se dictaron otras disposiciones.

Otro aspecto que es importante incluir como aporte de esta sentencia es, la aclaración que hace el Consejo de Estado sobre la Ley 20 de 1969 y de su decreto reglamentario. Pues las partes del conflicto resuelto por la misma daban contrarias interpretaciones de la ley.

La ley en su primer artículo dispone que “todas las minas pertenecen a la Nación sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros”. El Consejo de Estado entiende que este artículo no es más que una ratificación legal del artículo 202 de la Constitución, y por lo tanto no incluye un principio jurídico distinto, pero aclara que los derechos a favor de terceros, solo comprenden las situaciones jurídicas concretas y específicas, lo que la doctrina llama derechos adquiridos. Estas se refieren de manera exclusiva a situaciones jurídicas individualizadas y concretas relacionadas con un depósito minero específicamente

determinado y siempre que éstas se hubieren perfeccionado antes de entrar en vigencia la Constitución. Por su parte el Decreto Reglamentario 1994 de 1989 dice que las situaciones se encuentran debidamente perfeccionadas si están vinculadas a un yacimiento descubierto. Dicha norma no hizo cosa diferente que aclarar el artículo primero de la Ley 20 de 1969. Además del decreto mencionado anteriormente se expidió la Ley 97 de 1993 con la finalidad de evitar equívocos en cuanto a la interpretación de los artículos 1 y 13, en esta reza “las situaciones jurídicas subjetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva y en ejercicio de los cuales se hayan descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a mas tardar el 22 de diciembre de 1969”. Luego la ley plasma la definición de lo que se debe entender por yacimiento descubierto:

“Cuando mediante la perforación con taladro o con equipo asimilable y las correspondientes pruebas de fluidos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos y que se comporta como unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de fluidos ”. Como complemento la ley determina que lo dicho en la misma, constituye la única interpretación autorizada de la Ley 20 de 1969 artículos 1 y 13.

Por todo lo dicho anteriormente el Consejo de Estado denegó las pretensiones de la demanda.

1.5.2. Sentencia de la Corte Constitucional No. C-424 de 1994⁸⁰ Sentencia que resulta importante tener en cuenta puesto que en ésta se declaró exequible la Ley 97 de 1993 norma fundamental en el régimen petrolífero en Colombia.

Esta sentencia resolvió tres demandas de diferentes ciudadanos, que mediante el ejercicio de la acción pública buscaban la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, que interpreta con autoridad la Ley 20 de 1969 y dicta otras disposiciones.

Se cuestiona entonces la constitucionalidad de sus artículos 1, 2 y 3 que dan la específica interpretación de los artículos 1 y 13 de la Ley 20 de 1969, y también la constitucionalidad del artículo 4 que establece la facultad del juez competente para decretar unas medidas cautelares en los procesos contenciosos en la cual se debata la titularidad de los particulares sobre los mencionados bienes.

Las demandas en síntesis alegan que es una ley retroactiva que desconoce los derechos adquiridos por particulares puesto que exige la demostración de la existencia de un yacimiento descubierto a más tardar el 22 de diciembre de 1969.

La sentencia resolvió sobre la habilitación del legislador para decretar como obligatoria una interpretación de la ley y sobre el desconocimiento o no de los

⁸⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. Fabio Morón Díaz, Sentencia N°. C-424 de 1994.

derechos adquiridos y sí se impuso cargas contra el régimen constitucional de la propiedad privada.

La Corte analizó los siguientes puntos para decidir:

1.5.2.1. Razones de forma. Lo primero que hizo la Corte fue revisar si la ley fue debidamente tramitada conforme los requisitos de la Constitución y encontró que los cumplía todos; por esta razón es exequible por razones de forma.

1.5.2.2. Razones de fondo. Hace mención la Corte al concepto de interpretación de autoridad y entiende que el legislador es competente para expedir normas que siendo posteriores se apliquen con preferencia, modifiquen, deroguen o interpreten normas anteriores.

Cuando se trata de interpretación, como en el caso de la ley estudiada, el legislador busca aclarar normas cuyo contenido haya quedado oscuro o se preste a diversas interpretaciones, cosa clara que afecta la certeza jurídica. Es importante aclarar que esta ley interpretativa no puede ser utilizada para agregar elementos nuevos a la normatividad correspondiente. Las leyes interpretativas se

entenderán incorporadas a las leyes interpretadas; sin embargo, no podrán alterar lo dispuesto en decisiones ejecutoriadas antes de que entren a regir.

El régimen de propiedad del subsuelo que establece la Constitución de 1886 se puede simplificar en los siguientes puntos:

1. La propiedad del subsuelo y el suelo están separadas.
2. La regla general es que el subsuelo pertenece a la República.
3. Se respetan los derechos constituidos a favor de terceros.

La Ley 20 de 1969, en concordancia con el artículo 202 de la Constitución, reitera lo que éste dice y señala que los derechos a favor de terceros son una excepción y la condiciona a partir de la vigencia de la ley a la existencia de un yacimiento descubierto; entonces desde la vigencia de la Constitución de 1886 queda eliminado el criterio que las minas pertenecían al dueño del suelo. La Ley 38 de 1887 da un término de un año para denunciar los yacimientos de las respectivas heredades. Los requisitos que debe cumplir un tercero para constituir la excepción, es decir, para tener un derecho constituido son de dos clases:

- Un elemento jurídico consistente en que la situación sea subjetiva, es decir, que haya una clara identificación del titular del derecho; que esa misma situación sea concreta en cuanto a la naturaleza del objeto y el alcance del derecho y que esté perfeccionada, esto se logra cumpliendo con el

procedimiento y las formalidades sustanciales necesarias para la existencia de la misma.

- Un elemento fáctico consistente en la existencia de un yacimiento descubierto vinculado por supuesto al elemento jurídico.

La Ley 20 de 1969 define los derechos constituidos a favor de terceros como las situaciones jurídicas subjetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina, o por una sentencia definitiva y en el ejercicio de los cuales se haya descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969 fecha de expedición de la ley interpretada.

Respecto al artículo 2 que define el yacimiento descubierto se puede decir que es perfectamente válido incluir una definición técnica de un concepto que simplemente se encontraba enunciado en el artículo 1 de la Ley 20 de 1969.

1.5.2.3. Sobre la irretroactividad de la ley. La irretroactividad, que es una garantía de estabilidad de los derechos de las personas, en referencia tanto de intereses particulares como sociales y que se encuentra consagrada en la Constitución de 1991 en el artículo 58, al amparar la propiedad y los demás derechos adquiridos diciendo que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

Sobre los artículos como tal no puede haber irretroactividad por cuanto no cambian los contenidos de la ley interpretada, sino simplemente describe y precisa los conceptos con un carácter retrospectivo, es decir, se incorporan a la ley interpretada. La voluntad del legislador plasmada en la ley interpretativa se entenderá existente desde la ley interpretada.

En cuanto a los derechos constituidos y las meras expectativas relacionadas con el subsuelo, la Corte señala con apoyo en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado que no existe retroactividad de la Ley 97 ni violación a los derechos constituidos y adquiridos, pues se trata de los mismos derechos a los que se refería la Constitución de 1886 en su artículo 202, estos derechos no son otros que los referentes a las minas denunciadas, tituladas y explotadas de acuerdo con las leyes anteriores a la expedición de la Constitución. La Ley 20 de 1969 no reguló condiciones constitutivas de derecho diferentes a las excepciones que estatuyó el artículo 202.

En cuanto a la constitucionalidad del artículo 4, se trata por separado por no ser éste utilizado para la interpretación, sino que se ocupa de señalar la facultad de los jueces, de decretar el embargo y secuestro preventivo de los pagos que efectúe la Nación o sus entidades descentralizadas, en virtud de actos o contratos sobre los cuales se adelante una discusión judicial. Entiende la Corte que lejos de ir en contra de la Constitución, encuentra fundamento la disposición, en el artículo 150 de la Constitución, pues las medidas cautelares hacen parte de los códigos de

procedimiento aplicables por los jueces en las controversias mencionadas. Además, como se hace a favor de la custodia judicial de los derechos que se discuten, no afecta ni el debido proceso ni el derecho de defensa. Tampoco establece disposiciones discriminatorias ni arbitrarias que afecten el principio de igualdad. Más aún, considera la Corte que dichas medidas cautelares son necesarias por la importancia de los intereses jurídicos que se comprometen en estos procesos, debido a las consecuencias que pueda traer para la economía de un Estado como el nuestro, en el que son fuente principal de recursos fiscales.

1.5.2.4. La razonabilidad de la Ley. Sí se explica primero que la finalidad de la Ley 20 de 1969, que era llevar a la práctica el mandato constitucional según el cual la propiedad privada es una función social que implica obligaciones y por esto en la Ley 20 se decidió que los derechos adquiridos por los particulares debían estar vinculados a un yacimiento descubierto, buscando evitar que los particulares dificultaran la explotación de uno de los recursos naturales no renovables más importantes en una economía como la nuestra.

Habiendo comprendido esto, se encuentra la razón de ser de la Ley 97 de 1993 que interpreta la Ley 20 de 1969, pues es importante tener claridad sobre las excepciones reconocidas por la Ley 20 de 1969 y conocer los requisitos que el legislador exige para perfeccionar el derecho de dominio del particular, no sólo para adquirirlo, sino también para conservarlo, buscando en todo momento que la propiedad cumpla con su función social. No es extraño que el legislador haga

exigencias si se entiende que se trata de buena parte de la riqueza pública de la Nación y del Estado, que debe ser aprovechada en beneficio de la sociedad.

Teniendo en cuenta todo lo dicho, la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 97 de 1993.

1.5.3. Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Octubre 21 de 1994.⁸¹ Esta sentencia es pertinente analizarla, por cuanto aclara el concepto de derecho adquirido del cual habla la excepción que trae la Ley 20 de 1969.

El conflicto resuelto nace cuando la comunidad de propietarios de los yacimientos petrolíferos contenidos en el subsuelo de las haciendas Santa Bárbara de Cabezas y San José de Mata de los Indios o La Embocada, demandan a la Nación haciendo uso de la acción de restablecimiento del derecho para que se declare la nulidad de unas resoluciones dictadas por el Ministerio de Minas y Energía, la número 31668 de septiembre 3 de 1991 y la 32316 del 25 de noviembre de 1991 en las cuales dicha autoridad no autorizó la perforación con fines de explotación de petróleo en los yacimientos existentes en las haciendas de propiedad de la

⁸¹ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1994, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, Exp. 7374.

comunidad. La comunidad buscaba además lógicamente se otorgare autorización y licencia para realizar la perforación nombrada.

El caso resulta interesante si tenemos en cuenta que la comunidad de propietarios de estas tierras, se formo proferirse sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales en 1962, la cual dispuso que salieran del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 y en consecuencia son de propiedad particular la parte o porción del globo de terreno denominado Santa Barbara de las Cabezas incluyendo el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse en éste y cuya pertenencia ahora corresponde a la sucesión ilíquida de don Francisco de la Cruz Trespalacios Marzán. Y salieron de igual manera los predios del terreno denominado San José de Mata de Indios o La Embocada hacia la sucesión ilíquida de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales. Del patrimonio conformado por lo obtenido en dichas sucesiones nació entonces la comunidad de propietarios de estas tierras.

La importancia de lo anterior está en que la parte demandante posee un título que acredita la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables que se encuentren en éste. Además la comunidad realizó una propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos de los yacimientos petrolíferos de las dos haciendas, y esta fue aceptada por el Ministerio de Minas por medio de la Resolución 113 del 16 de febrero de 1948.

Sin embargo, al expedirse la Ley 20 de 1969 se exige la vinculación a un yacimiento descubierto para crear la excepción del principio general donde todas las minas pertenecen a la Nación; lo cual llevó a que el Ministerio de Minas al no encontrar demostrada la existencia del yacimiento de petróleo afirmara que la comunidad de propietarios de las haciendas Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Indios o la Embocada no tienen ningún derecho sobre el subsuelo de estos terrenos; y por supuesto, negó la autorización de perforación.

La Sala encargada entonces, entró a analizar lo que se debía entender por una situación jurídica subjetiva y concreta debidamente perfeccionada y vinculada a un yacimiento descubierto, que es como ya lo habíamos enunciado la excepción que trae la Ley 20 de 1969, la constitución de un derecho adquirido. La Sala se apoyó en la sentencia de la Corte Constitucional del 29 de septiembre de 1994, en la cual se debatió la constitucionalidad de la Ley 97 de 1993 (ya reseñada en este trabajo), y con esto le dio la razón al Ministerio de Minas y Energía al no haber autorizado la perforación por no cumplir uno de los requisitos para la constitución de los derechos adquiridos.

Hicimos alusión a esta sentencia porque en ella se recalcó que la Ley 20 de 1969 es un desarrollo del artículo 202 de la Constitución de 1886; y se aclaró en la misma sentencia una situación que de manera frecuente se presentó en el país, la cual era encontrar sentencias reconociendo derechos particulares en el subsuelo pero sin que estén radicados en yacimientos descubiertos; lo que no genera la existencia de derechos constituidos sino que simplemente se reconoce una mera

expectativa de derecho. Para poder hablar de un derecho adquirido se exige además la demostración de la existencia de un yacimiento descubierto a más tardar el 22 de diciembre de 1969.

1.6. LA PROPIEDAD DEL SUBSUELO DE CUSIANA FRENTE A LAS OTRAS PROPIEDADES PRIVADAS

Cuando se estudia la propiedad del subsuelo en Colombia, necesariamente se debe examinar el denominado Caso Cusiana, porque en él se les otorgó propiedad del subsuelo a particulares, esto con base en lo que sostenía la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, que todos los terrenos por no pertenecer al Estado antes del 28 de octubre de 1873, conllevaban la pérdida de la propiedad del subsuelo; pero en sentencia de marzo 4 de 1994 del Consejo de Estado, en forma precisa y clara, señaló que los derechos adquiridos sobre propiedades privadas del subsuelo deberían haber estado perfeccionados, mediante vinculación a por lo menos un yacimiento descubierto para el momento de entrar a regir la Constitución de 1886, de acuerdo con su artículo 202. Este fallo fue objeto del recurso extraordinario de súplica ante la Sala Plena de la Corporación, quien lo confirmó en su totalidad.

1.6.1. Cronología del caso Cusiana. El 15 de diciembre de 1711 la Real Audiencia estableció el resguardo indígena de Santiago de las Atalayas y del Pueblo Viejo de Cusiana, estableciendo en auto de esa fecha sus respectivos linderos. Dicho territorio se transfirió por medio de remate al señor Domingo Ortiz, el 17 de septiembre de 1759; pero se presentaron linderos fraudulentos, que excedían la extensión máxima (3.500 hectáreas).

La primera definición legal de bienes ocultos apareció el 28 de octubre de 1873 (Ley 106 – Código Fiscal), diciendo que eran aquellos bienes de la Nación que no sólo hubieran sido objeto de abandono u ocultamiento material, sino aquellos en los cuales su carácter de propiedad nacional se haya hecho obscuro por actos de malicia, usurpación, etc. Se dijo que quien denunciara un bien oculto se haría acreedor a la mitad del producto de la venta o se le podría adjudicar el terreno denunciado en igual proporción.

El Ministerio de Obras Públicas y Fomento declaró, el 28 de junio de 1907, que no eran baldíos ni de propiedad de la Nación los terrenos del resguardo indígena en mención (haciendo alusión a la extensión original y los linderos fraudulentamente presentados por Domingo Ortiz).

Con el Código Fiscal de 1912 (Ley 110) se ratifica lo dicho en el Código de 1873.

El 22 de diciembre de 1920 se suscribe el contrato de denuncia de bien oculto entre el Ministerio de Agricultura y Comercio y el señor Jorge Martínez Landínez. La condición básica era que el señor Martínez Landínez adquiriría el 45% del territorio denunciado, una vez éste entrara a formar parte del patrimonio del Estado. El 28 de enero de 1921 éste último presentó el denuncia de bien oculto ante el Ministerio de Agricultura y Comercio. Por medio de la Resolución 431 de enero de 1922 se declaró bien oculto el denunciado por el señor Martínez Landínez. Se concedió poder al General Martínez Landínez para que en nombre de la Nación hiciera efectivos los derechos sobre el resguardo de Santiago de las Atalayas y del Pueblo Viejo de Cusiana. En sentencia del 11 de octubre de 1926 el Tribunal Superior de Bogotá ordenó restituir a la Nación los terrenos comprendidos en la declaración. La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirmó la anterior sentencia el 15 de noviembre de 1927. El 18 de octubre de 1937 el Juez Civil del Circuito de Orocué, comisionado por el Tribunal de Bogotá, hizo la entrega material del “suelo y subsuelo” a la Nación. En Resolución 53 de 1938 el Ministerio de Hacienda ordenó el avalúo del terreno por parte de peritos para efectuar el respectivo pago del 45% al General Martínez Landínez, quien el 11 de marzo del mismo año apeló dicha Resolución alegando que los terrenos habían regresado al Estado como propiedad privada del mismo y no como bienes baldíos, y pidió además que se le transfiriera el 45% de los terrenos en lugar de que se realizara el pago. Pero el Ministerio de Hacienda confirmó la Resolución 53/38 en la Resolución 204 de julio 26 de 1938.

La Ley 128 de 1938 adicionó el Código Fiscal de 1912, en relación con el pago en especie a denunciados de bienes ocultos, diciendo que para la enajenación que implique el pago tan sólo era necesario el otorgamiento de la respectiva escritura por parte del Ministerio.

En sentencia de 30 de octubre de 1939, la Corte Suprema de Justicia declara parcialmente nula la Resolución 53/38 y reconoce al General Martínez Landínez el derecho al “suelo y al subsuelo” y declara que es facultativo del gobierno el realizar el pago en especie. El 15 de noviembre de 1939 el General solicita al gobierno su decisión acerca de si paga en especie su participación; el Ministerio de Hacienda en Resolución 102 de 1940 se abstiene de decidir al respecto debido a los pleitos que tenía pendientes el General. El mismo solicita en abril 15 a la Corte que se requiera al Gobierno Nacional para que decidan su pago; petición que fue negada en mayo del mismo año.

El gobierno decide pagar en especie, incluyendo el subsuelo, en Resolución ejecutiva No. 1181 de octubre 23 de 1940. El Ministerio de Minas y Petróleos se abstuvo de cumplir el segundo punto hasta tanto no se resolvieran los problemas de las cesiones efectuadas por el General Martínez, lo cual sólo ocurrió hasta abril 13 de 1946.

El 21 de enero de 1949 el General Martínez Landínez demandó el cumplimiento de la sentencia de 30 de octubre de 1939 y la Resolución 1181 de 1940. El 25 de febrero la demanda se inadmitió porque la acción era de cumplimiento de una

sentencia y no de contrato celebrado por la Nación; fue apelada y confirmada. El 9 de junio de 1949 el General pidió a la Corte que ordenara a la Nación el cumplimiento de la sentencia de octubre 30 de 1939, así como la Resolución 1181. La Corte dice que no hay duda sobre la existencia de la obligación a cargo de la Nación, pero el inconveniente se encontraba en las cesiones y la no notificación de los procesos a la Nación, por lo tanto no había mora de la Nación al no poderse otorgar título de propiedad con exclusión de los presuntos cesionarios del crédito.

El 23 de febrero de 1951 el General da aviso de su intención de perforar; estas diligencias fueron enviadas a la Corte por parte del Ministerio de Fomento, para que resuelva si es de propiedad privada el petróleo que se encuentra en los terrenos en cuestión. La Corte resolvió que no procedía hacer las declaraciones de copropiedad sobre el petróleo porque no se presentó la escritura donde se transfería el 45% de los terrenos al General.

El 25 de junio de 1953 el General demandó a la Nación para que se declarase el incumplimiento de la misma y se le hiciera responsable de los perjuicios a él ocasionados. En 1957 la Corte falló negando las pretensiones por no haberse probado el incumplimiento del contrato ya que nunca hubo mora de la Nación.

El 15 de agosto de 1966 muere el General Martínez Landínez.

Con el Decreto 739 de 1969 se creó el Comité Consultivo Interinstitucional, que recomendó el otorgar escrituras para llevar a cabo el pago del 45% del suelo y subsuelo; paralelamente se expidió el Decreto 1142 por el cual la Nación se reserva el 55% de los terrenos, los cuales se aportan a ECOPETROL. Cumpliendo dicha Resolución, se suscribe el 16 de septiembre de 1971, la escritura pública 5565 en la Notaría 7 del Círculo de Bogotá de dación en pago de la obligación contraída con el General en 1920.

El 1 y 3 de febrero se suscribe los contratos 15 y 16, entre ECOPETROL y los herederos de Martínez Landínez, en donde se concede al primero el derecho a explorar y explotar a cargo de una compensación durante la exploración y regalías durante la explotación.

Se presentaron varias demandas en contra de los herederos del General:

- Acción de nulidad contra las Resoluciones 1181 de 1940 y 113 de 1971, por parte del Ministerio de Minas y Energía, ante el Consejo de Estado.
- Acción de nulidad contra la escritura No. 5565 de 1971.
- Acción de nulidad de los contratos 15 y 16, iniciado por la Procuraduría General de la Nación.

**1.6.2. Sentencia número S-404 del Consejo de Estado de octubre 29 de 1996
Jesús Pérez González Rubio y Alfredo Castaño Martínez contra la Nación,
Ministerio de Hacienda y Ministerio de Minas y Petróleos.**

En escrito de 24 de octubre de 1991 Jesús Pérez González, ejercitando la acción pública de nulidad solicita que se declare lo siguiente:

- 1- Que es parcialmente nula la Resolución 113 de mayo de 1971 que autoriza la cesión del subsuelo a particulares. Solicita la nulidad de la siguiente expresión contenida en el artículo 1º: “ el 45% del...subsuelo”.
- 2- Que es parcialmente nula la Resolución 1181 de 1940 en cuanto determina que el 45% de los terrenos que deben pagarse al General Martínez Landínez “comprende el subsuelo de los terrenos expresados”. Pide que se declare nula, concretamente, la palabra “subsuelo”.
- 3- El abogado Alfredo Castaño, al corregir el acápite de “lo que se demanda” solicita también la nulidad del Acto Administrativo Complejo conformado por las resoluciones 102 de 1940, la Resolución ejecutiva 1181 de 1940, la Resolución ejecutiva 113 de 1971, el Decreto ejecutivo 0739 de 1969 y el concepto

rendido por el Comité Ejecutivo creado por el Decreto anterior, por ser violatorios de la Constitución y las Leyes de la república.

1.6.2.1. Fundamentos de hecho. Mediante la Resolución 1181 de 1940 se decidió pagar en especie al General Martínez el 45% de los terrenos reivindicados por él para la Nación. Comprende el suelo y el subsuelo de los mismos.

El Decreto 0739 de 1959 crea un Comité Consultivo para que estudiara el caso de denuncia de bien oculto en los terrenos de Santiago de Atalaya y el Pueblo Viejo de Cusiana y recomendara al Gobierno las decisiones a tomar. Este comité recomendó otorgar al denunciante o sus causahabientes las escrituras correspondientes al 45% del terreno reivindicado.

Por la Resolución 113 de 1971 se acogen las recomendaciones del Comité. La suscripción de las escrituras se celebró en la Notaría 7ª del Círculo de Bogotá.

1.6.2.2. Disposiciones Violadas

En la primera de las demandas se sostiene que se viola el artículo 202 de la Constitución de 1886 con las resoluciones 113 de 1971 y 1181 de 1940, pues

dicho artículo se reserva para la Nación la propiedad del subsuelo, y al hacerlo respecto de las minas, también lo hace respecto de los yacimientos de hidrocarburos. También vulneran el artículo 332 de la actual Constitución que consagra los mismos principios, produciéndose una inexecutable superveniente. Sostiene el demandante que si los bienes enunciados en el artículo 202 de la Constitución son bienes de uso público y no fiscales, son imprescriptibles e inalienables, por lo tanto no pueden salir del patrimonio del Estado, ni total, ni parcialmente. También considera que el subsuelo no puede ser bien oculto, de acuerdo con la Ley 27 de 1935, pues pertenece al Estado.

La Resolución 113 atenta contra la Ley 20 de 1969 porque en el subsuelo pueden encontrarse minas o hidrocarburos que tan sólo pueden ingresar al patrimonio privado cuando existan derechos adquiridos vinculados a un yacimiento descubierto. En el caso *subjudice*, para darle a los particulares un subsuelo minero o petrolífero se necesitaría que éstos “hubieran tenido una situación jurídica subjetiva y concreta, perfeccionada y vinculada a un yacimiento descubierto”. Pero sin embargo, lo cierto es que el primer yacimiento descubierto en el área fue en 1985. Por lo tanto, si no había yacimiento descubierto, no podía haber propiedad en cabeza de los particulares.

En la segunda demanda se afirma que desde 1873 Colombia tiene un derecho de dominio exclusivo sobre el suelo, subsuelo y espacio aéreo, y que éste es inalienable, imprescriptible y a perpetuidad. Considera el actor que el reconocimiento hecho a los cesionarios, causahabientes o representantes

sucesores del General Martínez Landínez son violatorios de las normas constitucionales y legales que consagran los anteriores principios. Agrega que el contrato de denuncia de bienes ocultos no puede considerarse como título, y si así se hiciera, sería posterior a 1873. A lo anterior se suma una falsa motivación y desviación de poder de las atribuciones del gobierno al dictar las normas que configuran el acto administrativo complejo acusado, pues se prescindió de la consulta del Consejo de Estado, suplantando la jurisdicción de los jueces quienes eran los encargados de decidir sobre el monto de las recompensas y determinar a favor de quién se ordenarían.

1.6.2.3. Consideraciones de la Sala. Lo primero que hace la Sala es aclarar si la acción incoada es de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho. Para ello comienza haciendo referencia al territorio como elemento del Estado, afirmando que es concebido desde tres puntos de vista:

- Territorio sujeto, que hace referencia a la personalidad misma del Estado.
- Territorio límite, el cual hace alusión al ámbito espacial para ejercer la soberanía.
- Territorio objeto, que atañe al dominio eminente del Estado sobre el territorio y bienes públicos que de él forman parte.

De esta forma concluye que la Resolución 1181 autorizó: “enajenar una porción del territorio colombiano”, que es inalienable, basándose en la Constitución, artículo 101 numeral 4 que dice también son parte de Colombia, el subsuelo... y el artículo 332 que dice que Estado es propietario del subsuelo... Esto reafirma la inalienabilidad del territorio colombiano, constituyendo un tema de interés general el que aquí se trata. Considera la Sala que los motivos y finalidades de los demandantes “no fueron otros que procurar la defensa de la objetividad, tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en normas superiores...” Así las cosas, para la Sala es procedente la acción de simple nulidad, que en éste caso se instauró, contra los actos particulares y concretos cuando dicha situación individual a que se refiera el acto comporte un especial interés para la comunidad, de tal forma que se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario con una incidencia trascendental en la economía y desarrollo nacional.

La Sala realiza un estudio de las Leyes 20 de 1969 y 97 de 1993 para llegar a las siguientes conclusiones:

- Deduce la Sala que el Gobierno Nacional no podía disponer de la forma en que lo hizo del subsuelo de los terrenos denominados Santiago de Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana para transferir su dominio a los particulares, sin importar que se hubiere hecho alguna negociación en tal sentido.

- Para que se puedan transferir bienes tales como los yacimientos de hidrocarburos a particulares es necesario que cumplan con el régimen exceptivo que permitiría tal negociación.

- No se probaron en el caso en cuestión “los derechos constituidos a favor de terceros” ni se acreditaron “situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos”, con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, de conformidad con la Ley 20 de ese año. No se cumplió con el artículo 1° de la Ley 97 de 1993 respecto de lo que debe entenderse por “derechos constituidos a favor de terceros”, ni lo estipulado en el artículo 2° en cuanto a la definición de yacimiento descubierto de hidrocarburos.

- No se probó que la situación jurídica subjetiva y concreta del General Martínez Landínez, ni de sus causahabientes, estuviera vinculada a algún yacimiento descubierto antes del 22 de diciembre de 1969.

- Por último, concluye la Sala que son nulas las Resoluciones Ejecutivas No 1181 de 1940 y 113 de 1971, en cuanto disponen la cesión del 45% del subsuelo del territorio en cuestión, pues, dicho subsuelo resultaba intransferible.

La Sala emite su fallo declarando parcialmente nulas las Resoluciones Ejecutivas 1181 de 1949 y 113 de 1971 “en cuanto autorizan la cesión del cuarenta y cinco por ciento (45%) proindiviso del subsuelo de los terrenos conocidos como

Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana, para pagarle al General Jorge Martínez Landínez, a sus herederos, cesionarios y causahabientes, los derechos resultantes del contrato de denuncia de bien oculto suscrito por aquél con la Nación, el 22 de diciembre de 1920". Las demás pretensiones fueron denegadas.

1.6.3. Acotaciones Finales sobre el caso Cusiana. La propiedad sobre el petróleo existente en el subsuelo de los terrenos Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana, tuvo origen en una relación de tipo contractual, que transfirió derechos sobre el suelo y el subsuelo al General Martínez Landínez, de parte de quien era su dueño, la Nación.

Los derechos legítimos adquiridos por el General Martínez Landínez se generaron a partir de cuatro situaciones jurídicas concretas, subjetivas y particulares, a saber:

- El contrato de denuncia del bien oculto.
- El fallo de la Corte Suprema de Justicia en el cual se reconoce que corresponde al General Martínez el 45% del valor recuperado en virtud de la denuncia del bien oculto, de fecha del 30 de octubre de 1939.

- La Resolución Ejecutiva No. 1181 del 23 de octubre de 1940, con la cual se resuelve que ese 45% que se debía pagar al General se pagaría en especie, comprendiendo tanto el suelo como el subsuelo.

- La Resolución Ejecutiva No. 113 de 1971, por medio de la cual se ordena otorgar las escrituras de dación en pago a los herederos y cesionarios del General Martínez Landínez.

En la historia de la legislación sobre hidrocarburos de nuestro país ha imperado un sistema mixto de propiedad del petróleo: propiedad pública y propiedad privada. Pero la propiedad adjudicada sobre Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana nada tiene que ver con la legislación petrolera que establece la no dualidad en la propiedad del subsuelo, ya que ella se dio con posterioridad a la vigencia de la Ley 20 de 1969, y su sustrato es de tipo contractual: Su origen se encuentra en el ya mencionado contrato de denuncia de bien oculto. Así, se puede llegar a la conclusión de que es posible encontrar propiedad privada sobre hidrocarburos por medio de dos caminos diferentes:

1. La legislación petrolera.
2. Por medio de derechos constituidos por disposición expresa del gobierno (Sistema utilizado en el caso concreto de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana).

Las demandas que se presentaron posteriormente que buscaban la nulidad de los actos jurídicos relacionados con la propiedad de los yacimientos de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana, no tienen fundamento.

Estos terrenos nunca han sido tierras baldías, luego no se encuentran cobijados entre la reserva hecha por el Código Fiscal de 1873 y además estos yacimientos fueron desafectados por medio de la Ley 128 de 1938. Así, que si era procedente hacer el reconocimiento de derechos sobre el suelo y el subsuelo. Puede que sea cierto que ese reconocimiento no es viable por medio de adjudicación, pero si es procedente por medio de otros actos especiales diferentes como los que se dieron en este caso concreto, tales son: actos legislativos, judiciales y administrativos que otorgaron los derechos de dominio sobre estos territorios.

En la demanda interpuesta por el Señor Procurador General de la Nación, en la cual se dice que los yacimientos se encontraban reservados desde hace muchos años a la Nación y que nunca salieron de su patrimonio se hace claro que no se puede hablar de una recuperación por medio del contrato de denuncia, es de anotar que el señor Domingo Ortiz y la sociedad Barrera Neira & Cía. , tenían títulos anteriores a 1873, de modo que si no hubiera mediado la denuncia y el proceso con el que se reivindicaron los bienes, habrían estos quedado fraudulentamente en propiedad de particulares, por tener esos títulos anteriores a 1873.

Hay quienes sostienen que a pesar de haberse otorgado derechos sobre el suelo y el subsuelo, estos no contemplan las minas y yacimientos petrolíferos. Según nuestra Constitución actual no cabe la artificial distinción entre minas, yacimientos y subsuelo, pues la asignación que se hace del subsuelo a la Nación incluye las minas, yacimientos y depósitos que se encuentran en el mismo.

Es tan cierto el derecho de dominio por particulares de estos territorios, que se han iniciado procesos de expropiación contra ellos, y este proceso tiene como presupuesto obligatorio la preexistencia del derecho de dominio en cabeza de un particular.

En 1993 se expidió la Ley 97, que desconoce cualquier derecho adquirido de propiedad particular sobre hidrocarburos, pasando por alto la existencia de este tipo de derechos en los territorios de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana. Esta decisión tiene un matiz político y de conveniencia debido al efecto negativo que se produciría en la economía del país al reconocer la propiedad privada sobre el petróleo de Cusiana.

1.7. CONCEPTO INTERNACIONAL Y DEL DERECHO DE GENTES DE LA PROPIEDAD DEL SUBSUELO PETROLÍFERO.

El Derecho de Gentes ha reconocido que los recursos naturales renovables y no renovables, entre los cuales se incluyen los recursos energéticos, son de la Nación.

Esta afirmación, aceptada hoy a cabalidad por la costumbre del Derecho Internacional y por la mayoría de los países independientes, fue sostenida a manera de borrador por la Convención Internacional de los Derechos Humanos de 1957. Más tarde la Resolución 1803 (XVII) del 14 de diciembre de 1962, consagró el principio de la Soberanía Permanente sobre los recursos naturales.

Este principio, ha ido reiterado por la ONU en sus Resoluciones número 3171 del 17 de diciembre de 1973 y 3287 del 12 de diciembre de 1974.⁸²

⁸² ARCE Rojas, David. Marco Constitucional de los Recursos Energéticos. En Universitas Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. No. 89 de diciembre de 1995.

2. ¿ CÓMO SE HAN PROTEGIDO LAS MINORÍAS ÉTNICAS?

2.1. DESARROLLO LEGAL, CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE PROTECCIÓN A MINORÍAS ÉTNICAS.

2.1.1. El derecho a la Igualdad como principio de respeto a las Minorías étnicas. Desarrollo Jurisprudencial. La Constitución de 1991, en su artículo 13 expresa:

Artículo 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados y marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ellas se cometan⁸³

El derecho a la igualdad, concebido de esta forma, permite diversas interpretaciones, excluye algunos términos como discriminación, pero a su vez acepta otros como diferenciación.. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: Que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales, que el supuesto de hecho esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga sean coherentes entre si o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.⁸⁴

⁸³ Artículo 13. Constitución Política de Colombia 1991.

La tesis constitucional expuesta, es uno de los principales fundamentos de los cuales parte el respeto a la diversidad étnica y cultural desde la perspectiva constitucional vigente. No plantea el artículo 13 una igualdad absoluta entre las personas; acepta si, las diferencias que existen entre ellas, y en consecuencia permite que en el campo legal, jurisdiccional, administrativo y recreativo, se den tratamientos diferentes a las personas, sin llegar a una discriminación, la cual se caracteriza por no estar justificado ese trato diferente. La misma Corte Constitucional justifica esa diferenciación si se cumplen los elementos mencionados en la sentencia, al saber:

- Personas en diferente situación de hecho.
- Que ese trato diferente tenga una finalidad basada en valores y principios constitucionales.
- Que haya una racionalidad interna y proporcionada entre la situación diferente de la persona y la finalidad de ese trato.

Por lo anteriormente planteado, se ha aceptado la diversidad étnica como un hecho natural reconocido y protegido. Es por eso que la misma Constitución y las Leyes hablan de una Jurisdicción Indígena, participación en las ramas del poder público de las minorías étnicas, aceptación de otras lenguas diferentes al castellano como oficiales dentro del país, propiedades colectivas, etc., todas estas

⁸⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-530 de 1993. Santa Fe de Bogotá

son consecuencias en la vida diaria y práctica de la aceptación al principio de la igualdad. Si comparamos esta concepción actual con la que imperaba hace un siglo, en donde los indígenas eran considerados unos salvajes e inimputables, deducimos fácilmente que el avance ha sido significativo. La misma Corte Constitucional ha comentado al respecto:

La terminología utilizada en el texto, que al referirse a "salvajes" y "reducción a la civilización" desconoce tanto la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural. Una concepción pluralista de las relaciones interculturales, como la adoptada por la Constitución de 1991, rechaza la idea de dominación implícita en las tendencias integracionistas.⁸⁵

Las normas sobre diversidad étnica en nuestro país se han dirigido fundamentalmente hacía los indígenas y las negritudes, debido a que estas son las expresiones de diversidad étnica que se encuentran.

El estudio del derecho de igualdad se realizará fundamentalmente a partir de los pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucional, quien ha estado a la vanguardia de la jurisprudencia constitucional en el estudio de este tema y de la diversidad étnica; de esta jurisprudencia se desprenden principios y lineamientos

⁸⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-139 de 21996. Santa Fe de Bogotá.

básicos, los cuales además de producir efectos *erga omnes* en las sentencias de constitucionalidad, se han constituido en pieza fundamental en los fallos de tutela en lo referente a la protección del derecho de igualdad. Estos últimos, producen efectos interpartes y se han convertido en la práctica en la vía a través de la cual se protege este derecho.

En la sentencia C-139 de 1996, en la cual se demandan algunos artículos de la Ley 89 de 1890, se encuentran importantes planteamientos basados en el principio de igualdad. De estos destacamos los siguientes:

- Reconocimiento expreso a la diversidad étnica y cultural, la cual debe ser protegida, para lo cual se crea la Jurisdicción Indígena.

En el título VIII de la Constitución Política, correspondiente a las Jurisdicciones Especiales, se expresa: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y Leyes de la República. La Ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional"⁸⁶

De este artículo y de la sentencia C-139 de 1996, podemos extraer como elementos fundamentales de la jurisdicción indígena, los siguientes:

⁸⁶ Artículo 246. Constitución Política de Colombia 1991.

La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la Ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de "normas y procedimientos", mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.⁸⁷

- Partiendo del hecho que existen normas constitucionales que tienen aplicación directa, la existencia de la jurisdicción indígena no está supeditada a la existencia de una Ley previa. La Ley de coordinación de los sistemas indígenas y nacional de la que habla la Constitución, no es una condición previa para la creación de la Jurisdicción Indígena.

Un aspecto interesante de la sentencia en comento, se presenta cuando se plantean los inconvenientes que pueden surgir entre los conceptos de "diversidad étnica y derechos fundamentales". Como lo plantea la misma Corte, en un mundo

⁸⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-139 de 1996. Santa Fe de Bogotá.

caracterizado por la globalización, los ágiles medios de comunicación, el acceso a zonas antes imposibles de llegar, permite la convivencia de diferentes comunidades con "cosmovisiones" en un mismo territorio, donde la tolerancia y el respeto por los demás es el factor fundamental de convivencia. Partiendo de esa realidad, y, en caso de conflicto qué principio primará el de la diversidad étnica y cultural, o los derechos fundamentales dados en la Carta. La Corte responde:

Nuestra Constitución, como esta Corporación lo reconoció en la misma sentencia, no adopta ni una posición universalista extrema ni un relativismo cultural incondicional. En otras palabras, la Carta parte de la regla general del respeto a la diversidad étnica y cultural (artículo 7), pero establece la limitación de ésta cuando su ejercicio implica el desconocimiento de preceptos constitucionales o legales (artículos 246 y 330). Sin embargo, no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto ésta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta[...]⁸⁸

⁸⁸ *Ibidem.*

Concluye la Corte Constitucional sobre el tema:

En otras palabras, las comunidades indígenas reclaman la protección de su derecho colectivo a mantener su singularidad cultural, derecho que puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad.⁸⁹

- Los conflictos surgidos como consecuencia de la diversidad étnica, no se pueden resolver por medio de Leyes, debido a que es imposible prever todos los casos que puedan en un futuro presentarse, debido la variedad de culturas indígenas existentes. Por eso deberá en cada caso concreto atenderse a la jurisprudencia, la cultura y etnia involucrada en el conflicto. El medio adecuado serán las acciones ordinarias y la acción de tutela; ambas reconocidas en los Convenios Internacionales.⁹⁰
- Las tierras comunales y resguardos de las etnias no son enajenables, esto implica que ningún miembro de la comunidad podrá realizar negocios jurídicos para la disposición de esas tierras.

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio No. 169 : Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Ratificado por la Ley 21 de 1991.

En su facultad de revisar a discreción decisiones sobre acciones de tutela que se hayan interpuesto ante cualquier juez, la Corte ha defendido el principio de diversidad étnica, bajo la protección esencial del derecho a la igualdad en los términos expuestos anteriormente. Algunos de esos pronunciamientos revisten gran importancia porque otorgan lineamientos en sus consideraciones para que sean seguidos por los demás jueces.

Al respecto nos permitimos transcribir algunos apartes de sentencias de la Corte Constitucional, que traen consideraciones de gran importancia y relevancia, en relación con el respeto y derecho de igualdad de los grupos indígenas y minorías étnicas.

En relación con la autonomía al interior de las comunidades indígenas para determinar su estructura y organización interna, la Corte Constitucional en hace las siguientes consideraciones:

7.1 A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto de sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada”- Ley 89 de 1989-, debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice

seguridad jurídica y estabilidad social dentro de las colectividades, hace indispensable distinguir entre de los grupos que conservan sus usos y costumbres – los que deben ser en principio respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto regirse en mayor grado por las Leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.

7.3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la Ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional – diversidad, pluralismo - y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible de pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la Ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP

artículo 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP artículo 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las Leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

7.4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra *legem* por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las Leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que *mutis mutandi*, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.⁹¹

En sentencia C-104 de 1995, en la cual se hizo la revisión constitucional al Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, suscrito en Madrid el 24 de julio de 1992 y de su Ley Aprobatoria 145 de julio 13 de 1994, manifiesta la Corte que es a través de mecanismos como los fondos y comités en donde haya representación de los

⁹¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-204 de 1994, Santafé de Bogotá

indígenas, como se pueden llenar los vacíos que la legislación nacional tiene, para que se hagan realidad el principio de diversidad étnica. La sentencia mencionada plantea en uno de sus apartes:

a) Proveer una instancia de diálogo para alcanzar la concertación en la formulación de políticas de desarrollo, operaciones de asistencia técnica, programas y proyectos de interés para los Pueblos Indígenas, con la participación de los Gobiernos de los Estados de la Región, Gobiernos de otros Estados, organismos proveedores de recursos y los mismos Pueblos Indígenas.

b) Canalizar recursos financieros y técnicos para los proyectos y programas prioritarios, concertados con los pueblos indígenas, asegurando a que contribuyan a crear las condiciones para el autodesarrollo de dichos pueblos.

c) Proporcionar recursos de capacitación y asistencia técnica para apoyar el fortalecimiento institucional, la capacidad de gestión, la formación de recursos humanos y de información y asimismo la investigación de los Pueblos Indígenas y sus organizaciones.⁹²

⁹² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104 de 1995. Santafé de Bogotá

La adopción del Convenio supera una carencia en el país de políticas y determinaciones legales respecto de las minorías indígenas, de la definición de la naturaleza y el grado de responsabilidad de las comunidades en la administración de los recursos de sus territorios. Aspecto éste que se resuelve con las funciones previstas en el Fondo Indígena en cuanto a promover instancias de diálogo para alcanzar la concertación en la formulación de políticas de desarrollo, operaciones de asistencia técnica y programas y proyectos de interés para la población indígena, con la participación de ésta. Sólo a través de esfuerzos colectivos y mediante la realización de proyectos de integración como éste, se hacen realidad principios fundamentales de nuestra Carta Política, como los de integración latinoamericana y la reafirmación de la unidad nacional dentro del respeto por la diversidad étnica y cultura de nuestro pueblo.⁹³

Como podemos apreciar en los extractos de las sentencias comentadas, se deduce que el concepto de diversidad étnica y cultural, así como el derecho a la igualdad, no son conceptos estáticos ni absolutos; se pretende que se desarrollen como diversidad bajo los conceptos de "unidad nacional", y diferenciación, más no discriminación.

⁹³ *Ibidem.*

El derecho a la igualdad ha tenido gran desarrollo por parte de la Corte Constitucional, tanto en sentencias de exequibilidad, como en revisiones de tutelas, éstas producen efectos diferentes, pero se han convertido en puntos de referencia para darle una aplicación real al derecho a la igualdad y en la práctica permite cumplir y respetar la autonomía de las diferentes etnias que existen en Colombia.

2.1.1.1. Definición de grupo étnico

Nuestra Constitución en su artículo 7 dice: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”. Esta es una definición amplia, en el sentido que no determina a que grupos concretos se refiere, dando así cabida a todas las minorías étnicas existentes en el país. Durante el desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente en el año de 1991, cuando se referían a grupos étnicos se hacía con referencia generalmente a las agrupaciones o comunidades indígena y campesinos negros.

A lo largo de la historia este concepto ha variado mucho. La primera referencia al concepto se hizo cuando se definió el delito de genocidio destacando con éste las características físicas, históricas y culturales de un sector determinado de la

población. Al interior de las subcomisiones de la ONU se acordó que era más acertado referirse a etnias cuando se trataba de grupos de personas que poseían las mismas características biológicas, culturales e históricas y, a raza cuando se trataba únicamente a las características físicas. Los estudiosos del tema han querido llegar a una definición, pero dada la complejidad del tema esto no ha sido posible. Hoy en día se pueden diferenciar dos corrientes de pensamiento: Una objetiva que plantea que un grupo étnico es el grupo que existe dentro de un Estado que poseen características físicas, religiosas, étnicas y lingüísticas, que los hace diferente dentro del total de la población; pero además debe ser un grupo minoritario con relación al resto de la población, no es el grupo dominante, pero si debe residir dentro del Estado. Para los que comparten la teoría subjetivista, lo esencial es que ese grupo tenga los deseos de manifestarse como tal y mantener sus características, intención que debe ser manifiesta dentro de un grupo mayoritario y dominante.⁹⁴

En su libro *Discrimination and Relations*, Richard Burkey, acoge la siguiente definición: “El grupo étnico puede definirse como un grupo de personas que se consideran como de una clase en virtud de su ascendencia común (real o imaginada), y que están unidas por vínculos emocionales, una cultura común y el deseo de perseverar su grupo.”

⁹⁴ DIAZ, Ginna y MORALES, Diana. *Op. Cit.*

Otra definición, es la que trae Frank Moore, en su artículo *People, its Society, is Culture*: “ Grupo étnico se refiere a clases de población.... que se distinguen a sí mismas o son respecto a ese grupo en lo que incumbe a la adquisición de una cultura o de características de conducta, ya difieran o no en sus características hereditarias o raciales”

La antropóloga Nina S. Friedman, en su libro *Etnicidad, Etnia y transacciones étnicas en el horizonte de cultura negra en Colombia*, define al grupo étnico como "la colectividad de individuos que dentro de una sociedad mayor comparten ancestros comunes o putativos, memorias de un pasado histórico y un foco cultural sobre uno o más elementos simbólicos".

El antropólogo Frederick Barth, sostiene que para convertirse en un grupo étnico, deben las comunidades reunir ciertas características, como los valores culturales comunes, el sentido de pertenencia y de identificación que los diferencie de otras categorías.⁹⁵

Tomando como punto de partida las diferentes acepciones que existen de grupo étnico, se puede deducir que se es parte de una etnia cuando se comparten valores culturales, existe arraigo a unas tradiciones que sienten como suyas lo que va generando un sentido de pertenencia y diferencia con el resto de una población, desde el punto de vista racial se puede decir que tienen rasgos físicos

⁹⁵ Definiciones tomadas de DIAZ, Ginna y MORALES, Diana. *OP. Cit.*

comunes, sin ser él elemento esencial. Es así, como las diferencias de identidad de un grupo étnico se expresan de diversas formas, que incluye lo físico, lo cultural, costumbres, estilos de vida, actitudes, y sobre todo sus valores morales, económicos, sociales, políticos y su concepción de la vida.

Creemos que el constituyente colombiano en su concepción de etnia, ha tomado más conceptos antropológicos y psicológicos que jurídicos, como se desprende del texto Derechos e Identidad. Los Pueblos Indígenas y Negros en la Constitución Política de Colombia de 1991, de Enrique Sánchez y otros:

Es un concepto antropológico que designa una comunidad humana que tiene una identidad cultural particular, derivada de las siguientes características psicológicas:

- Poseer legado cultural que constituya una interpretación propia que sitúe al hombre en relación con su medio externo y con la comunidad y asegure su identidad.
- Tener sentimiento de pertenencia al grupo como colectividad poseedora de una identidad cultural.
- Contar con formas propias de organización social distintas a las de la sociedad nacional.

- Ocupar tradicionalmente un territorio.

- Tener una lengua propia.

- Haber aportado históricamente elementos culturales a la identidad de la sociedad nacional.⁹⁶

En una sociedad donde las minorías son rechazadas, es muy difícil lograr su aceptación, y esto a su vez trae como consecuencia que lo máximo que el gobierno puede hacer al respecto, es fomentar Leyes que garanticen derechos civiles y humanos para contrarrestar el rechazo e impedir los abusos. Con lo anterior se logra culturizar a la etnia pero no asimilarla. La asimilación es un deseo sincero de aceptación y no una decisión política.

2.1.1.2. Multiculturalismo. El término multiculturalismo, nos lleva a pensar en la existencia en una sociedad de diversas culturas. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, nos define la palabra cultura de la siguiente forma: “Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grados de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social. Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo”.⁹⁷

⁹⁶ SANCHEZ, Enrique; ROLDÁN, Roque y SANCHEZ, María Fernanda. *Op. Cit.* . p. 39 y 40

Acogiendo esta definición y desde un punto de vista universal, podemos entender las diferencias existentes entre las naciones, de toda índole: políticas, económicas, sociales, religiosas, etc. Hoy en día la tendencia es formar una integridad supranacional, creando un sentido de pertenencia y sentimientos de lealtad hacia un Estado mayor. A través de este modelo de Estado lo que se pretende es que la identidad étnica y religiosa cedan ante un pacto social, que asegure en el futuro una continuidad étnica. Esto necesariamente implica que se cedan libertades individuales frente a lo que se considera un bien superior, que es la homogenización de la sociedad.

2.1.1.3. Concepto jurídico de diversidad étnica. De acuerdo con la sentencia de tutela 605 de la Corte Constitucional de 1992, se entiende como diversidad étnica, las diferencias de fondo entre los sujetos que conforman una sociedad. De otra parte el legislador ha tomado como fundamento, las diferencias existentes en un grupo de personas, en sus valores, culturas religiosas y espirituales. Así se manifiesta la Corte Constitucional en la sentencia mencionada:

La diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspecto de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus

⁹⁷ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima primera edición, Ed. Espasa Calpe, S. A., España, 1992.

características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo, artículo 1. CP), y protección a las minorías (arts. 13, 176 y 265 CP).⁹⁸

Como decíamos anteriormente, el legislador no define como tal el concepto de etnia o grupo cultural, sino que lo reconoce y protege, infundiendo el respeto a la integridad y la dignidad de las culturas; de esta forma deja expuesto que somos una sociedad abierta, participativa, democrática y pluralista, recalcando que lo más importante es velar por la calidad de vida de estos grupos en su cotidianidad, tratando de buscar soluciones a sus problemas que nos lleve a un clima de paz y armonía.

El Decreto 21 de 1989, dice: “Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales y 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”.⁹⁹

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos

⁹⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-605. Santafé de Bogotá, 14 de diciembre de 1992.

humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.¹⁰⁰

Este principio también es reconocido por los organismos internacionales, y se establece de manera formal en el Convenio número 169, adoptado en la sexta reunión de la Conferencia General de la OIT, en Ginebra de 1989, y que nuestra legislación ha ratificado a través de la Ley 21 de 1991:

Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con los territorios que ocupan o utilizan de alguna manera y en particular los aspectos colectivos de su relación, igualmente deberán tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados y utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia, a este respecto, deberá prestarse particular atención de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes¹⁰¹

⁹⁹ Artículo 5, literal a. Decreto 21 de 1989.

¹⁰⁰ Artículo 8, numeral 2. Decreto 21 de 1989

¹⁰¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 342. Santafé de Bogotá, julio 27 de 1994.

La Corte Constitucional, reitera el reconocimiento y protección que se les debe dar a los grupos étnicos:

La diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución Nacional de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano, reconocer y proteger “La diversidad étnica” y “cultural de su población y las riquezas culturales y naturales de la nación.”¹⁰²

En la misma sentencia, la Corte Constitucional reconoce a la tribu Nukak-Maku el estatus de grupo étnico: “Nukak-Maku” a la libertad, libre desarrollo de la personalidad y libertades de conciencia y de cultos, y principalmente de sus derechos culturales que como etnia con características singulares tienen el carácter de fundamentales en cuanto constituyen el soporte de su cohesión como grupo social.”¹⁰³

De acuerdo con lo expuesto, el Estado colombiano a través de todos sus órganos está dando protección a las minorías étnicas, la cual debe verse reflejada en políticas y programas que procuren la integración de estos grupos con el resto de

¹⁰² *Ibidem*

la población mayoritaria. Estos programas deberán estar reflejados en acciones de salud, educación, capacitación, y de respeto a su cultura. Sin perder de vista que en todas esas acciones tiene que estar como valor superior el bien común y el interés general del Estado Colombiano, de tal forma que con ello se contribuya a un mayor progreso y desarrollo económico, el cual debe reflejarse en una verdadera y equitativa distribución del ingreso.

2.1.1.4. Concepto sociológico de diversidad étnica. A lo largo de la historia hemos visto como las sociedades, desde su inicio se han organizado en diversas clases, según el sexo, funciones, religión, poder, etc. Esa estratificación va determinando las clases al interior de una comunidad; el concepto de clase se puede definir como el grupo de personas que se relacionan de igual forma con el aparato de poder. En términos generales en una sociedad hay dos grupos: gobernantes y gobernados.

Paralelamente a las clases en las sociedades estatales existen los grupos raciales, étnicos y culturales, llamados minorías y mayorías, los cuales se diferencian de las clases en tres aspectos fundamentales: Consciencia de ser un grupo diferente al mayoritario, tienen un estilo de vida diferente, el cual se remonta a su sociedad anterior y, al interior de ese grupo hay diferentes clases. En las minorías étnicas esta división se da por criterios diferentes, que varía de un

¹⁰³ *Ibidem.*

grupo a otro según el criterio aplicado, que puede estar dado por el origen común en otro país, aspecto físico o estilo de vida. Esa diferenciación está estrechamente ligada con la lucha económica, política y social para poder ascender de posición en un sistema estratificado. Estos son los elementos sociológicos que caracterizan a una diversidad étnica, en donde cabe resaltar como elemento esencial el sentido de pertenencia e identidad con el grupo.¹⁰⁴

2.1.2. Definición de las diferentes instituciones indígenas. Seguidamente se aclaran los conceptos de las principales instituciones indígenas, para tener una mayor comprensión de ellas, dada su vinculación con el tema de multiculturalismo y protección a la diversidad étnica.

Constituyen una manifestación de su autonomía, que se desarrolla a través de la propiedad de su territorio y el autogobierno con sus propias instituciones.

2.1.2.1. Territorio Indígena. Tomando la definición de León Duguít, citado por el jurista Vladimiro Naranjo, “el territorio es el perímetro dentro del cual se ejerce el derecho de mando del Estado, o, dicho más brevemente, el límite

¹⁰⁴ DÍAZ, Ginna y MORALES, Diana. *OP. Cit.*

material de la acción efectiva los gobiernos".¹⁰⁵ Si aplicamos esta definición al territorio indígena, se deduce que es el espacio físico en donde esta etnia desarrolla sus actividades.

En la teoría clásica de las instituciones políticas, siempre nos aparece el territorio como uno de los elementos esenciales en la formación de un Estado, del cual se derivan dos consecuencias bien importantes:

1. La facultad de ejercer poder sobre las personas que lo habitan, que es conocida como el *imperium* del Estado.

2. La relación directa que se crea entre el Estado y el territorio, conocido como dominio público. Esta característica también aparecen en los territorios indígenas, en donde los indígenas están sometidos a la regulación que en cada tribu se establezca, sin poder renunciar a ella, a no ser que al menos lo hagan también de su condición y calidad.

De esto podemos concluir, que territorio indígena es el conjunto de tierras en el que se ubican las comunidades indígenas, el espacio físico en el cual desarrollan su cultura acorde con sus costumbres, usos y creencias preestablecidas derivadas de su tradición histórica y religiosa.

¹⁰⁵ NARANJO Vladimiro. *Op. Cit.* p. 87

El artículo 2 del Decreto 2001 de 1988 establece que el territorio indígena comprende además de las áreas habitadas y explotadas las que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas; o, como lo establece la Ley 21 en su artículo 14 numeral 1: se debe salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, sino también a las que hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

Esta normativa tiene su base en el siglo pasado, en la Ley 11 de 1874, la cual en su artículo 11 manifiesta:

Primera. Reconocimiento del derecho de propiedad de dichas tribus en el territorio que ocupan con sus trabajos agrícolas, y de caza y pesca, a cuyo efecto se trazaran, de acuerdo con las tribus, los límites generales de los que a cada tribu se reconozca.

Tercera. Celebración de tratados para adquirir por compra de las tierras que ocupan al norte del Guaviare aquellas tribus que por su carácter no puedan vivir en paz con las poblaciones civilizadas, y traslación de las mismas tribus a las tierras que al efecto se les designará al sur de dicho río, cuyos límites no podrán traspasar en sus excursiones dichas tribus, ni dentro de las cuales podrá introducirse tampoco, sin su conocimiento de éstas, la población blanca ni la de tribus reducidas.¹⁰⁶

2.1.2.2. Parcialidad o comunidad. El indígena vive esencialmente en comunidad, y en esto radica el fundamento de su legislación.

En sentencia del 30 de abril de 1946, la Corte Suprema de Justicia, se pronuncia al respecto:

Convendrá recordar que del reiterado propósito de los reyes de España de reducir los indios a poblaciones para mejor adoctrinarlos en la fe cristiana nació lo que hoy se denomina parcialidad indígena y del propósito no menos reiterado de no despojar a los indios de sus tierras nació lo que posteriormente vino a llamarse el resguardo. Por consiguiente debe concluirse que una cosa es la Parcialidad, entendida como entidad comunal y otra muy distinta el respectivo Resguardo. La primera era una verdadera comunidad de personas formada por los indios de determinada región; ... La parcialidad tal como se fue estructurando a través de las Leyes dictadas por los monarcas españoles en beneficio de los indios, llegó a ser una especie de cuasicontrato que se formaba por el sólo hecho de que varias familias indígenas se agruparan para vivir en común y laborar sobre un terreno determinado que constituía su Resguardo. Ni la Ley colombiana ni las Leyes de Indias definieron lo que debe entenderse por Parcialidad. La Real Academia Española de la Lengua la define como la unión de algunos que se confederan para un fin, separándose del común y

¹⁰⁶ Ley 11 de 1874, Bogotá

formando cuerpo aparte y también como el conjunto de muchos, que componen una familia o facción separada del común. Así entendidas las parcialidades son una verdadera comunidad según el concepto que sobre el particular consagra el artículo 2322 del Código Civil y además porque la Ley colombiana en muchas ocasiones la asimila como tal.¹⁰⁷

De acuerdo con lo anterior, podemos deducir que el concepto de parcialidad indígena tiene dos elementos esenciales: el elemento humano, que es el indígena, en este caso el grupo de indígenas sometidos a la organización, y, como segundo elemento, encontramos el geográfico, que lo constituye el territorio en el que se asienta la parcialidad.

En el año de 1988, el Decreto 74 se encarga de definir que se entiende por Parcialidad indígena: "Parcialidad es un conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de control y gobierno internos que los distinguen de otras comunidades rurales."¹⁰⁸

¹⁰⁷ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de abril 30 de 1946

¹⁰⁸ Artículo 14. Decreto 74, de 1988

2.1.2.3. Resguardo Indígena. La figura del resguardo indígena es una institución histórica. La motivación de su creación en la época del dominio español no obedeció precisamente a un deseo de proteger y respetar a las comunidades oriundas de nuestro continente, sino a la necesidad que tenía la Corona Española de tener un mayor control sobre la población y fundamentalmente asegurar una tributación efectiva, por cuanto se delimitaban zonas de aprovechamiento familiar y colectivo, gravando lo que se produjera en éstas últimas.

El Decreto 2001 de 1998, lo define así: "Es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad indígena que, con un título de propiedad comunitario, posee un territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales."¹⁰⁹

En términos sencillos, podemos entender como resguardo indígena, el espacio geográfico en el que una comunidad indígena está asentada y en el cual desarrolla sus actividades económicas, sociales y culturales.

2.1.2.4. Territorios tradicionalmente ocupados. Es un hecho cierto que fueron los indígenas los primeros pobladores y habitantes ciertos de nuestro

¹⁰⁹ Artículo 2. Decreto 2001, 1998

territorio; con base en lo anterior se afirma que existen porciones de tierras que han habitado ciertas comunidades indígenas y en el cual desarrollan sus actividades principales. Estas tierras no han sido adjudicadas a ellos por el gobierno nacional, gran diferencia con el resguardo, por el contrario estas tierras se consideran terrenos baldíos.

2.1.2.5. Comunidades civiles indígenas. La Ley 89 de 1890 diferencia entre indígenas salvajes y civilizados, siendo los primeros los que no se han incorporado a la vida civil por ningún medio, y, los civilizados los que han sido incorporados por medio de las misiones u otras formas.

El concepto de comunidad civil indígena corresponde a un conjunto de indígenas civilizados, asentados en un territorio, pero que no tienen un título comunitario legalmente reconocido, por una de dos razones: porque lo han perdido, o porque el resguardo al que pertenecían ha sido disuelto por la Ley. Pero son comunidades que conservan en su organización sus tradiciones culturales y sociales.

El Estado colombiano ha considerado que es importante, en razón de la calidad que ellos conservan, otorgarles territorios en calidad de resguardos. En tal sentido la Ley 81 de 1958, expresa:

Las parcialidades indígenas que no teniendo títulos escriturados emanados del Estado o de la Corona Española, no comprueben su carácter de tales con la prueba supletoria prevista en las normas legales vigentes, en el plazo de cinco años, contados a partir de la fecha en que se inicie el funcionamiento de la Sección de Negocios Indígenas, se considerarán como terrenos baldíos estarán sujetas a las disposiciones sobre la materia. En este evento los indígenas tendrán el carácter de poseedores de sus respectivas parcelas para los efectos de sus derechos preferentes a la adjudicación, y se considerarán como pobres de solemnidad para los fines de los gravámenes y emolumentos oficiales.¹¹⁰

2.1.2.6. Cabildo Indígena. Nuestro sistema constitucional y político caracterizado por ser una democracia participativa, fomenta e insta a todas las comunidades para que creen y tengan mecanismos de representación organizados que les permitan convivir dentro de un Estado y hacerse partícipes en las decisiones que les repercuten. Es por esa razón y por otras que datan de tiempos atrás que subsisten los cabildos indígenas, que son una entidad pública especial conformada por indígenas que han sido elegidos por una parcialidad para

¹¹⁰ Artículo 9. Ley 81 de 1958

que las represente legalmente y así mismo desempeñen las funciones que la Ley les otorga y que los usos y las costumbres les deleguen.

Esta institución data de 1890, creada e instituida por la Ley 89, la cual expresa al respecto:

En todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres. El periodo de duración de dicho cabildo será de un año, de 1 de enero a 31 de diciembre. Para tomar posesión de sus puestos no necesitan los miembros del cabildo de otra formalidad que la de ser reconocidos por la parcialidad ante el cabildo cesante y la presencia del Distrito.¹¹¹

Como cualquier forma de organización jurídica que esté amparada por la Constitución y las Leyes, el cabildo está facultado para adquirir derechos y contraer obligaciones como cualquier persona natural o jurídica. La Constitución de 1991 reconoce esta forma de organización, basándose en el principio de autonomía que tienen estas comunidades y respetando sus costumbres ancestrales.

¹¹¹ Ley 89 de 1890

Este argumento está soportado en un concepto rendido por la División de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, en el año de 1983:

Dentro de esta órbita social y jurídica, los indígenas no sólo ejercen controles sociales y morales, distribuyen la tierra y organizan su economía, sino que se articulan paulatinamente a la sociedad mayor y se benefician de los logros del progreso que la cultura occidental ha traído a nuestras tierras. Toda la labor de promoción desarrollada por el Estado, carecería de significado, sino se partiese de la autonomía que en todo momento deben tener las comunidades indígenas para afrontar sus problemas, de acuerdo a sus orientaciones, sus autoridades, sus órganos, sus costumbres y sus cosmovisiones.

La forma de elegir a los integrantes de los cabildos responde a la costumbre de estos grupos, se mantiene el principio de libertad del voto, con una diferencia con nuestro sistema para acceder al derecho del sufragio, en el cual se exige la mayoría de edad, o sea tener cumplidos los dieciocho años, en las comunidades indígenas los menores que hayan formado una familia pueden participar en la elección.

Una vez elegidos los integrantes del cabildo tomarán posesión de su cargo ante la comunidad y ante el alcalde de la municipalidad, si falta el alcalde se deberá entregar una copia del acta de elección para que se legalice y registre la posesión. En la posesión propiamente dicha, se levanta un acta que se convierte

en el documento formal que acredita al cabildo como representante legal de una comunidad determinada. El acta es expedida por el alcalde. El cabildo adquiere su personería jurídica con la sola elección y por lo tanto su representación legal. El acta es un elemento probatorio y de oponibilidad frente a los actos futuros en que se requiera probar su constitución y elección.

Otra semejanza en la elección de los integrantes del cabildo con la elección de funcionarios a cargos populares, es que existe un régimen de inhabilidades que impide a ciertas personas postularse y posesionarse para ser cabildante. Estos impedimentos se encuentran definidos en el Decreto 769 de 1976. Algunos de ellos son:

- No ser miembro de la comunidad indígena.
- Haber sido sancionados con la pérdida de derechos en la comunidad.
- Haber sido condenado penalmente con pérdida de la libertad.
- Haber vendido o acaparado terrenos de la comunidad.
- Haber sido sancionado por incurrir en conductas que vayan en contra de la tradición cultural.

Existe también un listado de conductas consideradas reprochables por afectar los intereses de la comunidad que pueden dar lugar a la remoción del cargo. Están descritas en el Decreto 50, artículos del 8 al 12 del año de 1937. Cabe resaltar algunas:

- Contrariar la tradición cultural.
- Abandono de sus funciones.
- Malgastar los fondos económicos de la comunidad.
- Cobrar por sus actuaciones y desempeño de sus obligaciones.
- Cualquier actuación que se realice en contra de las disposiciones legales indígenas.

El cabildo es una forma de organización muy completa, en la medida en que desarrolla tareas del orden legislativo, ejecutivo y judicial.

2.1.3. Instituciones afroamericanas. A continuación haremos una reseña sobre las comunidades negras, ya que al igual que los indígenas son consideradas una minoría étnica, por lo cual se les asignan derechos y beneficios para proteger su identidad cultural, siendo así también relevantes para nuestro estudio.

2.1.3.1. Época del descubrimiento y conquista. Se caracterizó por la destrucción de los indígenas y de su cultura, fueron explotados y esclavizados, aunque en alguna época llegaron a preservarse algunas de sus mujeres con el

objeto de lograr un poblamiento de estas tierras, la corona española les impuso la obligación de pagar tributo y también de trabajar en agricultura y minería. Los conquistadores en su mayoría eran hombres ambiciosos que querían ascender socialmente, así que aprovecharon su situación dominante para tener mano de obra gratuita, tales serían los vejámenes contra ellos que muchos optaban por suicidarse.

Posteriormente vendrían los esclavos negros para reemplazar la fuerza de trabajo indígena.

2.1.3.2. Período de la colonia. Durante ésta época los negros cimarrones impusieron los palenques como sistemas político administrativos independientes en contra del régimen establecido en esa época, que mediante cédulas, ordenanzas, dispensas y fuero, lo único que hacían era reforzar el dominio sobre los negros y los indios, negándoles cualquier posibilidad de ascender en el sistema de castas.

En éste período se produjo una mezcla entre españoles, indios y negros, dando origen a nuevos grupos étnicos, así, el hijo de español e india era mestizo y el hijo de negro e india era zambo, estas mezclas se dieron por diferentes causas, por ejemplo la escasez de mujeres negras para casarlas con los esclavos y la promiscuidad de los colonizadores.

2.1.3.3. Estructura social. Actualmente las comunidades negras no tienen una estructura social que los distinga del resto de la población, algunas familias viven en las ciudades sin estar ligadas necesariamente a una comunidad, en las zonas en las que están agrupados hay representantes que acuden a las organizaciones de base, teniendo acceso a los mecanismos de participación y concertación establecidos por la Ley; situación muy distinta a la que se dio en la época colonial en que eran discriminados por el color de su piel, a este respecto Manuel Zapata Olivella escribió: “En la época de la colonia se impuso un rígido sistema de castas que permitía mantener a indígenas y negros en la última escala de valores asegurando que la masa esclava no se infiltrara entre las inmediatamente superiores: españoles, criollos y mestizos que monopolizaban los cargos en inalterables jerarquías”.¹¹²

2.1.3.4. Antecedentes de la población negra en la legislación colombiana.

Los negros llegaron a nuestro continente provenientes de Africa, eran traídos por esclavistas que los vendían al mejor postor, su amo tenía un derecho absoluto que le permitía castigarle, mutilarle o quitarle la vida si así lo quería, por eso muchos de ellos quisieron ascender en la escala social mediante uniones con indios o con los colonizadores logrando así un “blanqueamiento”, a pesar de las circunstancias nunca perdieron sus ideales de libertad y libraron una gran batalla

¹¹² ZAPATA OLIVELLA, Manuel. Las claves mágicas de América: raza, clase, cultura. Editorial Plaza y Janes. 1989.

para ser reconocidos como seres humanos con deberes pero también con derechos, sobresale un importante logro que se dio en mayo de 1821 cuando se promulgó la Ley de manumisión de partos estableciendo que los hijos de esclavas nacidos a partir de la sanción de la Ley serían libres y como tales inscribirían sus nombres en los registros cívicos de las municipalidades y los libros parroquiales, prohibió la venta de esclavos separando los hijos de los padres o los cónyuges entre sí también prohibió extraer esclavos del territorio con el fin de venderlos o introducirlos con el mismo fin, así también estableció la adjudicación de tierras incultas en plena propiedad para que se dedicasen a laborarlas. La Ley 21 de mayo de 1851, decretada por el Senado y la Cámara de Representantes de la Nueva Granada otorgó la libertad a todos los esclavos existentes en el territorio de la república desde el 1° de enero de 1852 teniendo por tanto, los mismos derechos y obligaciones de los granadinos.

2.1.3.5. Ley 70 de 1993. Esta Ley regula principalmente derechos territoriales y recursos naturales, su objeto es reconocer a las comunidades negras de las zonas ribereñas baldías y rurales, su derecho a la propiedad colectiva, así como establecer mecanismos para proteger su identidad cultural y sus derechos como grupo étnico. En aras de conseguir este objetivo, la Ley diseña una estructura de consultas a la comunidad en aquellos eventos en los cuales se pretende realizar algún proyecto en su territorio.

Uno de los principios de ésta Ley, toma como base para la protección del medio ambiente, las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza.

Prevé que el Estado adjudique a estas comunidades la propiedad colectiva sobre las áreas mencionadas recibiendo estos terrenos la denominación de “Tierras de las comunidades negras”, para recibir las tierras adjudicables cada comunidad debe formar un Consejo Comunitario como forma de administración interna que además de velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, debe procurar el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales.

El artículo sexto establece que las adjudicaciones colectivas no comprenden:

- El dominio sobre los bienes de uso público
- Las áreas urbanas de los municipios
- Los recursos naturales renovables y no renovables
- Las tierras de resguardos indígenas legalmente constituidos
- El subsuelo y los predios rurales en los cuales se acredite propiedad particular conforme a la Ley 200 de 1936.
- Las áreas reservadas para la seguridad y defensa nacional.
- Areas del sistema de parques nacionales.

En cuanto a suelos y bosques incluidos en la titulación colectiva la propiedad se debe ejercer con una función social y también dispone que le es inherente una función ecológica.

Respecto a los hidrocarburos específicamente el artículo 27 los excluye del grupo de recursos naturales no renovables que pudieran ser explorados y explotados por estas comunidades, dicho artículo es del siguiente tenor:

Las comunidades negras de que trata la presente Ley gozarán del derecho de prelación para que el gobierno, a través del Ministerio de Minas y Energía, les otorgue licencia especial de exploración y explotación en zonas mineras de comunidades negras sobre los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por tales comunidades. Sin embargo, la licencia especial, podrá comprender otros minerales con excepción del carbón, minerales radioactivos, sales e hidrocarburos

Esta Ley también estableció mecanismos de concertación y participación, que se reglamentaron posteriormente como veremos a continuación.

2.1.3.6. Comisiones Consultivas. El Decreto 1371 de junio 30 de 1994, por el cual se reglamentó la Ley 70 de 1993 establecía la composición y las funciones

tanto de las Comisiones Consultivas Departamentales, como de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, fue subrogado por el Decreto 2248 de 1995 estructurando las comisiones de la siguiente forma:

- Comisión Consultiva De Alto Nivel

Quedará adscrita al Ministerio del Interior, la presidirá el Viceministro del Interior o su delegado. La componen además: los Viceministros del Medio Ambiente, de Educación, de Agricultura, de Minas y Energía, de Vivienda y Desarrollo Urbano del Ministerio de Desarrollo Económico o sus delegados, los directores del DANE, INCORA, AGUSTÍN CODAZZI, ICAN, Red de Solidaridad, el Director de Asuntos para las Comunidades Negras del Ministerio del Interior o su delegado, El director del Plan Pacífico o su delegado, dos representantes a la Cámara elegidos por circunscripción especial para las Comunidades Negras de conformidad con el artículo 66 de la Ley 70 de 1993, además representantes de las comunidades negras por: la Costa Atlántica, Chocó, Valle, Cauca, Nariño, Antioquia, San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Risaralda y un representante de las comunidades negras por cada uno de los departamentos distintos a los mencionados que constituyan Comisiones Consultivas Departamentales, adicionando dos representantes por las comunidades negras por el Distrito Capital.

Sus funciones son:

1. Servir de instancia de diálogo entre las comunidades negras y el gobierno nacional.
2. Constituirse en mecanismo de difusión de la información oficial hacia las comunidades negras y de interlocución con niveles directivos del orden nacional.
3. Promover, impulsar, hacer seguimiento y evaluación a las normas que desarrollan los derechos de las comunidades negras.
4. Contribuir a la solución de los problemas de tierras que afectan a las comunidades negras, para impulsar programas de titulación colectiva que se adelanten en su beneficio.
5. Establecer mecanismos de coordinación con las autoridades y entidades nacionales y territoriales para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos sociales, económicos, políticos, culturales y territoriales de las comunidades negras;
6. Buscar consensos y acuerdos entre las comunidades negras y el Estado, dentro del marco y sin detrimento de la democracia participativa y de la utilización de los mecanismos de participación ciudadana.
7. Servir de espacio para el debate de proyectos de Ley y Decretos reglamentarios de la Ley 70 de 1993, antes que sean sometidos a la consideración del Gobierno Nacional. A ese efecto deberá promover la difusión y consulta de tales proyectos con las organizaciones de base de las comunidades negras.

- Comisiones Consultivas Regionales, Departamentales y del Distrito Capital.

En cada región, departamento o distrito donde existan organizaciones de base que representen a las comunidades negras, se conformará una comisión consultiva, cuyo número no debe ser superior a 30 representantes designados por las organizaciones de base. Se integra de la siguiente manera:

La presidirá el gobernador del respectivo departamento o el secretario de gobierno, además asiste un representante de los alcaldes de los municipios con presencia de comunidades negras del respectivo departamento, escogido por la Federación Colombiana de Municipios, un representante de los rectores de las universidades públicas, el gerente regional del INCORA; el Director de la respectiva Corporación autónoma regional o su delegado; un representante del CORPES regional; el delegado departamental o coordinador zonal de la Red Nacional de Solidaridad, un delegado del director del Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” y los delegados de las organizaciones de base, los cuales tendrán un período de tres años.

La Comisión Consultiva Distrital de Bogotá, se conformará por el alcalde mayor, quien la presidirá, un representante de los alcaldes locales, el director de la Corporación Autónoma Regional; el delegado de la Red Nacional de Solidaridad; el director del Departamento Administrativo de Bienestar Social; el director del Instituto Distrital de Cultura y Turismo, Recreación y Deportes; el director del Departamento Administrativo del Medio Ambiente y el director del Instituto Distrital

de Desarrollo Urbano, el director de la Caja de Vivienda Popular y el Director del Departamento Administrativo de Acción Comunal.

Sus funciones son:

1. Servir como escenarios de diálogo y búsqueda de soluciones a los problemas y conflictos que se presenten en su respectiva circunscripción territorial; que afecten a las comunidades negras.
2. Servir de instancia de apoyo a la divulgación de los avances de la Ley 70 de 1993.

Estas funciones se ejercerán dentro del marco de la autonomía de la administración pública y de la utilización de mecanismos de participación ciudadana.

También es función de ella el constituirse como espacios de interlocución entre las instancias territoriales y las nacionales para transmitir, a través de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, los asuntos regionales que sean de competencia de la Nación y que requieran de su atención.

Las organizaciones de base a las que nos referimos, al iniciar este capítulo, se conforman en ciertos municipios o zonas con un mínimo de quince miembros pertenecientes a la comunidad afro; son personas de la comunidad negra, que actúan al nivel local, reivindicando y promoviendo los derechos territoriales,

culturales, económicos, políticos, sociales, ambientales y la participación y toma de decisiones autónomas de éste grupo étnico.

A través de este mecanismo de Comisiones Consultivas y de organizaciones de base, se pretendió favorecer la participación de esta minoría étnica, dándoles la oportunidad de expresar su posición frente a asuntos que de alguna manera les afecten, para de esta forma concretar el principio de multiculturalismo y protección de la minoría que plantea nuestra Constitución, asunto que es de gran trascendencia para nuestro trabajo. Esto es una muestra más de la aptitud proteccionista del legislador frente a una minoría.

2.2. Marco Internacional. Son muchas las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, que se han encargado de estudiar los problemas de las comunidades étnicas, con miras a darles una adecuada solución y con ello mejorar su calidad de vida, pero teniendo siempre en cuenta que se conserven sus costumbres y tradiciones, considerados su principal patrimonio.

Organizaciones como las Naciones Unidas (ONU) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), han declarado expresamente su reconocimiento a la libre determinación y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, lo que constituye una parte fundamental de los derechos humanos y una legítima preocupación de la comunidad internacional. Su labor no se agota en el estudio

de los derechos, sino que ellas se dedican a establecer normas destinadas a garantizar esos derechos y propenden por su aplicación. En esta tarea, han entrado a tocar diversos temas, pero lo más importante para nosotros es su aproximación al asunto de la relación de estos pueblos con el territorio en el cual habitan.

2.2.1. Organización Internacional del Trabajo – OIT. Ley 21 de 1991.

2.2.1.1. Antecedentes. Tanto en las Naciones Unidas como en la Organización Internacional del Trabajo ha existido una preocupación por los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Desde su creación en 1919, la OIT ha defendido los derechos socioeconómicos de estos grupos, en 1930 impulsó la adopción del Convenio No. 29 sobre el trabajo forzoso, y en 1957 adoptó el Convenio No. 107 que cubría temas como el derecho a la tierra, al trabajo, salud y educación, también emitió la recomendación número 104 sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales, estas fueron las bases jurídicas internacionales para codificar los derechos de estos pueblos; en 1986 la reunión de expertos convocada por la OIT al referirse al Convenio N° 107, determinó que el enfoque integracionista del Convenio no era conveniente, pues adoptaba ciertas actitudes paternalistas y asimilacionistas respecto a estos pueblos, puesto que sus

expectativas se centrarían en la integración a la sociedad mayoritaria, lo que implicaría la eliminación de muchas de sus costumbres y tradiciones. Luego de una gran labor preparatoria, en 1989, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó el Convenio No. 169. A este respecto citamos aquí un aparte del documento Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio No. 169 de la OIT:

El Convenio No. 107 fue revisado a fin de incluir el principio fundamental de que la forma de vida de los pueblos indígenas y tribales es permanente y perdurable. Otro cambio fundamental que se introdujo fue el reconocimiento de que estos pueblos y sus organizaciones tradicionales deben estar estrechamente involucrados en la planificación y ejecución de los proyectos de desarrollo que los afecten.¹¹³

Entre los países que lo han ratificado se encuentran: Bolivia, Costa Rica, Dinamarca, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Paraguay Perú y Colombia que ratificó el Convenio mediante la Ley 21 de 1991.

¹¹³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Equipo técnico multidisciplinario. Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio No. 169 de la OIT.

2.2.1.2. Ley 21 de 1991 – Aprobatoria del Convenio No. 169 –La primera parte del Convenio establece la política general, que deberá ser aplicada a pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones les distinguan de otros sectores de la colectividad y que estén regidos por sus propias costumbres o tradiciones; así como a pueblos indígenas que conservan sus instituciones, o parte de ellas.

Con la aplicación de las disposiciones de éste Convenio se reconocen y protegen valores y prácticas sociales, culturales religiosas y espirituales propios de esos pueblos y se resalta la necesidad de respetar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones y tomar medidas que permitan la adaptación a las nuevas condiciones de vida y trabajo.

Para lograr esta protección el gobierno asume la responsabilidad de:

- Desarrollar una acción con miras a proteger los derechos de esos pueblos para que gocen, en pie de igualdad, los derechos y oportunidades de los demás miembros de la población.
- Promover la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales respetando su identidad sociocultural, costumbres, tradiciones e instituciones.
- Ayudar a los pueblos a eliminar diferencias socioeconómicas de forma compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

- Aplicar sin discriminación los derechos humanos y libertades fundamentales a los hombres y mujeres de esos pueblos. Tampoco se debe emplear alguna forma de fuerza o coerción que viole esos derechos.

Es importante en esta Ley el haber establecido que las medidas que se tomen deben ser consultadas con cada pueblo y en lo posible procurar que participen su adopción a través de instituciones electivas y organismos administrativos facilitando así su aplicación, puesto que ellos mismos han ayudado en la elaboración de las normas.

En cuanto al proceso de desarrollo, los pueblos tienen derecho de decidir sus prioridades controlando de alguna forma su desarrollo económico, además deben participar en la elaboración de planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Es prioritario el mejoramiento de condiciones de vida trabajo y salud.

El gobierno debe realizar estudios que evalúen la incidencia social, espiritual y cultural de las actividades de desarrollo, para considerar sus resultados como criterios fundamentales en la ejecución de nuevas actividades.

Este conjunto de previsiones son las que dan lugar a la necesidad de hacer estudios previos de impacto ambiental y cultural, y también la consulta previa a la comunidad, en aquellos eventos en los cuales se pretende hacer explotación de

petróleo en el territorio indígena, para finalmente, con base en ellos, tomar una decisión que integre de manera armoniosa los intereses en juego.

Otras previsiones planteadas por el Convenio con miras a proteger la identidad cultural de minorías étnicas y sus derechos fundamentales son:

- El medio ambiente en los territorios que ocupan estos pueblos debe ser protegido de manera conjunta.
- Así mismo sus costumbres y su derecho consuetudinario debe tenerse en cuenta al momento de aplicarles la legislación nacional y pueden conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- También se respetarán sus métodos de represión de delitos, teniendo en cuenta sus costumbres, características económicas, sociales y culturales prefiriendo sanciones distintas del encarcelamiento.
- Estos pueblos deben tener protección contra la violación de sus derechos y poder iniciar procedimientos legales personalmente o por conducto de sus organismos respectivos, tomando medidas para garantizar su comprensión de los procedimientos legales ya sea mediante intérpretes u otros medios eficaces.

La segunda parte de esta Ley se refiere al territorio, estableciendo el respeto de los gobiernos hacia la relación que tienen estos pueblos con las tierras que ocupan o utilizan, teniendo en cuenta su cultura y sus valores espirituales.

El artículo 14 consagra el reconocimiento al derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, adicionando la protección del derecho a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que tradicionalmente hayan tenido acceso para sus actividades. Para esto el gobierno deberá tomar medidas para determinar cuales son estas tierras y garantizar su protección efectiva.

Se establece en el artículo 15 una protección especial de los derechos de los pueblos interesados sobre los recursos naturales existentes en sus tierras, y dice que cuando los minerales o los recursos del subsuelo pertenezcan al Estado, éste deberá tener procedimientos para consultarles y determinar en que medida se perjudicarían sus intereses, antes de empezar cualquier programa de prospección o explotación. De acuerdo con las posibilidades, se les debe permitir participar de los beneficios de estas actividades y en caso que se les cause algún daño, éste se les debe indemnizar.

Solo se debe proceder de manera excepcional al traslado y reubicación y en lo posible se debe buscar su consentimiento. Si éste no se obtiene deben seguirse los procedimientos legales; terminadas las causas que motivaron el traslado tendrán derecho de regresar a sus tierras tradicionales, si no es posible deberán

recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean por lo menos iguales a las que ocupaban; si ellos prefieren una indemnización deberá concedérseles con las garantías apropiadas.

Se respetarán las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra que ellos hayan establecido, también se les debe proteger de extraños que puedan aprovecharse de sus costumbres para arrogarse la propiedad la posesión o el uso de dichas tierras. También se preverán sanciones contra toda intrusión no autorizada.

Los programas agrarios nacionales deben garantizar a los pueblos condiciones equivalentes a las de otros sectores de la población para asignarles tierras adicionales cuando las que tengan sean insuficientes, para asegurarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico y otorgarles medios para el desarrollo de tierras que ya posean.

La tercera parte de esta Ley se refiere a la contratación y condiciones de empleo, establece que los gobiernos adoptarán medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a estos pueblos en la medida en que no estén protegidos por la legislación general.

En esta parte se adoptan medidas para garantizar la asistencia médica, el derecho de asociación, el acceso al empleo y la remuneración igual por trabajo de igual valor, también deben tener los mismos derechos y garantías que los demás trabajadores.

En la parte cuarta, respecto a formación profesional, artesanal e industrial rurales, dispone que estos pueblos deben acceder a medios de formación profesional por lo menos iguales a los demás ciudadanos, si éstos programas no respondieran a las necesidades especiales de los pueblos interesados, se deben elaborar dichos programas basándose en su entorno económico y condiciones socioculturales. A petición de éstos pueblos deberá facilitárseles asistencia técnica con miras a un desarrollo sostenido y equitativo.

Sobre seguridad social y salud, se establece una cobertura progresiva sobre estos pueblos ya sea poniendo estos servicios a su disposición o proporcionándoles los medios para que ellos los organicen bajo su responsabilidad y control.

Respecto a educación y medios de comunicación, sobresale el deber de las autoridades competentes para asegurar la formación de miembros de éstos pueblos y su participación en la formulación de programas de educación. También la adopción de disposiciones para preservar las lenguas indígenas.

Este proceso educativo también incluye instrucción a los demás sectores de la comunidad sobre las sociedades y culturas de los pueblos interesados con el fin de eliminar los prejuicios que pudieran tener respecto de ellos.

La aplicación de estas disposiciones no deberá menoscabar los derechos garantizados a estos pueblos en virtud de otros convenios, tratados, leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

A partir de la aprobación de este convenio en el futuro se seguirá construyendo una estructura normativa que se adapte a las necesidades de estos pueblos, permitiéndoles mantener su identidad, estructura y tradiciones dentro de un ámbito de dialogo y mutuo respeto.

2.2.2. Naciones Unidas– ONU.

2.2.2.1. ¿Qué es una minoría?¹¹⁴ En el marco de las Naciones Unidas existe una Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías quien ha sido la encargada de establecer la aproximación más exacta de la definición de minoría con miras a identificar los beneficiarios de los llamados derechos de las minorías, consagrados en diversas declaraciones.

La dificultad para encontrar una definición aceptable radica en la gran variedad de situaciones en que se encuentran las minorías. Sin embargo, los esfuerzos de la Subcomisión se han dirigido a encontrar características de las minorías que, consideradas en conjunto, abarcan la mayor parte de estas diversas situaciones.

¹¹⁴NACIONES UNIDAS. Folleto informativo No. 18: Los derechos de las minorías.

La descripción mas aceptada es la siguiente: Un grupo no dominante de individuos que comparten ciertas características nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas que son diferentes de las de la mayoría de la población. Además se ha sostenido que podría ofrecer una opción viable el empleo de una definición basada en el criterio subjetivo, definido como “el deseo manifestado por los miembros de los grupos de referencia de conservar sus propias características” y de ser aceptados como parte del grupo por los demás miembros.¹¹⁵

2.2.2.2. Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas.

Desde 1920, los indios americanos se pusieron en contacto con la Sociedad de las Naciones, logrando llamar su atención pero sin conseguir resultados tangibles. Una vez inicia la existencia de las Naciones Unidas, representantes de los pueblos indígenas hicieron llamados esporádicos a la reciente organización mundial. No se lograron nunca resultados concretos pero a través del tema de los derechos humanos se trataron cuestiones que afectaban a las poblaciones indígenas como minorías, esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso.

La primera Conferencia Internacional de Organizaciones No Gubernamentales sobre cuestiones indígenas se celebró en Ginebra en 1977. En esta misma ciudad

¹¹⁵ NACIONES UNIDAS. Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas religiosas o lingüísticas. Serie de estudios No. 5. p. 101.

se celebró en 1981 otra Conferencia Internacional de las Organizaciones No Gubernamentales sobre los Pueblos Indígenas y la Tierra. Estas reuniones y un estudio especial de las Naciones Unidas que se estaba terminando por entonces¹¹⁶, influyeron en los acontecimientos que llevaron a la creación, en 1983, del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas.

Este Grupo de Trabajo se reúne en Ginebra durante una semana, inmediatamente antes del período de la Subcomisión. Está abierto a todos los representantes de los pueblos indígenas y a sus comunidades y organizaciones, esto unido al diálogo constructivo que se ha establecido, ha fortalecido la posición del Grupo convirtiéndolo rápidamente en el principal centro de actividad de las Naciones Unidas en lo relativo a la protección de minorías.

El Grupo de Trabajo tiene dos tareas oficiales:

1. Examinar los acontecimientos nacionales relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, proporcionando el marco en el que los gobiernos, minorías y especialistas se reúnen para debatir cuestiones de interés y buscar soluciones a los problemas detectados.
2. Elaborar normas internacionales relativas a los derechos de las poblaciones indígenas, teniendo en cuenta tanto las semejanzas como las diferencias

¹¹⁶ Se trataba de un estudio realizado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a Minorías, a través de su Relator Especial el Sr. José R. Martínez Cobo.

en lo que respecta a la situación y a las aspiraciones de las poblaciones indígenas en todo el mundo.

Durante sus períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo se ha concentrado en los siguientes aspectos:

- El significado y aplicación de los principios que figuran en la Declaración.
- Las medidas adoptadas para que las personas pertenecientes a minorías puedan disfrutar de su propia cultura, profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma.
- El papel que cumple la educación multicultural e intercultural en el fomento de la tolerancia y la comprensión entre los diversos grupos de la sociedad.
- La contribución de los mecanismos regionales y de otro tipo, así como de las instituciones nacionales y organizaciones no gubernamentales, en la protección a las minorías.
- La conciliación de los mecanismos de pronta alerta para prevenir la escalada de las tensiones y conflictos.
- La definición de minoría (Explicada anteriormente).

2.2.2.3. Relación de la Tierra con los Pueblos Indígenas. A continuación se relata lo que ha sostenido la ONU respecto al tema de la relación de los indígenas con su territorio.¹¹⁷

En todas las partes del mundo las tierras indígenas han sido usurpadas. Desde el siglo XVI se les despojaba de sus tierras debido a sus prácticas religiosas y por las necesidades que implicaba el proceso de conquista. Hoy la usurpación sigue presentándose, y los principales motivos son la presión del desarrollo, la exploración forestal, la prospección petrolífera y el vertido de desechos tóxicos que contaminan el ambiente.

En la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada junto con el Programa 21 en la Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro, 1992), se reconoció explícitamente que las poblaciones indígenas desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo. Esta realidad se continuó reconociendo en foros mundiales posteriores como Declaración y Programa de Acción de Viena – 1993 -, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo – El Cairo, 1994 -, Declaración y Programa de Acción de Copenhague y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing – 1995.

Ante la ONU, a través del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y con ocasión del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas (1995 – 2004), se

¹¹⁷ NACIONES UNIDAS. Departamento e Información Pública(DIP). “El significado de la tierra para las poblaciones indígenas” DIP/2068.

ha entrado a estudiar el tema de la relación de los Pueblos Indígenas con sus tierras. Dicho estudio fue asignado a la Sra. Erica-Irene Daes, presidenta del Grupo de Trabajo y Relatora Especial, quien presentó el documento preliminar en 1997.

La posición de las Naciones Unidas en este tema parte del reconocimiento que la tierra es esencial para la supervivencia de los pueblos indígenas, posee un significado espiritual, social cultural, económico y político, y que por lo tanto la destrucción de ese vínculo suele ir en detrimento de su identidad. Se concibe una diferencia esencial: para las sociedades desarrolladas del mundo la norma es la propiedad individual de los bienes, la tierra es un recurso que se usa con el fin de crear riqueza económica; en cambio para los indígenas la tierra no es algo que uno herede de sus antepasados, sino que la toma prestada de sus hijos.

Cuando la Sra. Daes presentó su informe reiteró que los fundamentos espirituales y materiales de la identidad cultural de los pueblos indígenas estaban apoyados en su relación con sus tierras ancestrales. Ella cita al profesor James Sakej Henderson, quien sostiene: “ [...] Su visión se refiere a diferentes reinos envueltos en un espacio sagrado [...] Es fundamental para su identidad, personalidad y humanidad [...] la noción de sí mismo no termina con su propio cuerpo, sino que enlaza con la tierra a través de sus sentidos”

La conclusión del estudio es justificar la posición de los grupos indígenas, es decir, que la tierra es su posesión más importante, que se les debe permitir poseerla

colectivamente, que forma parte esencial de su identidad y patrimonio cultural y espiritual, y que la comunidad internacional debe tomar medidas para proteger las tierras indígenas y garantizar a esas poblaciones la propiedad de sus tierras.¹¹⁸

A parte del estudio presentado por la Sra. Daes, existe un proyecto de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que está siendo concluido por el Grupo de Trabajo, en el cual también se toca el tema de la tierra. El texto se ocupó de defender los derechos de los indígenas de mantener y fortalecer su relación con la tierra, los territorios, el agua, los mares costeros y todos los demás recursos que tradicionalmente han tenido en propiedad, usado u ocupado.

2.2.3. Proyecto Asociación Regional de Empresas de Petróleo y Gas Natural en Latinoamérica y el Caribe - ARPEL - Reunión del Grupo de Trabajo de Relación con Comunidades Étnicas.¹¹⁹ Es una realidad que las empresas que se dedican a la exploración y desarrollo de hidrocarburos en la actualidad están encontrando dificultades para su actividad en los territorios étnicos. La mayor preocupación es responder a demandas de identidad cultural, compensación y

¹¹⁸ NACIONES UNIDAS. Departamento de Información Pública. "El examen de mitad de período del decenio pone de manifiesto las medidas que se han tomado a favor de las poblaciones indígenas"

¹¹⁹ ARPEL. Actividad Cumplida por el Grupo de Trabajo de ARPEL en la Relación de la Industria con Comunidades Indígenas. Montevideo, 10 y 11 de octubre de 2000.

desarrollo económico de los pueblos indígenas, respondiendo también a normas sobre cuidado y protección del medio ambiente.

Para responder a estas preocupaciones se ha creado el proyecto ARPEL, el cual tiene como objetivo principal generar elementos de orientación en el marco del desarrollo sostenible y el respeto de la integridad cultural, económica y social de las comunidades étnicas, a través de mecanismos de información e instrumentos metodológicos.

Sus actividades se han dirigido principalmente:

- Diseño y operación de una red de información que permite a la industria tomar decisiones estratégicas en áreas de comunidades étnicas. En este campo se pretende elaborar, por países, el inventario y localización en mapas de cuencas sedimentarias y áreas de interés petrolero, de comunidades étnicas, de parques nacionales y reservas ecológicas; identificar las zonas en que coinciden la reserva potencial con la comunidad étnica y la creación de una página de Internet con la información relevante.
- Elaborar una guía base para desarrollar los proyectos protegiendo al mismo tiempo la cultura y tradición de las poblaciones. Se busca evitar posibles impactos, procurar la participación de las comunidades y elaborar un marco orientador de la relación entre comunidades y empresas.

- Posesionar a las petroleras en el ámbito internacional y en cada Estado a través de un entendimiento mutuo en el marco del desarrollo sostenible. Para lograr esto se trabaja sobre situaciones históricas que se deben superar, análisis de experiencias exitosas y alianzas estratégicas para asesoría y capacitación.

En Colombia ARPEL ha desarrollado actividades claves tales como:

1. Ratificación y práctica de normas sobre Consulta Previa.
2. Definición del territorio(Reguardo) para el pueblo U'wa en el Bloque Samoré.
3. Otorgamiento de la Licencia Ambiental a la Compañía Occidental para la perforación del Pozo Gibraltar en el bloque Samoré.
4. Desarrollo de estrategias para el manejo y Resolución de conflictos con los pueblos indígenas.
5. Establecimiento de diálogos tripartitos: Pueblos Indígenas - Gobierno - Industria.
6. Conformación del Observatorio Indígena.
7. Impulso al programa EAP de OLADE - Banco Mundial.

2.2.4. Proyecto Energía, Ambiente y Población. OLADE – BANCO MUNDIAL¹²⁰ La OLADE – Organización Latinoamericana de Energía - junto con el Banco Mundial trabajan en el proyecto Energía, Ambiente y Población, orientado a mitigar las incidencias ambientales y sociales de la actividad petrolera en las áreas sensibles de la cuenca subandina que comprende Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guayana, Paraguay, Perú, Suriname y Venezuela.

El programa tiene cuatro módulos de acción prioritaria:

1. Regulación
2. Capacitación
3. Información
4. Diálogo

Se busca unir leyes, normas y procedimientos para unificar criterios frente a la exploración y explotación de petróleo en zonas habitadas por grupos indígenas.

Sobresale aquí el esfuerzo conjunto entre los gobiernos, las empresas petroleras y las comunidades indígenas.

¹²⁰ PROYECTO OLADE – BANCO MUNDIAL. ENERGÍA, AMBIENTE Y POBLACION. Tercera Reunión de Coordinadores Nacionales. Cartagena, del 4 al 6 de mayo de 1999.

Mediante estos encuentros se persiguen objetivos a largo plazo como la creación de un sistema de información que incluya las áreas disponibles para la explotación y las condiciones demográficas y ambientales existentes; crear un documento de referencia respecto a la protección legal del medio ambiente que sirva para prevenir daños en las nuevas áreas de exploración; establecer un diálogo permanente entre las partes para formular inquietudes y emitir recomendaciones, y por último la capacitación de personal en temas relacionados para que ayuden a elaborar planes y soluciones a los problemas que puedan surgir.

2.3. DESARROLLO LEGISLATIVO SOBRE PARTICIPACIÓN DE INDÍGENAS EN REGALÍAS PETROLERAS.

2.3.1. Efectos de la Ley 619 de 2000 sobre la Ley 141 de 1994. A continuación se presenta una síntesis de la última modificación hecha a la Ley de Regalías, la cual nos parece importante ya que en ella se le reconoce participación en las regalías a los indígenas, sin embargo queremos antes de abordar este punto hacer una breve reseña de la ley en general.

Es de anotar, que actualmente esta Ley tiene cuatro demandas en curso por inconstitucionalidad.¹²¹

La Ley 141 de 1994 que desarrolló los artículos 360 y 361 de la Constitución Política de 1991 sufrió modificaciones sustanciales con la expedición de la Ley 508 de 1999 y el Decreto 955 de 2000, normas estas que fueron declaradas inexecutable por la Honorable Corte Constitucional.

Gran parte de estas modificaciones fueron recogidas en la Ley 619 de 2000, relacionadas con el control y vigilancia que debe ejercer la Comisión Nacional de Regalías sobre los ingresos que se generan por la explotación de los recursos naturales no renovables; los proyectos que se financien por parte del Fondo Nacional de Regalías y en los sectores de hidrocarburos y minerales.

Por otro lado, se introdujeron nuevos conceptos en la explotación de los recursos naturales no renovables como se detalla a continuación:

2.3.1.1. Control y vigilancia de las regalías directas. La nueva Ley, en su artículo 21, asigna a la Comisión Nacional de Regalías, el uno por ciento (1%) de las regalías directas que reciben las entidades territoriales productoras y portuarias¹²²,

¹²¹ Las demandas que actualmente examina la Corte Constitucional, están radicadas con los siguientes números: D003288, D003296, D003305 y D003358. Las dos primeras atacan la ley en su totalidad, la tercera, el artículo 5 y la última los artículos 5 y 6.

¹²² Es decir, municipios y departamentos.

monto este que está destinado a cumplir su objeto principal cual es de controlar y vigilar la correcta utilización de las regalías por parte de dichas entidades. Con esta asignación de recursos se dota a la Comisión de los instrumentos financieros que le permitirán estructurar los mecanismos administrativos necesarios para ejercer correcta y adecuadamente la labor de vigilancia y control del uso de las regalías que son transferidas a las entidades territoriales, con los que no se contaba anteriormente y hacían esta labor de difícil ejecución.

Esta situación está apoyada en la facultad otorgada a la Comisión, por el artículo 10 de la misma Ley, para suspender desembolsos cuando se utilicen ineficiente e inadecuadamente los recursos por parte de las entidades territoriales.

Por otro lado se le permite a los departamentos y municipios la utilización del 10% para interventorías técnicas y puesta en operación de los proyectos.

2.3.1.2. Proyectos regionales de inversión. Define el artículo 11 de la Ley 619, el concepto de proyectos regionales de inversión como aquel que beneficie a grupos de municipios de diferente o de un mismo departamento. Este concepto se retoma de lo establecido en la Ley 508 de 1999, que definía el concepto en los mismos términos, modificándose así la concepción establecida en la Ley 141 en el sentido que estos proyectos debían beneficiar a dos o más departamentos.

La nueva norma hace más elástica la inversión y permite el desarrollo o ejecución de proyectos ya no en municipios fronterizos, sino dentro de un mismo departamento.

2.3.1.3. Hidrocarburos. En materia de gas y petróleo se demarcan, en el artículo 17 de la Ley 619, los porcentajes a aplicar a las regalías para estos recursos en nuevos descubrimientos, manteniéndose para los minerales los mismos porcentajes del artículo 16 de la Ley 141 de 1994.

Se aplica una escala proporcional sobre el valor de la producción en boca de pozo igual o menor a 5 mil barriles promedio diario de un 5%, de 125 mil a 400 mil de un 20%, igual o mayor a 600 mil de un 25%, unas escalas intermedias entre 5 mil y 125 mil; y entre 400 mil y 600 mil barriles promedio diario, cambiando el 20% fijado en la Ley 141, también para nuevos descubrimientos.

Para la aplicación de estos porcentajes se debe tener en cuenta que la equivalencia actual de un barril de petróleo es de 7.500 P3 de gas según la Ley 141. Para nuevos descubrimientos según la producción incremental es: un barril de petróleo es igual a 10.000 P3 de gas, a una profundidad de hasta 1.000 P y de 12.500 P3 para profundidades mayores a 1.000 P, costa afuera.

La misma Ley 619 en sus artículos 18 y 19 amplía los límites de participación de los departamentos productores para efectos de escalonamiento de 180.000 BPD a

200.000 BPD y de 200.000 a 600.000 y la de los municipios productores de 100.000 KBPD a 200.000 KBPD y de 200.000 en adelante, modificándose la Ley 141 en sus artículos 49 y 50.

En cuanto a la redistribución de las regalías, se mantiene el mismo porcentaje para el Fondo Nacional de Regalías por el escalonamiento departamental y se reduce de un 60% a un 40% en el municipal.

Se reglamenta la participación de las regalías de los departamentos de Córdoba y Sucre, al igual que la de los municipios de Tolú y San Antero y demás municipios, en la participación por la exportación de petróleo por el Golfo de Morrosquillo.

El artículo establece que estos recursos serán girados directamente, por lo que no es necesario presentar proyectos.

2.3.1.4. Minerales. Se unifica la unidad de explotación de un mismo titular, teniendo en cuenta los volúmenes y porcentajes del artículo 16 de la Ley 141 de 1994, lo cual evita fraccionamientos artificiales en las empresas mineras, estableciéndose el pago y el porcentaje de regalía en caso de que operen la integración de títulos mineros.

Se definen los proyectos de pequeña minería en metales y piedras preciosas, carbón, materiales de construcción y promoción de la minería.

Se establece la forma para liquidar las regalías para la sal teniendo en cuenta el precio de la realización del producto, neto de fletes y costos de procesamiento.

Se reglamentan los porcentajes de distribución de regalías y compensaciones para explotación de Níquel en Cerromatoso Córdoba.

En el caso del proyecto carbonífero del Cerrejón - Zona Norte -, en el proceso de privatización se pagará porcentaje 10%, sobre el valor de la producción del 50% en boca de mina, diferente al 5% que pagaba Carbocol, clasificándose un 50% en regalía y un 50% en compensación.

Se sustituye el concepto de impuesto de carbón por regalía.

Se señala el porcentaje a pagar por esmeraldas y demás piedras preciosas. Se delegan a las alcaldías municipales para recibir las declaraciones y pagos y continúa el Ministerio Minas haciendo las liquidaciones.

2.3.1.5. Aspectos nuevos. Se define la participación proporcional de las regalías, en el caso de que un yacimiento se encuentre ubicado en dos o más entidades territoriales, teniendo en cuenta el área y los volúmenes de producción. El Ministerio de Minas y Energía mediante Resolución definirá la participación.

Se define la participación de las regalías de los yacimientos ubicados a 40 millas náuticas entre las zonas de explotación y las costas marinas. El Ministerio de Minas y Energía mediante Resolución definirá la participación.

En las nuevas explotaciones en los espacios del mar Caribe cederán el 10% al departamento de San Andrés y Providencia y Santa Catalina.

Para los nuevos municipios portuarios se faculta a la Comisión Nacional de Regalías para determinar los beneficiarios y distribuir las regalías previo estudio y concepto del Ministerio de Minas y Energía.

Se cuantifica el porcentaje de los derechos de las comunidades indígenas, teniendo en cuenta la ubicación física de la explotación del recurso natural no renovable

Al respecto dispone:

Cuando en un resguardo indígena, o en un punto ubicado a no más de cinco (5) kilómetros de la zona del resguardo indígena, se exploten recursos naturales no renovables, el cinco por ciento (5%) del valor de las regalías correspondientes al Departamento por esa explotación, y el veinte por ciento (20%) de los correspondientes al municipio se asignarán a inversión en las zonas donde estén asentadas las comunidades indígenas y se utilizarán en los términos establecidos en el artículo 15 de la Ley 141 de 1994.

Parágrafo. Cuando el resguardo indígena sea una entidad territorial, podrá recibir y ejecutar los recursos directamente, en caso diferente, los recursos serán recibidos por los municipios y ejecutados en concertación con las autoridades indígenas por el respectivo municipio, atendiendo lo establecido en el presente artículo.¹²³

Y por último el artículo 5 obliga a que las explotaciones de recursos naturales no renovables donde el subsuelo sea de propiedad privada, paguen regalías, lo cual es abiertamente inconstitucional según los artículos 332 y 360 de la Constitución de 1991.

¹²³ Artículo 4. Ley 619 de 2000. Concordado con el parágrafo 3, artículo 1 de la Ley 141 de 1994 y el artículo 132 del Código Minas.

3. POLÍTICAS

3.1. POLÍTICAS DE ESTADO FRENTE A LAS MINORÍAS ÉTNICAS

3.1.1. Marco Legal

3.1.1.1. Diversidad étnica y cultural. Dentro del ordenamiento jurídico colombiano encontramos tal vez uno de los sistemas legales más modernos y apropiados en lo que a reconocimiento y protección de minorías étnicas se refiere, basándose lo anterior en la concepción pluriétnica y multicultural de la Nación, la cual se encuentra consignada en el título primero la Constitución Política, que se refiere a los principios fundamentales. Así las cosas, dice el artículo 7 que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” y así mismo el artículo 8 establece que “es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”. Además, el artículo 70, en su inciso segundo plantea que “La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad

y dignidad de todas las que conviven en el país” Entonces, cualquier política que el gobierno pretenda implementar en relación con los grupos étnicos tendrá que partir necesariamente de estos fundamentos constitucionales.

Sobre los anteriores principios se ha pronunciado la Corte Constitucional en este sentido:

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.¹²⁴

Vemos pues que la Corte ha entendido que el espíritu del constituyente de 1991 en lo que se refiere al tema en mención es que cada uno de los individuos que integran la Nación colombiana goce de igualdad de derechos y tengan los mismos

¹²⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-380 de 1993. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

deberes, sin importar su condición cultural o étnica, aceptando así las manifestaciones culturales de las minorías étnicas, garantizándoles su protección.

En otra sentencia de la Corte, se resume el reconocimiento que de los derechos de las minorías étnicas hace la Constitución colombiana:

La Constitución Política incorporó dentro de las preocupaciones, el reconocimiento y defensa de las minorías étnicas, y de manera muy significativa, reservó a favor de las comunidades indígenas una serie de prerrogativas que garantizan la prevalencia de la integridad cultural, social y económica, su capacidad de autodeterminación administrativa y judicial, la consagración de sus resguardos como propiedad colectiva de carácter inalienable y de los territorios indígenas como entidades territoriales al lado de los municipios, distritos y los propios departamentos (C.P. arts. 7, 246, 286, 329, 330, etc.)¹²⁵.

3.1.1.2. Participación de los indígenas como minoría étnica. Antes de la Constitución de 1991 la participación de los indígenas en la toma de decisiones estatales y en el acceso a cargos públicos era prácticamente nula; existía solamente la Ley 89 de 1890 que les permitía darse sus propias formas de

¹²⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-00 de 1995. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

gobierno interno, eligiendo los llamados Cabildos Indígenas, que asumían la administración de estos grupos, se encargaban de la administración y distribución de las tierras comunales y de mantener el orden público dentro de sus comunidades, adoptando para ellos medidas menores de policía. Esta figura recibía reconocimiento por parte del Estado, considerándola como un ente público de carácter especial, siendo organismos pertenecientes a la estructura político-administrativa del país. Los Cabildos también tenían como función el representar a la comunidad frente al Estado y ante terceros particulares.

Al aparecer la nueva Constitución surgen claras formas de participación en temas de interés público, basándose en el concepto de Estado Social de Derecho, define como fin esencial del Estado la participación de todos sus miembros en la toma de decisiones que afecten la “vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; ...”¹²⁶ Estas se quisieron establecer de manera especial para sectores que tradicionalmente habían sido marginados de la toma de decisiones, como lo eran las comunidades indígenas, creando sistemas de participación preferenciales adicionales a los que tienen el resto de los colombianos cuando en los artículos 171 y 176 le da la posibilidad a las minorías étnicas de elegir sus propios representantes al Congreso de la República a través de circunscripciones especiales.

¹²⁶ Artículos 1 y 2. Constitución Política de Colombia de 199.

Hay quienes dicen que el derecho de participación de las minorías étnicas está ligado íntimamente al derecho fundamental de la identidad cultural, es decir, hace parte de él; de tal suerte que al no reconocer este derecho se estaría atentando contra la identidad de los pueblos indígenas, pues una forma de preservarla es precisamente por medio de la participación de éstos dentro de las decisiones del Estado al cual pertenecen.

3.1.1.3. Derechos territoriales. Según la Constitución Política de 1991, Colombia se estructura como una República Unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales. Establece también un régimen especial de organización territorial que prevé la conformación de entes territoriales indígenas. El gobierno tiene como tarea delimitar la extensión de estos, permitiéndose la participación de representantes de las comunidades indígenas en dicha labor. Los resguardos que ocupen tendrán dos características básicas: la propiedad de estos territorios será colectiva y son inalienables, imprescriptibles e inembargables. En este orden de ideas el artículo 63 de la Constitución establece: "... las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico y los demás bienes que determine la Ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables". Sin embargo el resguardo no es todavía una entidad autónoma e independiente del ente territorial municipio, mientras no se expida el Plan de Ordenamiento Territorial que les otorgue esa calidad.

La Corte Constitucional, hablando del reconocimiento que la Constitución hace a las minorías étnicas, dice que ésta: “reservó a favor de las comunidades indígenas una serie de prerrogativas que garantizan la prevalencia de la integridad cultural, social y económica...” entre ellas menciona “la consagración de sus resguardos como propiedad colectiva de carácter inalienable...”¹²⁷. Al darle este carácter de inalienabilidad la Corte está considerando el territorio como garantía de la supervivencia cultural de estas minorías.

Partiendo de esta norma constitucional el legislador ha creado una serie de leyes que intentan reconocer a los pueblos indígenas la propiedad colectiva sobre las tierras que han ocupado.

De esta voluntad han surgido disposiciones como la Ley Agraria de 1994 (No. 160), que en sus artículos 12, numerales 9 y 18; 31, numeral 1; 38, literal b; 69; 85 y 86; se refiere a las facultades del Instituto de Reforma Agraria para la adjudicación de tierras a las comunidades indígenas, para afectar tierras y mejoras de la propiedad privada con dicho fin y con el fin de sanear resguardos ya existentes y devolverlos libres de ocupación de terceros a sus propietarios legítimos. También se refiere al carácter gratuito de las transferencias que de esas se hagan a estas comunidades, y a la prohibición de adjudicarlas a particulares.

¹²⁷ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-007 de 1995. Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell, citada por la tutela que resolvió el caso U'wa, p.17.

En el marco internacional, Colombia ratificó por la Ley 31 de 1967 el Convenio 107 de 1957, que dispone en su artículo 11 “reconocer el derecho de propiedad colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión (indígenas) sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”. Basándose en esta norma el Estado entregó desde 1967 hasta fines de los 80`s las tierras correspondientes a los indígenas amazónicos.

En 1989 surgió el Convenio 169 de la OIT, que reformó y fortaleció, en materia de tierras, el Convenio 107; siendo ratificado por Colombia con la Ley 21 de 1991. En los artículos 13 y 14 se da la responsabilidad al gobierno de “respetar la importancia especial que para las culturas y valores interesados de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”. Además explica el alcance del término tierras o territorios, definiéndolo como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”. También se ordena que se le reconozca a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión sobre esas tierras.

3.1.2. Papel del Ministerio del Interior. La entidad pública que tradicionalmente ha estado encargada de los asuntos sobre minorías étnicas ha sido el Ministerio del Interior; debido a la gran importancia que tiene este tema, dentro de la estructura del Ministerio se encuentra una división encargada exclusivamente de tratar los asuntos indígenas.

Dentro de las responsabilidades de la Dirección General de Asuntos Indígenas encontramos:

- La de definir la política en materia indigenista, previa concertación con los pueblos indígenas.
- Asegurar la protección de los resguardos indígenas.
- Proteger las formas de gobierno de los territorios indígenas.
- Garantizar la participación de los pueblos indígenas en los procesos de limitación de sus territorios.
- Velar por que siempre que haya lugar se efectúen estudios en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre sus pueblos.
- Garantizar y promover las acciones de coordinación necesarias con las autoridades competentes, para que el uso de los recursos de los pueblos indígenas se efectúe sin desmedro de su integridad cultural, social y económica y garantizar que en las decisiones participen los representantes de tales pueblos.

- En lo que respecta a las consultas previas, esta Dirección tiene la función de “coordinar interinstitucionalmente la realización de la consulta de los pueblos indígenas sobre los proyectos que puedan afectarlos”.¹²⁷

3.1.3. Plan Nacional de Desarrollo.

3.1.3.1. Tratamiento a las comunidades indígenas. La política que plasma el gobierno en el Plan Nacional de Desarrollo en favor de los grupos indígenas busca “la defensa, apoyo, fortalecimiento y consolidación de los derechos étnicos y culturales” tal y como lo ordena la Constitución de 1991 y las Leyes que a este tema se refieren. Con dicha política se pretende desarrollar diez objetivos básicos, que fueron divididos así: materia agraria, salud, educación, desarrollo institucional, grupos de población vulnerable, derechos humanos, relaciones Estado-pueblos indígenas, jurisdicción especial indígena, prevención y atención de desastres, y políticas internacionales y de fronteras.

¹²⁷ Artículo 20, literal c. Decreto 372 de 1996.

Tratándose de la política agraria, básicamente se pretende continuar desarrollando los conceptos plasmados en las normas ya analizadas en el marco legal, las cuales se refieren a asegurar el desarrollo de los pueblos indígenas por medio de la promoción de un plan para dotar las tierras constituyendo, ampliando y saneando resguardos. Además ordena el Plan darle cabida a los indígenas en la elaboración de reformas agrarias.

En lo referente a la salud, el mayor objetivo será el conseguir una mayor cobertura por parte del régimen subsidiado de salud, a favor de las comunidades indígenas.

Se buscará en el campo educativo el que los miembros de estas comunidades tengan un mayor acceso a todos los niveles de educación, haciéndose énfasis en programas de etno-educación, facilitándolo por medio de las concesiones financieras.

En el campo institucional los objetivos son, apoyar la conformación de las entidades territoriales indígenas y capacitarlos para el buen manejo de éstas, particularmente de los recursos que les sean transferidos.

Con respecto a la población indígena vulnerable, lo que se busca es atender eficazmente dicha situación, consiguiendo implantar mecanismos de defensa de los derechos humanos, de atención a la población desplazada y para buscar la reinserción a sus territorios.

Se tratará de promocionar la aplicación de formas tradicionales de Resolución de conflictos y el desarrollo de la jurisdicción especial indígena. Además, el gobierno “diseñará y aplicará los mecanismos necesarios para la intermediación en la Resolución de conflictos generados en los territorios indígenas, en coordinación con el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de la Judicatura”.

3.1.3.2. Tratamiento a las comunidades afro-colombianas. Se buscará el desarrollo de los siguientes subprogramas: saneamiento básico, salud, educación, actividades productivas, desarrollo institucional, y titulación y adquisición de tierras.

El objetivo de la política de saneamiento básico será el de promover la mejor utilización del agua (programa de la cultura del agua a través del Ministerio de Desarrollo), desecho de aguas servidas y residuos sólidos.

En el campo de la salud se buscará garantizar el acceso de las negritudes al sistema de salud; y de manera particular, impulsar la implementación de los planes territoriales de salud en las tierras de propiedad colectivas asignadas a éstos.

Hablando de la educación, el Plan se propone formular y desarrollar el proyecto de etno-educación colombiana.

Con respecto al subprograma de actividades productivas, se hará una orientación al microempresario y empresario colombiano para la producción, transformación y comercialización de sus productos.

Buscando el desarrollo institucional de estas comunidades, se propone el gobierno fortalecer los procesos organizativos y participativos de la población afro-colombiana, reglamentando e implementando la Ley 70 de 1993.

Por último, al igual que con las comunidades indígenas, se busca seguir con la titularización de territorios colectivos, poniendo en marcha un programa de dotación e implementación de estas tierras.

3.2. POLÍTICAS DE ESTADO FRENTE A MINORÍAS ÉTNICAS AFECTADAS POR EL PETRÓLEO.

3.2.1. Marco Legal. El Estado colombiano se apoya en la tradición del Derecho Indiano según el cual las minas pertenecían a la Corona.¹²⁸ Al igual que los demás

¹²⁸ Ley 11 de la Partida III de 1263; Ordenamiento de Alcalá de 1396; la Cédula Real de febrero 5 de 1504; la Recopilación de las Leyes de Indias de 1681; y, la Ordenanza de Minas de Nueva España de 1783. La República confirma este principio en disposiciones como la Ley 4 de agosto de 1823 y del Decreto del Libertador de octubre 24 de 1829.

países de Sudamérica, Colombia se reserva el dominio sobre los recursos no renovables, entre ellos los mineros. Esto lo encontramos consignado en el artículo 332 de la Constitución de 1991 “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”.

A pesar de lo anterior, encontramos que el Código de Minas¹²⁹ y su Decreto reglamentario en materia de recursos mineros de territorios indígenas¹³⁰ concede a las comunidades indígenas algunas prerrogativas cuando se trate de explotaciones de minerales en sus territorios, tales como el reclamar el derecho preferencial en el aprovechamiento de éstas (salvo el caso de explotación de minerales estratégicos como el carbón y la sal), e incluso pueden llegar a oponerse a dicha explotación alegando motivos culturales o económicos serios.

Otra de las políticas del Estado colombiano a favor de las comunidades indígenas afectadas por la explotación de minerales fue la creación de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas por medio del Decreto 1397 de 1996, el cual tiene dentro de sus disposiciones la siguiente: que ninguna obra, exploración o explotación, o inversión podrá realizarse en un territorio indígena sin previa concertación con las autoridades indígenas, las comunidades y sus organizaciones. Dicha concertación deberá hacerse en concordancia con la Constitución Política de Colombia, los instrumentos internacionales, las Leyes 160 de 1994, 191 y 199 de 1995, y las

¹²⁹ Decreto Ley 2655 de 1988.

demás que garanticen los derechos de los pueblos indígenas. El artículo 7 de este mismo Decreto señala:

No se podrá otorgar ninguna licencia ambiental sin los estudios de impacto económico, social y cultural sobre los pueblos y comunidades indígenas, los cuales harán parte del estudio de impacto ambiental. Los estudios se realizarán con la participación de las comunidades, sus autoridades y organizaciones.

Cuando de los estudios, o a consideración de la autoridad ambiental o del seguimiento con la participación de las comunidades afectadas, sus autoridades y organizaciones, se desprenda que se pueda causar o se esté causando desmedro a la integridad económica, social o cultural de los pueblos o comunidades indígenas, se negarán, suspenderán o revocarán las licencias, mediante Resolución motivada.¹³¹

Dentro de la legislación colombiana se encuentran regulados de manera autónoma los temas minero y petrolero, pero este último tiene la característica que no menciona la exploración y explotación que se lleve a cabo en territorios indígenas; siguiendo los lineamientos generales en materia de interpretación y aplicación de la Ley¹³² se ha entendido que este vacío al cual hemos hecho

¹³⁰ Decreto Reglamentario No. 710 de 1990.

¹³¹ Artículo 7. Decreto 1397 de 1996

¹³² Artículo 8. Ley 253 de 1887: "Cuando no hay Ley exactamente aplicable en el caso controvertido, se aplicarán las Leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

mención se suple con las disposiciones que al respecto encontramos en el Código Minero, tratándose el caso del petróleo como uno de los llamados recursos estratégicos.

Todas las disposiciones anteriores encuentran su fundamento en el párrafo del artículo 330 de la Constitución Política de 1991: “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 adopten respecto de dicha explotación el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

El Convenio 169 de 1989, ratificado por la Ley 21 de 1991, artículo 15, señala, siguiendo la misma orientación del artículo 330 de la Constitución, que: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras, deberán protegerse especialmente”. Prosigue el artículo a mencionar tales derechos, así: “[...] participar en al utilización, administración y conservación de dichos recursos”. Con el ánimo de otorgar mayor participación a las comunidades en los casos en que los recursos minerales pertenezcan al Estado¹³³, ordena a los gobiernos “[...] 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”. Por último,

¹³³ Como es el caso de Colombia. Constitución Política de Colombia, T XII, artículo 332: “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables. [...]”

refiriéndose a los beneficios económicos resultantes de la actividad, exige que “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 pueda sufrir como resultado de esas actividades”.

3.2.2. Marco Institucional. Son varias las instituciones a las que el gobierno colombiano le ha encargado llevar a cabo las políticas destinadas al manejo de los asuntos relacionados con las minorías étnicas afectadas por la explotación de recursos minerales.

- Ministerio de Minas y Energía: es el máximo órgano encargado de manejar la política minera y petrolera del país. Le corresponde dirigir el programa de delimitación y manejo de zonas mineras indígenas. Dentro de la reestructuración hecha al Ministerio por el Decreto 1141 de 1999 encontramos que se le da la función de “velar por el cumplimiento de las normas sobre protección, conservación y preservación de los recursos naturales y del medio ambiente, en los planes y programas desarrollados por el sector minero-energético” (artículos 3-13 y 5-30).
-

A cada una de las direcciones que conforman el Ministerio¹³⁴ se les dio la facultad de “coordinar las consultas previas que deban adelantarse con los grupos étnicos cuando los proyectos del subsector se pretendan desarrollar en áreas donde se encuentren ubicadas comunidades negras o indígenas” (artículos 9, numeral 18; 10, numeral 19; 11, numeral 22).

- Ministerio del Medio Ambiente: Con la Ley 99 de 1993 nació el Consejo Nacional Ambiental, organismo de coordinación y asesoría del Ministerio, el cual fue creado para velar por la coordinación intersectorial a nivel público de las políticas, planes y programas en materia ambiental y de recursos naturales provisionales. Este Consejo está integrado, entre otros, por un representante de las comunidades indígenas y otro de las comunidades negras. Dentro de las nuevas funciones que se le han asignado está la de: “Asesorar al gobierno nacional en el diseño de la política de participación ciudadana, con miras a promover y velar por la participación de los actores sociales, grupos étnicos y las organizaciones no gubernamentales en la definición y ejecución de planes y programas de fortalecimiento institucional para la gestión ambiental”.

- Dirección Nacional de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior: tiene la función de asesorar al gobierno en el empleo de las políticas relacionadas con comunidades indígenas, además de garantizar la protección de los

¹³⁴ Minas, Energía e Hidrocarburos.

resguardos y coordinar la realización de la consulta a estos pueblos sobre los proyectos que puedan afectarlos.

Tiene la facultad de “actuar como mediadores en los litigios entre dos o más parcialidades de diferentes resguardos, o, entre indígenas y personas o asociaciones, por razón de dominio, usufructo o explotación de las tierras o de los recursos naturales”.

- Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL-: es la empresa estatal que se encarga de manejar el petróleo y el gas.
- Mineralco: empresa adscrita al Ministerio de Minas, encargada, entre otros, de minerales como el oro, azufre, cobre, caliza y esmeraldas.
- Carbocol: empresa industrial y comercial del Estado encargada de la explotación del carbol.
- Ecocarbón: empresa encargada de manejar asuntos de la pequeña y mediana minería del carbón.
- Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa de Concertación: creada por el Decreto 1397 de 1996 para que ninguna obra, exploración o explotación, o inversión pueda realizarse en un territorio indígena sin previa

concertación con las autoridades indígenas, las comunidades y sus organizaciones.

3.3. POLÍTICA INTERNACIONAL

En el ambiente mundial hoy en día ha tomado mucha fuerza el tema de las minorías étnicas y los derechos que les corresponden.

Como se relató en el capítulo segundo, en las recientes Conferencias Internacionales que han tocado el tema de los derechos humanos y medio ambiente siempre existe un acápite dedicado a los indígenas y minorías étnicas, en el que se resalta la importancia de sus derechos como minoría, la protección de su identidad cultural y social además de la participación en la toma de decisiones que afecten o se relacionen con su entorno.

La posición más radical es la que ha manifestado Naciones Unidas a través de su informe presentado por la señora Erika-Irene Daes con ocasión del Decenio Internacional de Poblaciones Indígenas, en el que se manifiesta que la relación de estos pueblos con la tierra es algo más que la simple relación material ya que se traduce en una íntima relación espiritual, hasta el punto de sostener que su

persona no se agota en el cuerpo sino que se extiende a la tierra. De esta manera Naciones Unidas sostiene que cualquier actividad que implique separar a la comunidad del territorio que tradicionalmente han ocupado, implica un atentado contra la integridad cultural del pueblo. Se trata de una posición sobreprotectora de los Pueblos Indígenas, que deja de lado el estudio de otros factores importantes como el grado de vinculación y arraigo con el territorio, tratando el tema solo de manera general. Según Naciones Unidas, las minorías étnicas no son equiparables a los demás grupos humanos, pues para las sociedades desarrolladas la relación con la tierra es meramente económica, mientras que para los indígenas, como ya se ha mencionado varias veces en el desarrollo de este trabajo, es parte de su integridad.

Otro organismo internacional que ha tratado el tema muy de cerca es la Organización Internacional del Trabajo, quien a través de sus convenios ha dictado políticas a seguir en el trato de las minorías y sus derechos y muy particularmente en lo relacionado con sus territorios involucrados en proyectos industriales. Llegó a este tema mediante la defensa de los derechos sociales y económicos de grupos cuyas costumbres, tradiciones, instituciones o idioma los separaban de otros sectores de las comunidades nacionales.¹³⁵

Es muy importante la posición de este organismo en Colombia, pues el Convenio No. 169, cuenta con Ley aprobatoria colombiana, la cual delimita un marco de acción para desarrollar estas actividades, resaltando lo importante que es tener en

cuenta la opinión de las comunidades y sus necesidades, obligando a efectuar las conocidas consultas previas para poder adelantar proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios ocupados por estas minorías.

La postura de la OIT es un poco más flexible, pues según este Convenio la relación de las minorías con la tierra que ocupan es muy importante pero contempla eventos en los cuales se puede proceder a su reubicación con el consentimiento de los afectados, o en su defecto por medio de procedimientos legales previamente establecidos, los cuales en general establecen la necesidad de una consulta previa a la comunidad con el fin de conocer el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarle la explotación del recurso dentro de su territorio y señalar las medidas que se pueden adoptar para proteger su integridad. En ningún momento la Consulta les genera a la comunidad un derecho a veto, sino que simplemente otorga al gobierno los elementos de juicio para la toma de una decisión.¹³⁶

Por otro lado la Organización de los Estados Americanos, también se ha interesado en el tema. En su marco legal se encuentra la Convención Americana, la que solo se encarga de proteger derechos individuales, pero permite la aplicación de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en los cuales como ya lo hemos anotado se le da particular protección a los grupos étnicos. Además la OEA, consciente de la problemática actual con la comunidad

¹³⁵ NACIONES UNIDAS. Folleto Informativo No. 9. Rev. 1. Los Derechos de los Pueblos Indígenas.

¹³⁶ ECOPETROL. La consulta con minorías étnicas: una norma para el licenciamiento ambiental. Lima, agosto 24 de 1998.

U'wa por el proyecto del Bloque Samoré, inició un estudio en conjunto con el Centro para Asuntos Internacionales de la Universidad Harvard.

En dicho estudio¹³⁷, primero que todo se encargan de establecer los antecedentes y particularidades del caso Samoré, sus principales actores los cuales son los Grupos Indígenas, las Compañías Petroleras y Ministerios Direcciones y Agencias del Gobierno Colombiano; luego estudió el conflicto y sus fuentes para concluir con unas recomendaciones prácticas sobre la forma de proceder en este caso.

Dichas recomendaciones del Proyecto OEA/Harvard se pueden resumir así:

- Que las Compañías Petroleras se comprometan a suspender sus actividades para que se de un ambiente propicio para la negociación.
- Continuar el estudio sobre la conveniencia de la ampliación del resguardo U'wa, sin que esto se convierta en un medio de presión en la negociación.
- Moderación en los comentarios públicos que hagan los actores del conflicto que pueden afectar el proceso de negociación y crear resentimientos en las partes agravando las tensiones.

¹³⁷ MACDONALD, Theodore y SOTO, Yadira. Proyecto en Colombia de la Organización de los Estados Americanos y la Universidad Harvard: Observaciones y Recomendaciones sobre el caso Bloque Samoré

- Reconocimiento y respeto para el sistema U'wa de autoridad y liderazgo, puesto que si se ignora su sistema político y cultural tradicional se aumentarían las tensiones y se crearían confusiones.
- Concretización de un proceso de consulta bajo la responsabilidad del gobierno Colombiano, reiniciando actividades de aprovechamiento petrolero consultando a la comunidad bajo los parámetros del convenio 169 de la OIT.
- Preparación y asistencia técnica para los U'wa en cualquier consulta que se realice con ellos.
- Creación de un programa para promover una mayor comprensión mutua entre las partes.
- Creación de un programa para la prevención y/o Resolución de conflictos

Colombia también es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 74 de 1968. En el artículo 27 del Pacto se hace un reconocimiento expreso a las minorías y a sus derechos tales como tener su propia vida cultural, profesar su religión y emplear su propio idioma. De estos derechos es relevante para nuestro trabajo el que se refiere a la preservación cultural. Este Pacto ha tenido aplicación en otros países en los eventos de explotación de recursos naturales en territorios de minorías étnicas, llegando a la conclusión de que actividades en gran escala, expansión, y significativo impacto

cultural pueden llegar a constituir una violación de los derechos de estas comunidades. Esta fue la conclusión a la que se llegó al intentar la explotación minera en el área de Angeli – Finlandia, ya que la montaña en explotación es un sitio sagrado para la religión Sami, donde en tiempos antiguos los “*reindeer*” eran sacrificados, práctica tradicional desde hace décadas.¹³⁸

Estos son los lineamientos generales que se han dictado a nivel internacional para la explotación de los recursos naturales en los casos en que se presente conflicto de intereses con las minorías étnicas que puedan verse afectadas por los proyectos de la industria.

3.4. POLÍTICAS DEL ESTADO FRENTE A LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS

Como ya lo anotamos en capítulo anterior, por medio de la Ley 619 de 2000 se les da participación a los resguardos, en las regalías que se obtengan por la explotación de recursos en su territorio.¹³⁹

¹³⁸ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Documento sobre el Pueblo U'wa preparado para Colombia en el caso No. 11.754. 28 de abril de 1997.

¹³⁹ ...Véase numeral 2.3.1.5...

4. EXPERIENCIAS CONCRETAS

4.1. COMUNIDAD U'WA – EXPERIENCIA CON LA OCCIDENTAL.

La Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y la Compañía de Petróleos Cordillera S.A. “COPECO”¹⁴⁰, el 27 de agosto de 1991 suscribieron un contrato de Asociación para realizar la exploración y explotación de hidrocarburos del Bloque Samoré, inicialmente sobre una extensión de 185.688 hectáreas.

Así pues, el convenio original consistía en realizar estudios geológicos durante el primer año contractual, la adquisición de 50 kilómetros de sísmica durante el segundo y la perforación de un pozo exploratorio por cada año a partir del tercero hasta el sexto.

Al año siguiente, en el mes de mayo, se le sumó un área de 23.246 hectáreas a la extensión de tierra inicialmente pactado, de tal forma que el Bloque Samoré en

ese entonces comprendía un total de 208.504 hectáreas localizadas en los Departamentos de Arauca¹⁴¹, Boyacá¹⁴², Casanare¹⁴³, Norte de Santander¹⁴⁴ y Santander¹⁴⁵. De este total el 29% correspondía a los Parques Nacionales Naturales Cocuy y Tamá, el 20% a los resguardos de Cobaría, Tegría, Bókota y Rinconada; y las reservas indígenas de Tauretes y Aguablanca.

A raíz de lo anterior, la compañía asociada, en lugar de los 50 kilómetros, inicialmente convenidos, se obligó a realizar 75 kilómetros de sísmica. Y por otro lado, la Junta Directiva de ECOPETROL consintió en modificar la obligación exploratoria de perforar un pozo, correspondiente al tercer año contractual, por la adquisición de un programa sísmico de 200 kilómetros de longitud.

Así pues, con el contrato aparentemente listo, la empresa Occidental de Colombia solicitó ante el INDERENA¹⁴⁶, licencia ambiental para la Exploración Sísmica Samoré.

Sin embargo, por contratiempos en la obtención del permiso ambiental para realizar la sísmica correspondiente al segundo año contractual, la Junta Directiva

¹⁴⁰ La Compañía de Petróleos Cordillera S.A. "Copeco", como parte asociada de dicho contrato, está conformada de la siguiente manera: como operador, la compañía Occidental de Colombia con un 37.5% y por otro lado como socios, Shell de Colombia con un 37.5% y "Copeco" con un 25%.

¹⁴¹ Municipios de Saravena, Fortul y Tame.

¹⁴² Municipios de Cubará y Guicán.

¹⁴³ Municipio de Hato Corozal

¹⁴⁴ Municipios de Toledo y Chigatá

¹⁴⁵ Municipios de Cerritos y Concepción

¹⁴⁶ Autoridad ambiental de la época.

de la Empresa aceptó que se adquirieran simultáneamente los 275 kilómetros de sísmica correspondiente al segundo y tercer años contractuales, modificando además la fecha de vencimiento del tercer año hasta el 25 de octubre de 1995, dando aplicación a la cláusula de fuerza mayor.

En 1993 fue expedida la Ley 99, por medio de la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, autoridad que continuó con el trámite de la solicitud de licencia.

En obediencia al párrafo del artículo 330 de la Constitución Nacional, la Ley 99 de 1993 y la Ley 21 de 1991 que adoptó el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo "OIT", el 10 y 11 de enero de 1995 se llevó a cabo una reunión de información y consulta con el pueblo U'WA, en el departamento de Arauca, ya que algunas de las zonas del Bloque Samoré comprendían parte de sus resguardos indígenas. A dicha reunión asistieron representantes del pueblo indígena, de ECOPETROL, de Occidental de Colombia y de los Ministerios de: Minas y Energía y Medio Ambiente.

Con posterioridad a la consulta el Ministerio del Medio Ambiente profirió la Resolución Número 110 del 3 de febrero de 1995, otorgándole a la empresa Occidental de Colombia licencia ambiental para la realización de las actividades de "prospección sísmica del Bloque Samoré".

Los problemas con la comunidad indígena, aunados a los de orden público, impidieron que la Occidental de Colombia comenzara los trabajos del programa sísmico que sólo se pudieron adelantar seis meses más tarde.

Ante la anterior situación, la Junta Directiva de ECOPETROL tomó la determinación de modificar las fechas del vencimiento del tercer año y lógicamente la de los subsiguientes, para que la compañía asociada cumpliera con sus obligaciones contractuales. Así, el tercer año del Contrato de Asociación para realizar la exploración y explotación de hidrocarburos del Bloque Samoré finalizó el 23 de junio de 1996.

En efecto, después de seis meses, fueron desarrolladas las labores de prospección sísmica y se llevó a cabo el proceso tecnológico, que le permitió a la empresa Occidental de Colombia llegar a la conclusión de que sí se daban las condiciones para presumir que existen posibles acumulaciones de hidrocarburos en el subsuelo.

Pero a la finalización de la anterior tarea, le precedió una acción de tutela que promovió el Defensor del Pueblo, Jaime Córdoba Triviño, en representación de la Comunidad Indígena U'WA, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la Empresa Occidental de Colombia Inc. , para que se protegieran los derechos fundamentales de ese grupo, donde solicitaba la suspensión de la Resolución 110 del 3 de febrero de 1995, para que se le diera cumplimiento a la consulta previa, que a juicio del accionante había quedado inconclusa.

De esa tutela conoció en primera instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Penal, que con ponencia de la Honorable Magistrada Aida Rangel Quintero fechada el 12 de septiembre de 1995, amparó los derechos constitucionales invocados por el Defensor del Pueblo y declaró inaplicable la Resolución número 110 del 3 de febrero de 1995, por medio de la cual le había sido concedida la licencia ambiental a la empresa Occidental de Colombia, para llevar a cabo la labor de prospección sísmica en el Bloque de Samoré, por cubrir el territorio ocupado por el pueblo U'wa.

Esa decisión fue impugnada el 20 de octubre de 1995 y revocada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para finalmente en la Sentencia SU 039 del 3 de febrero de 1997 proferida por la Corte Constitucional, ser revocada y confirmar la decisión del Tribunal¹⁴⁷, otorgando treinta días contados a partir de la notificación de ese fallo, para que se llevara a cabo la consulta previa, solicitada por el Defensor del Pueblo en representación de la Comunidad U'wa, concediendo el derecho fundamental a la participación, a la integridad étnica, cultural, social y económica y al debido proceso, el cual estaría vigente, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronunciaba en relación con la nulidad de la Resolución 110.

¹⁴⁷ Es importante mencionar en este punto que la tutela no entró a revisión por la Corte Constitucional, sino que ante el recurso de insistencia presentado por la Defensoría de Pueblo, dicha Corte aceptó revisar la tutela.

Paralelamente a esa acción de tutela, la Defensoría del Pueblo había iniciado la acción de nulidad de la nombrada Resolución y con fecha 4 de marzo de 1997, el Consejo de Estado no concedió la nulidad, levantando la orden de inaplicación dada por la Corte Constitucional. Como para ese momento, la empresa Occidental de Colombia ya había terminado las labores de prospección sísmica¹⁴⁸, en octubre de 1998 solicitó licencia ambiental para la "perforación exploratoria", ante las probabilidades de existencia de hidrocarburos en el subsuelo del Bloque Samoré.

Resulta importante anotar que desde el año de 1993, la Comunidad U'WA, por intermedio de la Asociación de Cabildos Indígenas le había solicitado al Gobierno Nacional la ampliación de su territorio, por considerarlo necesario para el desarrollo de sus actividades culturales, administrativas y su supervivencia como etnia.

Esto dio lugar a que los Departamentos de Boyacá, Norte de Santander y Santander le solicitaran a la Pontificia Universidad Javeriana, la realización de un estudio socioeconómico y de tenencia de tierras que condujera a la confección del resguardo, como una necesidad sentida de los indígenas. Ese estudio, junto con las recomendaciones de la OEA, Harvard¹⁴⁹ de Estados Unidos, fue el que sirvió de base para la determinación de los límites del resguardo unido U'WA de hoy.

¹⁴⁸ Entre 1995 y 1996.

¹⁴⁹ El Ministerio de Minas y Energía, a través del Ministerio de Relaciones Externas, solicitó a la Secretaría General de la OEA una investigación *in situ* del conflicto entre los indígenas U'WA, y las compañías petroleras del Bloque Samoré. La Secretaría general de la OEA respondió esta solicitud designando un equipo conjunto denominado "Proyecto OEA-HARVARD", cuyas observaciones fueron analizadas por el gobierno colombiano. Este proyecto contó con la participación de la Unidad para la Promoción de la Democracia (OEA) y el Programa sobre Sanciones No Violentas y Supervivencia cultural de la universidad de Harvard.

Posteriormente el INCORA realizó un estudio complementario en abril de 1998, recomendando hacer un sólo resguardo indígena U'WA, con el fin de lograr la reconstrucción territorial y cultural de su etnia, con el fin de proteger su identidad, reproducción social y económica.

Fue así, que entre el 30 de diciembre de 1998 y el 14 de julio de 1999, la Pontificia Universidad Javeriana, los miembros del Cabildo mayor U'WA y el Ministro del Medio Ambiente, llevaron adelante un proceso que incluyó muchas conversaciones, para definir los límites territoriales del resguardo, en aras de garantizarle a esa comunidad indígena un territorio fundamental para su supervivencia.

Esto dio lugar a que el 19 de julio de 1999, las partes suscribieran el Acta de Acuerdo del Consenso entre el Ministerio del Medio Ambiente y el Cabildo Mayor U'wa, dejando de esa forma definidos los límites del resguardo. Esta acta fue presentada al INCORA, que profirió la Resolución número 0056 el 6 de agosto de 1999 ampliando el territorio U'WA de 61.891 hectáreas a 220.275 hectáreas.

El representante del Cabildo Mayor Roberto Pérez Gutiérrez, fue notificado de la mencionada Resolución, manifestando estar de acuerdo con el texto y renunciando a términos de ejecutoria, tal como se observa en manuscrito en el texto de notificación.

Hechos todos los ajustes limítrofes del territorio U'WA y de la localización definitiva del pozo exploratorio Gibraltar I, el 25 de agosto de 1999 el Ministro del Medio Ambiente solicitó una nueva certificación¹⁵⁰ sobre presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto Gibraltar, por lo que el 17 de septiembre de 1999, la Dirección Nacional de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior expidió la certificación ratificando que en el área de influencia directa del proyecto no existía presencia regular y permanente de comunidades indígenas, dando lugar a que se proferiera la Resolución 0788 el 21 de septiembre del citado año.

El 29 de septiembre de 1999 la Organización Nacional de Indígenas de Colombia ONIC formuló recurso de reposición contra la Resolución citada ante el Ministerio del Medio Ambiente y el 23 de noviembre siguiente, fue confirmada mediante la Resolución número 0997, la cual fue cuestionada por vía de tutela.

Así pues y de acuerdo con los anteriores acontecimientos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá resolvió revocar la sentencia del (29) veintinueve de marzo del año dos mil (2000), proferida por el Juzgado Once Penal del Circuito de esta ciudad y además negó por improcedente la acción de tutela.

¹⁵⁰ Puesto que ya existía una certificación del 22 de diciembre de 1998, expedida por el Director General de Asuntos Indígenas, informando que no se involucraban pueblos indígenas.

4.2. EXPERIENCIA CON LA COMUNIDAD ZENÚ Y LOS OLEODUCTOS.

4.2.1. Con Oleoducto de Colombia, S.A. Una de las experiencias más satisfactorias en lo que a negociación con comunidades indígenas se refiere, es la presentada entre la compañía privada Oleoductos de Colombia S.A y la comunidad indígena Zenú; siendo para muchos un proceso modelo por la forma en que se realizó.

A continuación haremos una breve reseña de lo ocurrido en construcción del Oleoducto Colombia.

Entre 1988 y 1989, cuando Oleoducto de Colombia S.A, con miras a iniciar la construcción del oleoducto llevó a cabo el trazado a pie, en la zona; se encontró que en ésta región, además de las extensiones de tierra pertenecientes a los grandes hacendados ganaderos, existían varias veredas habitadas por campesinos cordobeses, con los cuales había que entrar a negociar. Lo que no sabían era que muchas de estas veredas estaban conformadas por indígenas de la comunidad Zenú, y que parte del territorio por donde pretendían construir el oleoducto era un resguardo indígena habitado por cerca de 30.000 indígenas Zenúes. Esta confusión se produjo porque los títulos otorgados a esta comunidad sobre el resguardo por la Corona Española no eran conocidos. Sumado al hecho

de que en 1905 Rafael Reyes, por medio de la Ley 115 hizo desaparecer los resguardos, debido a que las comunidades indígenas los habían abandonado, desplazándose hacia algunas villas o “villorrios”, quedando entonces las tierras a nombre de los municipios, quienes las titularizaron y procedieron a enajenarlas a particulares.

Una vez enterado de esta situación, Oleoductos de Colombia solicitó al INCORA verificara si en realidad se trataba de un resguardo indígena; la respuesta fue afirmativa. Ante este hecho, se encaminó la negociación de una forma diferente, teniendo en cuenta que no era lo mismo tratar con campesinos que con una comunidad indígena asentada en un territorio de resguardo.

Las cosas se tornaron difíciles por cuanto la posición inicial de los indígenas era la de no permitir por ningún motivo el paso del oleoducto por su territorio, teniendo como argumento principal su preocupación por la propiedad de estas tierras.

Para esta época y desde los años 60 se estaba llevando a cabo, por la mayoría de tribus indígenas, el proceso de recuperación de tierras, que consistía en volver a ocupar las zonas que de forma irregular (según ellos) habían sido adquiridas por los blancos. Si el INCORA no les entregaba las tierras, estos procedían, por medio de la fuerza, a tomar posesión de ellas.

La Constitución de 1886 no habilitaba a los indígenas a negociar por si mismos, razón por la cual se necesitaba de una institución que representara sus intereses.

Para este caso fue FUNCOL (Fundación de las Comunidades Colombianas) la encargada de adelantar el proceso.

Según estudios, para el año 1989 estos indígenas contaban con un resguardo de cerca de 8.000 hectáreas, aunque ellos alegaban poseer mas de 83.000. El territorio realmente habitado comprendía parte de San Andrés de Sotavento, Chinú y Sahagún.

Los indígenas Zenúes se encuentran organizados en un Cabildo Mayor y varios Cabildos Menores. El primero conformado por el Cacique y sus consejeros, encargado de tomar las decisiones fundamentales para la comunidad. A la cabeza de los cabildos menores se encuentra un Capitán. El Cacique es elegido democráticamente para períodos determinados.

Cuando entre los indígenas y la empresa existía prácticamente un acuerdo, ocurrió lo que podría llamarse un golpe de Estado dentro de la comunidad Zenú, dejando como consecuencia un cambio de cacique, el cual hizo variar el rumbo del proceso al exigir como condición principal el que se hiciera una negociación de tierras, aspecto este que demoró aún mas el proceso puesto que para ello era necesario seguir tres etapas, a saber:

- Encontrar los títulos.
- Traducirlos.
- Medir los terrenos consignados en estos títulos.

Los títulos se encontraron finalmente en Sahagún. El siguiente paso era su traducción, puesto que se encontraban en castellano antiguo. Una vez hecho lo anterior se procedió a la medición de las tierras, lo cual presentó un problema adicional, la conversión de las medidas de la época a las medidas actuales. Para hacer el respectivo levantamiento topográfico los indígenas nombraron una comisión de verificación, quienes además de constatar que la medición se llevara de una manera correcta, se iban a encargar de guiar a los ingenieros por la zona.

Una vez desarrollado lo anterior, se definió un derecho de vía (consistente en dar a los propietarios de los terrenos una cifra como pago por los daños ocasionados y por el derecho de servidumbre) sobre el corredor del oleoducto, dividido así: un 70% correspondiente a la indemnización por daños causados por la construcción del oleoducto, y el 30% restante como contraprestación al derecho de servidumbre legal petrolera de ocupación permanente y tránsito.

El principal problema al que se enfrentaba Oleoducto de Colombia S.A era la dualidad de títulos existente sobre estos terrenos; por una parte se encontraban los títulos en cabeza de los indígenas y por otra los correspondientes a los propietarios privados que los adquirieron con posterioridad. Como no era labor de la empresa entrar a decidir sobre la validez de los mismos y cuál primaba sobre el otro, optaron por negociar con ambas partes. Cabe recordar que en este caso, el negociador en representación de los indígenas era FUNCOL.

Al existir la duplicidad de títulos, el problema era saber a quién se le reconocería este derecho de vía. La empresa, para solucionar esto, le propuso a FUNCOL la siguiente salida: que en representación de la comunidad Zenú se instaurara una demanda contra Oleoducto de Colombia S.A para, con base en sus títulos y registros, reclamar el derecho de propiedad sobre los terrenos, incluso les ofrecieron toda la ayuda que necesitaran para este proceso; la respuesta de FUNCOL fue negativa, alegando que esto podría traer violentas consecuencias sociales.

Oleoducto de Colombia S.A prefirió pagar tanto a los indígenas como a los blancos la suma total. Con los últimos no hubo problema, ya que se les pagó el dinero por daños y se inscribió el derecho de servidumbre en las escrituras de los terrenos; en cambio, con los indígenas este último punto presentaba un inconveniente, estos no tenían el uso sobre esas tierras, impidiendo reconocerles ese derecho de servidumbre. Se acordó pagar ese 30% en dinero, pero no como contraprestación del derecho de servidumbre, sino para que lo invirtieran en las obras que necesitaran.

Es importante analizar una de las razones que para nosotros y para quienes participaron en la negociación fue trascendental en el éxito de la misma, nos referimos a uno de los rasgos que caracterizan a esta comunidad indígena, hablamos pues de lo abiertos que han sido para recibir la influencia de nuestra cultura. Contrario a lo que ocurre con muchas comunidades, los indígenas Zenúes se han desarrollado de una manera similar a los campesinos de la región,

facilitando así la comunicación y el consecuente entendimiento a la hora de negociar. Esto se evidenció en su interés por programas de desarrollo social, tales como, construcción de escuelas, puestos de salud, desarrollo agrícola, etc.

De gran beneficio fue para la cultura Zenú el haber tratado con Oleoducto de Colombia S.A, porque al llegar esta empresa, se encontró con una comunidad poco desarrollada, que se interesaba mas por la recuperación de las tierras que por el desarrollo de las mismas, basándose en una agricultura primaria, llegando al punto de alimentarse solamente de los árboles frutales de la zona, lo que obviamente traía como consecuencia un alto grado de desnutrición en ellos.

Como resultado de las negociaciones, encontramos que la comunidad recibió dinero que pudo invertir en programas de producción y generación de ingresos y empleo, consiguiendo la tecnificación de un producto tradicional en ellos como lo es la “caña flecha”, de la cual se obtiene el material con el cual elaboran los llamados “sombreros vueltiaos”, característicos de esta zona del país; e iniciar la cría de babillas, una de sus fuentes de alimentación.

En este proceso de negociación no se presentó el problema de la transculturización al entrar de lleno la empresa a construir el oleoducto debido a que los Zenúes tienen demasiados rasgos de la cultura “blanca”, tanto que es casi imposible diferenciar a un campesino cordobés de un indígena Zenú. Una forma de aceptar la entrada de los constructores fue solicitar dentro de los puntos de la negociación el que ellos fueran contratados como mano de obra no calificada.

El oleoducto se terminó de construir en 1992. Para esa fecha Oleoducto de Colombia S.A tenía una sede en Montería; en la región de Antioquia por donde pasaba el corredor del oleoducto empezaron las voladuras a éste, con las lógicas consecuencias que podía traer a los habitantes del sector. Pero como una muestra de las buenas relaciones que se habían tejido entre la empresa y la comunidad indígena, fueron precisamente estos últimos los que se encargaron de ir hasta Montería y denunciar con nombres propios a quienes estaban sembrando el pánico en la región y que ahora pretendían dinamitar un tramo cerca de Chinú, gesto que sin duda favoreció enormemente la comunicación futura entre las partes.

En el año 1994 se produjo una masacre de indígenas de esta zona, dentro de los cuales estaban el Cacique Malo (quien participó durante las negociaciones anteriores) y varios de sus consejeros.

Por esa misma época se hizo necesaria la construcción de un nuevo oleoducto, que atravesara exactamente la misma zona que el primero, porque el mismo no era suficiente para recibir el crudo proveniente de Cusiana. Era pues indispensable entrar a negociar nuevamente, pero se presentaba un aspecto importante, fue precisamente el hecho de que en Colombia ya existía una nueva Constitución, la cual modificaba el procedimiento a seguir. El Ministerio del Medio Ambiente exigía una Consulta Previa dentro de la comunidad, y así se hizo, planteándose allí inquietudes, soluciones, propuestas, etc. concluyendo con actas

levantadas por el Ministerio, la Defensoría del Pueblo y por la Oficina de Asuntos Indígenas.

4.2.2. Con Oleoducto Central, S.A. – OCENSA - Ahora los Zenúes se encontraban mejor preparados para afrontar esta negociación, tenían cuatro concejales, conocían claramente sus derechos y tenía unas propuestas muy concretas sobre lo que esperaban. La empresa Oleoducto Central S.A - OCENSA les presentó el proyecto, y los indígenas plantearon sus inquietudes, las cuales ya no se basaban en su problema de tierras sino en el cuidado del medio ambiente, lo que sin duda se puede considerar como una evolución en lo que al fondo de la negociación y a sus objetivos se refiere. Precisamente como respuesta a lo anterior se hicieron algunas modificaciones en el trazado inicial del oleoducto.

Es importante resaltar dentro de este cambio de actitud de los indígenas el que para este segundo proceso hayan solicitado que para las conversaciones no existiera ningún intermediario, prescindiendo así de FUNCOL, quien anteriormente había representado sus intereses; siendo esto una clara señal de la disponibilidad de esta comunidad al diálogo.

Una primera conclusión puede ser que la negociación fue relativamente sencilla gracias a la actitud que presentaron los Zenúes, pues resultaron muy abiertos al diálogo, precisamente por el nivel de civilización que han alcanzado, y es este el

punto que diferencia este proceso de los realizados con otras comunidades, las que para bien o para mal tienen características autónomas tales como un idioma propio, costumbres autóctonas, poco contacto con los blancos, que sin duda hacen de las negociaciones algo complicado para las dos partes intervinientes.

La situación de los indígenas Zenúes actualmente es la misma en lo que al problema de las tierras se refiere; sigue existiendo la duplicidad de títulos, se encuentran por un lado los títulos de los propietarios privados, y por otro los que otorgan esas tierras a la comunidad indígena, sin que se vea por ahora una solución a ello. Sobre el tema de la viabilidad de una reforma agraria en esta zona la opinión de la generalidad es que ésta sería inaplicable porque el dividir los terrenos en extensiones mucho más pequeñas afectaría la ganadería a gran escala que sin duda es más conveniente porque disminuye costos y hace más eficaz el proceso de producción, derivando esto en un menor precio de venta al público del bien final; pero en últimas, todo esto depende de las políticas de Estado en este tema.

4.3. EXPERIENCIA CON COMUNIDADES NEGRAS

Para hablar de comunidades negras es preciso aclarar que se les denomina negritudes o comunidades afro-colombianas.

En la Constitución del 91 el constituyente, mediante el artículo transitorio 55, ordenó al congreso expedir una Ley para reconocer las comunidades negras el derecho de propiedad sobre tierras baldías que hayan venido ocupando; esta Ley también establecería los mecanismos de protección de la identidad cultural y derechos de dichas comunidades.

Oleoducto Central S.A - OCENSA se disponía a realizar la construcción de un oleoducto para transportar el crudo extraído de Cusiana; para tal efecto debía tramitarse ante el Ministerio del Medio Ambiente la licencia ambiental para la construcción del mismo. En una visita hecha por el Ministerio a la zona del oleoducto se detectó la presencia de comunidades afro-colombianas en el sector de Antioquia y en el de la Costa Caribe (Coveñas).

Esto ocurrió cuando todavía no se había expedido la Ley que desarrollaba el artículo transitorio en mención. Al no existir esta norma el Ministerio optó por exigir un permiso previo otorgado por las negritudes para poder llegar a negociar con ellos algunos aspectos como el impacto en la zona, el manejo que se le daría al mismo, etc.

El argumento de OCENSA era el sostener que no se trataba de una comunidad negra a la luz del artículo transitorio. Se esperaba que la Ley se fijara en una realidad histórica para determinar el concepto de comunidad negra, esta no era otra sino tener en cuenta que los verdaderos asentamientos de negros se crearon

por el desplazamiento de éstos, al obtener su libertad después de la época de la Colonia, hacia territorios que tuvieran las mismas condiciones de su hábitat natural, fue por ello que se ubicaron, entre otras, en la Costa Pacífica, Costa Atlántica y en la Cuenca del Río Patía. Parecía claro que otros desplazamientos ocurridos en el siglo XX producidos por factores diferentes al anterior, como por ejemplo el que se daba hacia sectores de producción, a los cuales las negritudes concurrían de igual forma que los blancos, es decir, por un beneficio económico, dejando a un lado sus tradiciones, no quedarían incluidos dentro del concepto de lo que la Ley 70 consideraría comunidad negra protegida.

Sin embargo, esta Ley no tuvo en cuenta lo anterior a la hora de definir comunidad negra protegida, es decir, paso por alto conceptos como tradición, cultura, producción y posesión de tierras; teniendo en cuenta únicamente el concepto étnico, llegando a convertirse en una Ley racista, pues entró a dar un tratamiento diferente a las personas de color que por años habían convivido con blancos en igualdad de condiciones.

OCENSA se asesoró de unos consultores, entre los cuales se encontraba un genetista, que se encargarían de darle argumentos al Ministerio del Medio Ambiente para que marcara las directrices de este proceso.

El paso a seguir fue obtener la licencia previa; allí se encontraron con dos inconvenientes: el primero era que los afro-colombianos no tenían claramente

delimitados sus territorios; y, además, en las zonas que habitaban casi siempre se presentaba una mezcla racial, convivían indistintamente blancos y negros.

El concepto que se esperaba tuviera en cuenta la Ley 70 para definir comunidad negra protegida era el que las negritudes habitaran un Palenque, pues este es la máxima expresión de lo que es una comunidad afro-colombiana, en donde se conservan todas sus tradiciones. En Colombia tan sólo podemos hablar de la existencia de dos Palenques, estos se encuentran ubicados en Cartagena y Tumaco.

Para el tema de las Consultas Previas primero se habló con el Ministerio del Medio Ambiente, el cual los envió al Ministerio de Gobierno, quien a su vez los devolvió al de Medio Ambiente, en resumen, en Colombia nadie sabía a ciencia cierta cómo manejar el concepto de las consultas previas con las comunidades afro-colombianas, por qué se hacían y cómo se reconocían.

Por recomendación del Ministerio de Gobierno la empresa entró a estudiar casos similares ocurridos con anterioridad, se analizó el poliducto que ECOPETROL pensaba construir entre el puerto Bahía Málaga y Buga para entrar combustibles al sur del país (Valle - Cauca y Nariño). Existía para esa época (1992) una línea entre Buenaventura y Yumbo, pero se buscaba construir una red de distribución más amplia.

Esta nueva línea estaba planeada sobre zonas muy complejas, pues habitaban diversidad de grupos étnicos, entre ellos varias comunidades negras. Este proyecto no se pudo llevar a cabo dadas las anteriores dificultades y se decidió hacer una línea paralela a la ya existente entre Buenaventura y Yumbo.

OCENSA habló con los integrantes de este fallido proyecto con el fin de reunir las experiencias por ellos vividas y aplicarlas al caso en cuestión.

El problema a la hora de entrar a negociar con las negritudes es que ellos no tienen una organización que muestre una cabeza visible que represente los intereses de la comunidad, como si ocurre con las comunidades indígenas. Tan sólo se habla de Consultivas, que están conformadas por grupos de negros integrantes de la comunidad afro-colombiana.

Las Consultivas nacieron movidas más por un interés político que por una razón social, pues las personas que impulsaron su creación se dedicaban a divulgar la Ley 70 y los beneficios que esta traería a las comunidades, utilizando esto como plataforma política para una futura elección a un cargo público. Había una división en el territorio colombiano que permitía la existencia de varias consultivas, encontrándose así las consultivas de la costa Atlántica, Pacífica, de Antioquia, etc.

Dentro del proceso de negociación entre OCENSA y las comunidades negras se realizaron varias audiencias públicas, que se caracterizaron por su falta de organización. Participaron de ellas las Consultivas de Antioquia y de la Costa

Atlántica, firmándose un convenio con cada una, en donde la empresa se comprometía a otorgar sumas de dinero que se utilizarían para divulgar la Ley 70 en talleres supervisados por emisarios de OCENSA, dejando a un lado temas importantes como el cuidado del medio ambiente. Se evidencia aquí que los intereses que impulsaron la negociación en las negritudes no fueron precisamente los que el legislador pretendió.

De esta experiencia se puede concluir que la Ley 70 de 1993 antes de resolver los problemas raciales a los que pudiera enfrentarse el país, lo que hizo fue abrir la posibilidad que se genere en realidad un problema de este tipo pues el concederle privilegios a un grupo de personas que por años han gozado de los mismos derechos del resto de la comunidad lo único que hace es acabar con esa igualdad existente y puede dar origen a un racismo en doble vía, los negros al querer acceder a esos privilegios empezarán a rechazar a otras razas, y por su parte, las demás etnias no estarán satisfechas con que a los negros, por el sólo hecho de serlo, se les otorguen beneficios.

Puede entenderse que la intención que mueve al legislador en temas de protección a minorías étnicas es la de resarcir los perjuicios que se causaron a éstas a través de la historia, sin embargo las medidas tomadas han sido exageradas, concediéndoles privilegios que antes que zanjar lo que hacen es revivir los enfrentamientos culturales del pasado que la misma historia se ha encargado de borrar.

CONCLUSIONES

La historia sobre la propiedad del subsuelo, se remonta al Derecho Romano, cuando en virtud del principio de la accesión, el dueño del suelo era igualmente propietario del subsuelo. En la estructura jurídica del Derecho Español, se sostuvo un concepto de propiedad dual. Luego, durante la Época Colonial, en algunos momentos se trabajó sobre un concepto dual de propiedad, ya que el soberano era propietario de algunas minas y otras, eran de propiedad particular. Finalmente, durante la Época Republicana se logra definir el tema, a través de un Reglamento de Minas del 24 de octubre de 1829, conocido como Decreto de “El Libertador”, que otorga al Estado la propiedad sobre los recursos naturales no renovables, con lo cual no queda duda que la propiedad del subsuelo pertenece al Estado.

Durante la Época Federal, dado que cada uno de los Estados Soberanos tenía su propia legislación sobre las minas que no eran de propiedad de la República Federal, se presentó que algunos de ellos, entregaron la propiedad del subsuelo a los dueños del suelo.

En 1873 se expide la Ley 106, Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia, con la cual se pretende unificar los criterios existentes y proteger a la Nación

frente a la política minera individualista que imperaba en ese momento. Con la entrada en vigencia de este Código, se establece que en las adjudicaciones de baldíos que celebrara el gobierno nacional no se entendería entregada la propiedad del subsuelo. A partir de este momento, solo podían alegar tener propiedad sobre el subsuelo, quienes lograran acreditar que el bien había salido del patrimonio del Estado antes de 1873 y que existía una cadena ininterrumpida de títulos sobre el mismo, lo que se ha denominado “Prueba Diabólica”. De ahí la importancia de este Código Fiscal en la evolución legislativa minera de nuestro país, pues definitivamente éste determina que la propiedad del subsuelo corresponde al Estado.

Como caso particular y especial hay que mencionar la propiedad adjudicada sobre el subsuelo de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana. Este es un caso ajeno a la legislación petrolera, pues la propiedad del subsuelo sobre estos territorios fue consecuencia de una relación contractual por denuncia de bien oculto, de esta forma observamos que la propiedad privada sobre hidrocarburos puede provenir de legislación petrolera o por expresa disposición del gobierno.

Al examinar la evolución legal en lo referente a la titularidad del dominio del subsuelo, proferida a finales del siglo XIX y durante el siglo XX, son de gran importancia las siguientes normas:

- Constitución Política de 1886, la cual en su artículo 202 consagraba el principio consistente en que las minas son patrimonio de la Nación, dejando a salvo los derechos constituidos a favor de terceros.
- La Ley 20 de 1969 que reitera el principio anterior, y se hace énfasis en que también los yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación.
- La Ley 20 de 1969 fue interpretada con autoridad por la Ley 97 de 1993, la cual reconoció la excepción de propiedad privada sobre hidrocarburos, pero siempre y cuando existan “derechos constituidos a favor de terceros, y por esto se debe entender las situaciones jurídicas subjetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva y en ejercicio de los cuales se hayan descubierto uno o varios yacimientos”.

Tanto el Decreto Reglamentario 1994 de 1989 como la Ley 97 de 1993, fueron demandados ante el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, ambas Cortes encontraron ajustadas tanto a la ley, como a las Constituciones Políticas de 1886 y 1991, las dos normas.

La Ley 20 de 1969 ha sido considerada como una de las normas fundamentales de la legislación minera y petrolera en Colombia; se orienta a reafirmar la titularidad de la totalidad del subsuelo por parte de la Nación, y armoniza las normas legales sobre la propiedad del subsuelo con las constitucionales

referentes al patrimonio nacional y a la función social de la propiedad, logrando que prevalezca el interés público sobre el particular, tal como debe ser.

Al promulgarse la Constitución de 1991 se reitera que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables.

En relación con la industria del petróleo, tener claridad sobre este principio es una necesidad, ya que el objeto de esta industria es la exploración, explotación y transformación de los hidrocarburos, que por su condición de recursos naturales no renovables estratégicos para la vida de los países, hacen que su manejo no pueda dejarse solo en manos de los intereses particulares, pues ello atentaría contra el postulado de justicia social consagrado en nuestra Carta Política.

Definido el tema de la propiedad del subsuelo, pasamos a relacionarlo con el tema de las minorías étnicas, y especialmente con los indígenas, porque con ellas se ha presentado alguna discusión sobre los terrenos que habitan cuando se ha encontrado petróleo, y el Estado en virtud de su soberanía ha realizado negocios sobre ellos y ha ejercido actos de señor y dueño, como efectivamente lo es.

La nueva Constitución en el año de 1991, reconoce que nuestro país es una República Unitaria, pero que acepta y defiende el pluralismo, permitiendo a cada grupo minoritario expresar sus ideas, vivir acorde con sus creencias religiosas, culturales y sociales, etc. Es así como el concepto de diversidad y multiculturalismo adquieren resonancia.

Se ha dado un desarrollo normativo que podemos caracterizar de proteccionista en relación con las minorías étnicas, especialmente frente a los indígenas. En virtud de los principios de diversidad, autonomía, pluralismo, han sido otorgados a las minorías derechos que, en muchos casos tienen el rango de constitucionales, a través de los cuales estas poblaciones han tenido la oportunidad de vivir en consonancia con sus costumbres, se les ha creado canales de participación, e inclusive hoy en día la misma Constitución habla de Entidades Territoriales Indígenas, las cuales tendrían los mismos derechos que los municipios a participar, entre otros beneficios, de las regalías petroleras cuando en su zona se desarrolle un proyecto petrolero; lo cual estará sujeto a la expedición de la Ley de Ordenamiento Territorial. También se incluyen una serie de prerrogativas que garantizan su integridad cultural, social y económica, vale la pena destacar la que consagra a los resguardos indígenas como propiedad colectiva de carácter inalienable.

Compartimos el planteamiento anterior en razón a la coherencia que se establece con los principios filosóficos e ideológicos de nuestra constitución, la cual pregona los principios de igualdad y justicia social. Pero, de igual forma nuestra Constitución establece la prevalencia del interés público y general sobre los intereses privados. Lo resaltamos, porque cuando se presenta una situación en la que entran en tensión dos principios o derechos de rango constitucional, como el de diversidad étnica y el del interés general, no debe haber la menor duda que primará el de mayor jerarquía, y en este caso específico está por encima el interés

general. Esto ha sido ratificado y reiterado en varias ocasiones por nuestra Honorable Corte Constitucional en diversas sentencias que se tuvo oportunidad de analizar y estudiar en el presente trabajo.

En el marco internacional encontramos la posición más radical en cabeza de Naciones Unidas, que al dar una protección a los indígenas, olvida lo relevante que es el desarrollo económico y el interés general de los demás habitantes del país, además tampoco evalúa aspectos como la extensión, expansión e impacto de un proyecto de explotación y exploración de recursos naturales no renovables sobre territorios indígenas. Es un poco más flexible la posición que ha tomado la Organización Internacional del Trabajo, que a través de sus Convenios ha ideado fórmulas que permiten una solución más práctica, como son las Consultas Previas a la Comunidad y la necesidad de seguir procedimientos legalmente establecidos para cuando su traslado sea absolutamente necesario.

Afortunadamente, los mecanismos planteados por la OIT, son parte de nuestra legislación, y se constituyen en una gran herramienta para la exploración y explotación del recurso petrolero en territorio indígena, conciliando los intereses de las comunidades indígenas con el interés público y general.

Es indudable los avances que se han dado a raíz de la promulgación de la Constitución de 1991 en relación con el tratamiento de las minorías étnicas, especialmente con los grupos indígenas, a quienes se les ha otorgado especiales mecanismos de participación, sobre todo en lo referente a programas y proyectos

sociales y del medio ambiente. Colombia sin lugar a dudas, ha experimentado un vuelco total desde el punto de vista de su legislación frente a estos grupos, pasó de ser un Estado que poco o nada reconocía a estas comunidades, para convertirse hoy en uno de los estados con un ordenamiento jurídico que contiene tal vez uno de los sistemas legales más modernos y completos en cuanto al reconocimiento y protección de minorías étnicas.

Esta evolución ideológica y legislativa se ha concretado en las políticas de estado de los gobiernos, quienes han plasmado en los planes nacionales de desarrollo la intención de buscar a favor de los grupos indígenas la defensa y el fortalecimiento de los derechos étnicos y culturales, tal y como lo ordena la constitución y las leyes

Analizando algunos de los procesos de negociación en los cuales se involucraron minorías étnicas, podemos darnos cuenta de la influencia que en estos procesos tiene el mayor o menor grado de acercamiento de estas comunidades con nuestra sociedad, porque sin duda alguna, de ello depende su comportamiento. En el caso de la negociación entre Oleoductos de Colombia y los indígenas Zenúes, observamos que al ser éstos prácticamente iguales a los campesinos de la zona, su preocupación era la propiedad de las tierras que ocupaban o pretendían ocupar y la forma de obtener su sustento; mientras que tratándose de grupos étnicos con menor o ningún contacto con la civilización, los problemas pueden llegar a ser mayores, pues su posición varía entre peticiones que en ocasiones se salen del marco de lo posible, hasta negativas rotundas a ciertos procesos, amenazando

incluso con quitarse la vida si estos continúan, como fue el caso de la comunidad indígena U'wa.

Se hace necesaria la definición de las zonas que se encuentran ocupadas por indígenas y por negritudes, y la forma de determinar si sus habitantes pueden considerarse una minoría étnica protegida para efectos de la política que deba emplearse en los proceso de negociación. En la medida que uno de los grandes problemas a los que se enfrentan las empresas petroleras y el Estado, es la dificultad de tratar con ciertas comunidades, que a simple vista pertenecen al grupo mayoritario poblacional del país, y que solamente por motivos legales deben recibir un trato privilegiado, creándose un tratamiento diferencial donde originalmente no lo había.

Es importante el diseño de una nueva regulación legal en los temas relativos a negociación entre comunidades indígenas o negras y empresas dedicadas a la extracción, explotación y transporte de recursos del subsuelo, pues la existente adolece de varias fallas y omisiones que no permiten conseguir los objetivos inicialmente buscados, concluyendo muchas veces, en procesos cuyo resultado son peticiones de las minorías que no están relacionadas con la protección de su identidad étnica y cultural, o con la defensa del medio ambiente, sino que están orientadas por móviles económicos o políticos; estas peticiones obligan usualmente, al Estado y a las empresas interesadas a otorgar concesiones de ese tipo.

Verdaderamente todos estos aspectos son determinantes para la toma de una decisión, la cual solo será justa y adecuada si consigue respetar los derechos de las minorías étnicas y cooperar al desarrollo económico, respondiendo de esta manera a la preponderante política de nuestros tiempos del Desarrollo Humano Sostenible.

BIBLIOGRAFIA

ARAMBURO, José Luis. Curso de Derecho Minero. Bogotá: Editorial Temis, mayo de 1984. 2ª ed.

ARCE ROJAS, David. Historia del Petróleo. En: Universitas: Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana. No. 92 (junio de 1997).

----- La Propiedad del Subsuelo en Colombia. Comentarios sobre le Caso Cusiana. En: Universitas: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. (1994).

----- Marco Constitucional de los Recursos Energéticos. En Universitas: Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana. No. 89 (diciembre de 1995).

ARIAS MEJIA, Gerardo. Derecho Minero Colombiano. Librería Siglo XX. Bogotá, 1943.

BAHAMON, Alvaro. Derecho de Minas y Petróleos. Bogotá: Ed, Legis, 1988.

CAICEDO, Bernardo. Bienes Ocultos y Dominio Privado. Ed, Kelly, 1953.

CASTILLO, Diana y ZAMBRANO, Nubis. Reunión del Grupo de Trabajo de Relación con las Comunidades Etnicas. Montevideo – Uruguay. 10 – 11 de mayo de 2000.

DÍAZ ROMERO, Ginna; MORALES LOURIDO, Diana Patricia. Desarrollo Legislativo de las Diversidades Étnicas en el Derecho Colombiano. Bogotá, 1999. Trabajo Para Optar el Título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Económico.

FRIEDE, Juan. Fuentes Documentales Para la Historia del Nuevo Reino de Granada. Bogotá: Biblioteca Banco Popular.

FUNDACION ZIO - A'Í, Unión de Sabiduría. Plan de Vida del Pueblo Cofán y Cabildos Indígenas del Valle del Guamuez y San Miguel (Putumayo – Colombia). Mesa Permanente de Trabajo por el Pueblo Cofán. Marzo de 2000.

GONZALES RODRIGUEZ, Miguel. Derecho Contencioso Administrativo. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1985.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Guillermo. De los Chibchas a la Colonia y a la República. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura, 1975

IDEADE. Estudio Socioeconómico, Ambiental, Jurídico y de Tenencia de Tierra por la Constitución Nacional del Resguardo Unico U'wa. Facultad de Estudios Ambientales y Rurales de la Universidad Javeriana.

LONDOÑO ORTIZ, Joaquín. Estudio de la legislación Minera Colombiana.

LOURIDO DUQUE, Patricia. Propiedad del Subsuelo Colombiano. Bogotá, 1988. Trabajo para optar por el título de abogada. Pontificia Universidad Javeriana.

MACDONALD, Theodore y SOTO, Yadira. Proyecto de Colombia de la Organización de los Estados Americanos y la Universidad Harvard: Observaciones y Recomendaciones sobre el caso Bloque Samoré

MAYORGA GARCÍA, Fernando. Pervivencia de Derecho Español durante el siglo XIX y Proceso de Codificación Civil en Colombia.

MENA QUEVEDO, Margarita. Código de Petróleos y Recopilación de las Normas que lo Adicionan, 1990. 2ª ed.

MOLINA, Juan C. Tratado Teórico y Práctico del Derecho Minero Colombiano. Bogotá: Edición El Igueina, 1952.

NARANJO VLADIMIRO, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1991.

PALACIOS MEJIA, Hugo. Introducción a la Teoría del Estado. Bogotá: Editorial Temis, 1965.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Fuero Indígena Colombiano, Santafé de Bogotá: Editorial Presidencia de la República, 1990.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, España: Editorial Espasa Calpe, S. A., 1992. Vigésima primera ed.

RENAN, Ernesto. ¿Qué es una nación?. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

RIVADENEIRA, Luis Mario. Evolución y Crítica del Derecho de Minas Colombiano. Bogotá: Editores y Distribuidores Rivadeneira y Cía. Ltda., 1977.

ROLDAN, ORTEGA, Roque. La Cuestión Indígena en Colombia, Breves Reflexiones Sobre el Tema con Hincapié en la Situación Territorial y de Derechos Humanos.

----- Roque. Mesa de Concertación y Comisiones de Derechos Humanos y de Tierras, Sobre Pueblos Indígenas en Colombia. Organización Internacional del Trabajo. Noviembre de 1997.

SANCHEZ, Enrique; ROLDÁN, Roque y SÁNCHEZ, María Fernanda. Derechos e Identidad. Los pueblos Indígenas y Negros en la Constitución de Colombia de 1991. Santa Fe de Bogotá: Editorial Disloque Editores, 1993.

SANTOYO JIMENO, Gladys; CORREA C, Hernán; VAZQUEZ LUNA, Miguel. Derechos de los Pueblos Indígenas de Colombia, Pluralismo Jurídico y Autonomía

----- Hacia el Reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas, Conceptos de la Dirección Nacional de Asuntos Indígenas. Dirección Nacional de Asuntos Indígenas, 1998.

SANTOYO JIMENO, Gladys. Gestión Sobre los Pueblos Indígenas. Período 1996 – 1997, Informe Para las Memorias del Congreso de la República, Mayo de 1997.

----- Programa Sistema de Información Legislación Indígena Nacional, Manual de Usuario. Consejería de la Política Social, Presidencia de la República, Julio de 1998.

SARRIA, Eustorgio y SARRIA BARRAGAN, Mauricio. Derecho de Minas. Universidad de Caldas, 1985.

SERRANO Suñiga, José María. Investigaciones Jurídicas sobre Baldíos. Manizales: Editorial Zapata.

VALDERRAMA PUERTO, María Cristina. Política y Contratación del Petróleo en Colombia. Bogotá, 1985. Tesis de grado.

VALENCIA ARANGO, JORGE. Derechos Adquiridos. Bogotá: Ediciones El Profesional, 1983.

VEJARANO, Sueño. Proyección Jurídica del Indeginismo. Bogotá: Universidad del Rosario, 1985.

WADE, Peter. Gente Negra, Nación Mestiza. Dinámicas de las Identidades Raciales en Colombia. Editorial Universidad de Antioquia.

ZAPATA OLIVELLA, Manuel. Las claves mágicas de América (raza, clase, cultura. Editorial Plaza y Janes, 1989.

Z O, Manuel. Levántate Mulato "Por Mi Raza Hablará el Espíritu". Editorial Rei Andes, 1990.

JURISPRUDENCIA

CIRCUITO DE BOGOTA, JUEZ ONCE PENAL. Tutela Ref. No. 20000009 del 29 de marzo del 2000. Pueblo U'wa contra el Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio del Interior y Occidental de Colombia.

CONSEJO DE ESTADO. Acción de Nulidad contra el Decreto 1994 de 1989, reglamentario de la Ley 20 de 1969. Sentencia del 17 de noviembre de 1994.

----- Sala de Consulta y Servicio Civil 187. M.P. Dr. Jaime Paredes Tamayo, 18 de febrero de 1988.

----- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Daniel Suárez Hernández, Exp. No. 7120, marzo 4 de 1994.

----- . ----- M.P. Julio Cesar Uribe Acosta, Exp. No. 7374. octubre 21 de 1994,

----- Fallo del 17 de noviembre de 1994.

----- Sentencia No. S-404 de octubre 29 de 1996.

----- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M. P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez. Exp. No. 4373. Junio 12 de 1997

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-605. Santafé de Bogotá, 14 de diciembre de 1992.

----- . ----- T-204 de 1994. Santafé de Bogotá.

----- . ----- T-254 de 1994. Santafé de Bogotá.

----- . ----- C – 424. M.P. Fabio Morón Díaz. marzo de 1994. Interpretación con autoridad de la Ley 20 de 1969 hecha por la Ley 97 de 1993.

----- . ----- T- 342. Santafé de Bogotá, julio 27 de 1994

----- . ----- C-346 del 2 de agosto de 1995. Demanda de Inconstitucionalidad contra la ley 20 de 1969.

----- . ----- T-007 de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, citada por la tutela que resolvió el caso U`wa.

----- . ----- C-104 de 1995. Santafé de Bogotá

----- . ----- C-139 de 1996. Santafé de Bogotá.

----- . ----- SU-039 de 1997. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Santafé de Bogotá, febrero 3 de 1997.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia. 30 de Octubre de 1939. Nulidad de la Resolución 53 del 9 de marzo de 1938 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y 204 del 26 de julio de 1938.

----- . ----- Santafé de Bogotá, Octubre 10 de 1942.

----- . ----- Sala de Casación Penal. Octubre 19 de 1995. Tutela No. 2026. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel.

DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, TRIBUNAL SUPERIOR. Defensor del Pueblo contra el Ministerio del Medio Ambiente y Occidental de Colombia. Tutela 137. 12 de septiembre de 1995. M.P. Dra. Aida Rangel Quintero.

----- Sala Penal. Sentencia que decide la impugnación de la sentencia proferida por el Juez Once Penal del Circuito de Bogotá, de la Tutela No. 26666669. 15 de mayo de 2000.

DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA, TRIBUNAL SUPERIOR. Sentencia por Acción de Tutela de la Asociación de Autoridades Tradicionales U`wa contra el alcalde de Toledo y la corregidora Ad hoc del corregimiento de Gibraltar – Norte de Santander. Pamplona 10 de julio de 2000.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de Colombia de 1886.
Constitución Política de Colombia – 1991
Código Fiscal. Ley 106 de 1873.
Código de Minas. Ley 38 de 1887.
Decreto Legislativo Número 34 de 1905.
Decreto 1056 de 1953.
Decreto 797 de 1971
Decreto 2310 de 1974.
Decreto 2655 de 1988. Código de Minas.
Decreto 21 de 1989. Art. 5, literal a; y 8, numeral 2.
Decreto 1994 de 1989.
Ley 3 de 1903.
Ley 6 de 1905.
Ley 4 de 1909.
Ley 9 de 1909.
Ley 59 de 1909.
Ley 110 de 1912. Código Fiscal.
Ley 75 de 1913.
Ley 120 de 1919.
Ley 14 de 1923.
Ley 72 de 1925.
Ley 25 de 1927.
Ley 84 de 1927.
Ley 37 de 1930.
Ley 37 de 1931.
Ley 27 de 1935.
Ley 160 de 1936.
Ley 18 de 1952.
Ley 10 de 1961.
Ley 20 de 1969.
Ley 21 de 1991.
Ley 70 de 1993.
Ley 97 de 1993.
Ley 99 de 1993.
Ley 148 de 1997.
Ley 160 de 1997.
Ley 548 de 1999.

DOCUMENTOS

Acción de Tutela interpuesta por Ebaristo Tegría Uncaria en condición de apoderado especial de la Asociación de Autoridades Tradicionales U'wa contra el Alcalde Municipal de Toledo y la Corregidora Ad hoc del Corregimiento de Gibraltar Norte de Santander.

Acción de Tutela interpuesta por Jaime Córbova Triviño, en su calidad de Defensor del Pueblo en representación de varios miembros de la Comunidad Indígena U'wa contra el Ministerio del Medio Ambiente y la Sociedad Occidental de Colombia. 10 de agosto de 1995.

Acción de Tutela interpuesta por Ebaristo Tegría Uncaria en condición de apoderado especial de la Asociación de Autoridades Tradicionales U'wa contra el Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio del Interior y la Empresa Extranjera Occidental de Colombia.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Folleto Informativo No. 9 (Rev.1). Los Derechos de los Pueblos Indígenas.

----- Folleto Informativo No. 18 (Rev.1). Los Derechos de las Minorías.

Anales del Congreso, relacionados con la Ley 97 de 1993 y Decreto 1994 de 1989.

ARPEL. Actividad Cumplida por el Grupo de Trabajo de ARPEL en la Relación de la Industria con Comunidades Indígenas. Montevideo, 10 y 11 de octubre de 2000.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Documento sobre el Pueblo U'wa preparado para Colombia en el caso No. 11.754. 28 de abril de 1997.

CONPES. Desarrollo de las Políticas del Gobierno Nacional Para los Pueblos Indígenas. Doc. 2773 de 1995.

DOCIP, Informativo. No. 17/18. Marzo/Junio de 1997.

ECOPETROL. La Consulta con Minorías Etnicas: una Norma Para el Licenciamiento Ambiental. Lima, agosto 24 de 1998.

COLOMBIA, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO; MINISTERIO DEL INTERIOR, Dirección Nacional de Asuntos Indígenas. Del Olvido Surgimos Para Traer Nuevas Esperanzas, La Jurisdicción Especial Indígena. Tomos 1 y 2.

----- Dirección Nacional de Asuntos Indígenas. Derechos de las Comunidades Negras de Colombia. Compendio Legislativo Sobre la Población Afrocolombiana.

----- Informe de Actividades 1996. Febrero 7 de 1997.

----- Los Pueblos Indígenas en el País y en América, Elementos de Política Nacional e Internacional. Serie: Retos de la Nación Diversa No.1. 1998.

----- Política Indígena del Gobierno Nacional. Mayo de 2000.

NACIONES UNIDAS. Comisión de Derechos Humanos. El Derecho al Desarrollo. 21 de febrero de 2000.

----- Comisión Sobre el Desarrollo Sostenible. El Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación y su Aplicación a los Pueblos Sometidos a Dominación Colonial o Extranjera o a Ocupación Extranjera. 21 de febrero de 2000.

----- Consejo Económico y Social. Informe del Grupo de Trabajo ad hoc de composición abierto sobre el establecimiento de un foro permanente para las poblaciones indígenas. 23 de marzo de 1999.

----- Departamento de Información Pública. El examen de mitad de período del decenio pone de manifiesto las medidas que se han tomado a favor de las poblaciones indígenas

----- Ejecución del Programa de actividades del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo. Informe de la Alta Comisionada Comisionada para los Derechos Humanos. 22 de diciembre de 1998.

----- El significado de la tierra para las poblaciones indígenas DIP/2068.

----- Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas religiosas o lingüísticas. Serie de estudios No. 5. p. 101.

----- Examen de Grupos Sectoriales, Segunda Etapa: Tierra. Descertificación, Bosques y Diversidad Biológica. 7 de febrero de 1995.

----- Progreso General alcanzado desde la Celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. 31 de enero de 1997.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Equipo Técnico Multidisciplinario. Pueblos Indígenas y Tribales: Guía Para la Aplicación del Convenio No. 169 de la OIT.

PROYECTO OLADE – BANCO MUNDIAL. ENERGÍA, AMBIENTE Y POBLACION. Ayuda Memoria de la Tercera Reunión de Coordinadores Nacionales. Cartagena, del 4 al 6 de mayo de 1999.

----- . ----- Quito, 1 y 2 de febrero de 2000.