

MINERÍA ANCESTRAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Daniel Lozano Villota¹, Daniela Stefanía Rodríguez²

Fecha de recepción: 27 de enero de 2020

Fecha de aceptación: 2 de marzo de 2020

Referencia: LOZANO, Daniel. RODRÍGUEZ, Daniela (2020). *Minería ancestral en el ordenamiento jurídico colombiano*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 6. Núm. 10. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: En el censo minero del año 2011 se evidenció que 1.248 mineros del país eran indígenas (Ministerio de Minas y Energías, 2012)³; dicha cifra visibilizó la existencia de una forma de minería realizada por esta población que requiere hasta la actualidad de especial protección para garantizar su desarrollo, nos referimos a la minería ancestral. Sin embargo, su regulación es inexistente y la necesidad que los grupos indígenas tienen de practicarla para lograr así desarrollarse desde su perspectiva cultural e incluso espiritual nos obliga a preguntarnos sobre la viabilidad de regular esta actividad en el ordenamiento jurídico colombiano.

El interrogante planteado lleva a que en la presente investigación se retomen tratados internacionales, un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, normatividad extranjera, la decisión 774 del 2012 de la Comunidad Andina de Naciones y doctrina, desde un método crítico-analítico y posteriormente de abstracción-concreción para extraer de ello dos de los tres ejes centrales de este artículo: la autodeterminación de los pueblos, y la propiedad colectiva. Estos ejes en conjunto con la normatividad colombiana permitirán concluir que es viable regular el tercer gran pilar de esta investigación: la minería ancestral; ello debido a que ya se encuentran desarrolladas de alguna forma sus bases jurídicas.

1. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

2. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

3. Para más información consultar Censo Minero Departamental 2010- 2011 disponible en: <https://www.minminas.gov.co/censominero>

Palabras clave: Minería ancestral, territorio colectivo, propiedad sobre el territorio colectivo, derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

ABSTRACT: The 2011 mining census showed that 1,248 miners from the country were indigenous (Ministry of Mines and Energy, 2012); this number made visible the existence of a kind of mining carried out by this population that actually requires special protection to ensure its development, we refer to ancestral mining. However, its regulation is non-existent and the need for indigenous groups to practice it in order to develop their cultural view and even spiritual perspective forces us to question about the viability of regulating this activity in the Colombian legal order.

The question raised leads this investigation to the return to international treaties, a report by the Inter-American Commission on Human Rights, foreign regulation, decision 774 of 2012 of the Andean Community and doctrine, using a critical-analytical and subsequent method of abstraction-concreteness to extract from it two of the three central axes of this article: the self-determination of peoples, and collective property.

These axes in conjunction with Colombian regulations will conclude that it is feasible to regulate the third major pillar of this research: ancestral mining; because their legal bases are already developed in some way.

Key words: Ancestral mining, collective territory, ownership of collective territory, right to self-determination of indigenous peoples.

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

Según los datos aportados por el Ministerio de Minas en 2011, en el último censo minero del cual se tiene registro, en Colombia, sólo el 16% de los 1.248 mineros indígenas del país trabajan con título minero. Lo que se traduce en un alto porcentaje de informalidad que se debe en gran medida a la escasez de una normatividad especial que regule la actividad minera realizada por estas comunidades en su territorio colectivo, causándoles problemas sociales y económicos, los cuales siguen ocurriendo a pesar de contar con el derecho de prelación para la concesión de títulos mineros sobre los yacimientos y depósitos de estos mismos ubicados en una zona minera indígena [Ley 685, 2001, art.124].

Para abordar el problema descrito, la investigación usará la metodología de revisión documental apoyada en tres metodologías jurídicas que a continuación se mencionan: descripción-análisis-síntesis, se realizará un análisis desde la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional para poder determinar el contenido de los derechos fundamentales de autodeterminación, territorio colectivo y propiedad sobre el territorio y sus curso, y como su contenido justifica la obligación del Estado de regular la minería ancestral en nuestro ordenamiento jurídico colombiano; de igual

manera se usará el método de abstracción-concreción, para decantar los objetos jurídicos que componen el concepto de minería ancestral a nivel internacional con el propósito de descubrir las posibles regulaciones que puedan existir sobre tal actividad y en este orden se determinará si las mismas son aplicables y convenientes para el objeto de la investigación, por lo tanto se llevará a cabo el mismo estudio a nivel nacional frente a la minería tradicional debido a su reconocimiento en nuestro ordenamiento y su posición como antecedente para la regulación del tipo de minería que es objeto principal de estudio en el presente artículo; por último, mediante el método deductivo se estudiarán las ventajas y desventajas que la normatividad colombiana ofrece para las comunidades indígenas que soportan en sus territorios la explotación minera para concluir con el planteamiento del camino lógico de implementación de la regulación de la minería ancestral en nuestro ordenamiento jurídico.

1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMA

La minería desarrollada por grupos indígenas se lleva a cabo en el territorio de los mismos fundamentándose en una visión de desarrollo económico orientada por su cosmovisión ancestral, siendo por lo tanto parte del patrimonio cultural de estas comunidades. Es por esto que cualquier interferencia externa que genera conflictos territoriales y patrimoniales genera respuestas como las que Arias (como fue citada en Ospina y Ramírez, 2016) manifiesta, donde:

(...) los agentes comunitarios también han generado discursos y estrategias de resistencia desde abajo en defensa del territorio, el patrimonio cultural y la visión de desarrollo local basada en la minería tradicional, (...). (p. 14)

Conflictos que se convierten en un campo de batalla donde se plantean estrategias de conservación, subversión y cada actor tiene derechos diferentes que no han logrado una coexistencia armónica. Los pronunciamientos sobre este tema no han sido limitados, incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) ha emitido informes en los cuales habla del derecho de propiedad y explotación de los pueblos indígenas sobre sus territorios. Efectivamente, una de las formas en que la Comisión (2009) se refiere a la propiedad en estos casos, es a través de la de dimensión colectiva de la propiedad territorial que se refiere a:

Conexión particular entre los pueblos indígenas, las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente cuya preservación es fundamental para la realización de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y por lo tanto amerita medidas especiales de protección. (p. 26)

Consecuencialmente, junto con el análisis de la dimensión colectiva en la propiedad territorial que la Comisión ha realizado se puede establecer que los pueblos indígenas también son propietarios por el uso y posesión

tradicionales de las tierras y los recursos sin necesidad del reconocimiento oficial del Estado.

Sin duda alguna la Comisión ha realizado una labor muy importante al dar parámetros para establecer la propiedad territorial en el ámbito de comunidades indígenas, ya que la misma es una base fundamental para reconocer sus derechos sobre zonas que utilizan para la explotación y por lo tanto, impulsa al Estado a legislar frente a temas que trasgredan dicha propiedad territorial indígena, abriendo la posibilidad a la delimitación legal del concepto materia de estudio en esta investigación.

Evidentemente centrar la atención en esta problemática se vuelve fundamental, y más cuando las comunidades indígenas realizan explotación minera a pequeña escala para su manutención la cual lamentablemente se lleva a cabo de forma clandestina al no contar con el apoyo necesario que les permita, por ejemplo, tener que cumplir requisitos diferentes para la práctica de esa actividad, y no los establecidos actualmente ya que se encuentran fuera de la capacidad de estos grupos (Güinza, 2013, p. 109-117).

Es importante entonces proceder con un recuento normativo que permita establecer la conexión existente entre el derecho de propiedad territorial con el derecho a la autodeterminación de los pueblos, pues es evidente que el primero depende del segundo y viceversa; es así que este entendimiento daría paso a la regulación de la minería ancestral que en atención a los conceptos mencionados se torna necesaria.

2. PANORAMA INTERNACIONAL, “DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y MINERÍA”

Entre los instrumentos internacionales más importantes que tratan el tema de las comunidades indígenas y su derecho a la tierra, encontramos el Convenio 169 de la OIT incorporado en el ordenamiento interno por el artículo 93 constitucional y la ley 21 de 1991, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a la que Colombia se ha adherido actualmente indicando su apoyo a la declaración, y por último se encuentra la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 donde Colombia acompañó la aprobación de tal declaración.

El Convenio 169 opta por una acción coordinada para la protección de derechos de los pueblos indígenas y tribales, aplicando la consulta y la participación de estos pueblos en la administración, uso y conservación de sus territorios y recursos naturales (C169, 1989), cristalizando en el derecho internacional el reconocimiento de los pueblos indígenas sobre el derecho a la autodeterminación como un derecho fundamental que se expresa principalmente por medio de la consulta, pero no reconoce ningún derecho de propiedad sobre los territorios indígenas que permitiría realizar efectivamente la autodeterminación, menos aún otorga algún derecho especial en el tema de explotación minera en territorios indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), consagra en la integridad de su cuerpo normativo el derecho de autodeterminación de los pueblos relacionado con su condición política y de desarrollo económico, mencionando entre otros el derecho a la tierra, a sus territorios y recursos tradicionalmente poseídos, ocupados o utilizados⁴, además de la participación de estas comunidades en las decisiones y proyectos que los afecten; sin embargo al igual que el Convenio 169 no reconoce derecho de propiedad.

Para ejercer plenamente sus derechos, las comunidades indígenas requieren de la materialización de la autodeterminación, derecho que como menciona Ferrajoli (como se citó en Lascarro y Figuera, 2015) comprende dos aspectos “a) “autodeterminación interna”, que consiste en el derecho de los pueblos a “decidir libremente su estatuto político en el plano del derecho interno”; b) “la autodeterminación externa”. (p. 69).

Según Ferrajoli (2006) la autonomía externa consiste en “una autonomía local en el máximo número de funciones públicas integrada por el derecho a disponer de las propias riquezas y recursos naturales y a no ser privados de los propios medios de subsistencia” (p. 118). En ese sentido el instrumento que contempla la autodeterminación externa, es la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) que señala el derecho a la autodeterminación como un pilar fundamental de la declaración y se destaca la libre determinación política y de desarrollo económico, social y cultural (Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016). Su artículo sexto plantea la importancia de los derechos colectivos, dando la obligación a los Estados de reconocer y respetar, el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos.

Adicionalmente recalca en el artículo vigésimo quinto sobre derechos sociales, económicos y de propiedad, que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido, contemplando el derecho de los pueblos a controlar sus tierras y recursos en razón de la propiedad tradicional con la obligación para el Estado de asegurar el reconocimiento y protección de esos territorios. En otras palabras se refiere al derecho de propiedad sobre los territorios indígenas, concepto del cual se desprende la razón inicial que justifica la necesidad de regular el concepto de minería ancestral partiendo de la idea que al ser los indígenas dueños de determinadas tierras son ellos quienes de forma libre deben determinar el destino de las mismas.

En temas de minería actualmente la decisión 774 de la CAN, que aplica a Colombia en virtud de los principios de aplicación directa y preeminencia del ordenamiento comunitario, trata específicamente el tema de

4. Para más información consultar los artículos 3, 5, 18, 20, 25 y 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

minería con la finalidad de enfrentar la minería ilegal, optimizar el control y la vigilancia de la extracción minera, e impone a los Estados la obligación de formalizar la minería de pequeña escala, artesanal o tradicional, según los contextos sociales de cada Estado (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, decisión 774, 2012). La obligación ha sido cumplida por Colombia en los planes de desarrollo nacional, sin embargo, no se ha cumplido con la finalidad de la norma como lo afirma la interpretación prejudicial 575-IP-2015.

La decisión 774 tiene la finalidad de enfrentar de manera integral la minería ilegal y sus actividades conexas, optimizar el control y vigilancia de todo tipo de transacción que resulte de esta actividad ilegal y desarrollar acciones de cooperación que contribuyan a la formalización minera, fomentando la responsabilidad social y ambiental de los países miembros de la(sic) comunidad andina, además, establece las medidas de prevención y control que cada país miembro debe adoptar para combatir los efectos de la minería ilegal y evitar el desarrollo de esta actividad; es decir, aquellas medidas legislativas administrativas y operativas necesarias para garantizar la prevención y control de la minería ilegal (TJCA, 2015, p. 16).

En otras palabras, la importancia de la regulación minera y la necesidad de sus diversas clasificaciones no radica solamente en los derechos otorgados, sino en las obligaciones adquiridas que son imposibles de delimitar si los mineros laboran sin títulos mineros, creando no sólo conflictos legales sino ambientales y sociales, incumpléndose así uno de los objetivos centrales de la decisión 774 del TJCA sobre la responsabilidad social y ambiental, pues el objetivo de esta disposición es garantizar que las pequeñas minerías cumplan los requisitos que aseguren la protección ambiental, a la salud y a la vida de la población y no que se los exonere de los daños causados por lo que no se puede desconocer la actividad minera practicada por grupos indígenas.

3. DERECHO COMPARADO: TERRITORIO, AUTODETERMINACIÓN Y MINERÍA INDÍGENA

El cono sur de América, se caracteriza por la presencia de diversos grupos indígenas que han desarrollado prácticas ancestrales a lo largo de su historia, bajo este entendido se ha decidido estudiar la normatividad nacional referente a la autodeterminación de los pueblos indígenas y la propiedad que los mismos ejercen sobre sus territorios; resulta necesario aclarar que si bien se considerará la normatividad existente sobre los dos pilares mencionados, se realizará un estudio necesario frente a las Constituciones y códigos mineros de los países de los que se hablará en este capítulo con el fin de conocer si los pilares fundamentales que se estudian en la presente investigación tienen origen en aquellas normas, pues estas dos codificaciones también han sido consideradas en el análisis de nuestro país y sólo con ellas se podría hacer una comparación efectiva.

Para seleccionar los Estados en los que se analizará el objeto de la investigación se tomarán dos ejes puntuales: el primero obedece a una relación de orígenes históricos comunes de las comunidades indígenas, por lo cual se tomará como muestra a los países que se encuentran actualmente en el territorio que alguna vez ocupó el imperio incaico, es decir de Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Bolivia y Argentina contemplando su demografía actual de comunidades indígenas y como segundo eje se tomarán los resultados de 2017 sobre crecimiento de exportaciones minerales en dichos países para obtener muestras representativas sobre el conflicto y solo serán objeto de estudio los países que superen el 8% de crecimiento en este ítem.

Se procederá a la selección de los países a estudiar para realizar el paralelo con la situación colombiana, bajo la relación del siguiente cuadro:

Tabla 1.

Población indígena y exportación de minerales

País	Población indígena en el territorio nacional	Porcentaje de población indígena frente al total de población nacional	Crecimiento en exportaciones de minerales
Ecuador	224.300 ⁵	1.64%	16%
Perú	299.218 ⁶	1.3%	25%
Chile	2.185.792 ⁷	9.9%	13%
Bolivia	2.790.263 ⁸	41%	9%
Argentina	955.032⁹	2.38%	2%

* La información que contiene la anterior tabla, se realizó en atención a los censos nacionales de población indígena y al informe presentado en 2018 por el Banco Interamericano de Desarrollo¹⁰.

En atención a los anteriores datos, los países objeto de estudio serán Ecuador, Perú, Chile y Bolivia.

5. Para más información ver territorio indígena y gobernanza, disponible en <http://www.territorioindigenaygobernanza.com/ecuador.html>
6. Para más información ver Perú: La población de las comunidades indígenas de la amazonia. Disponible en <http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0001/Indice.htm>
7. Para más información ver Censo: un 9.9 de la población se declara mapuche disponible en <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/05/04/904969/Censo-Un-99-de-la-poblacion-se-declara-mapuche-y-tamana-de-la-familia-se-reduce-de-44-a-31-miembros-en-36-anos.html>
8. Para más información ver indígenas: quien gana quien pierde, disponible en <https://www.cedib.org/wp-content/uploads/2013/08/Tabla-Poblacion-Indigena1.pdf>
9. Para más información ver el censo nacional de población, hogares y viviendas 2010 cuadro P44, disponible en https://www.indec.gov.ar/censos_total_pais.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135&t=3&s=0&c=2010
10. Para más información consultar Estimaciones de las tendencias comerciales: América Latina y el Caribe, edición 2018, BID, disponible en <https://publications.iadb.org/es/publicacion/17339/estimaciones-de-las-tendencias-comerciales-de-america-latina-y-el-caribe-edicion>

3.1. Perú

La Constitución peruana reconoce la autonomía de las comunidades campesinas y nativas para ejercer jurisdicción en su territorio, mientras no se vulnere los derechos fundamentales de las personas (art. 149), y reconoce a las comunidades nativas, la autonomía en su organización, el derecho a la propiedad colectiva, la existencia y personería jurídica (art 89) en la Constitución (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú de 1993, arts. 149 y 89).

En cuanto a la propiedad colectiva, se debe mencionar La Declaración Conjunta de Intención (DCI), suscrita en 2014 durante la Cumbre sobre el Clima de Naciones Unidas que plantea como uno de sus objetivos “Contribuir al desarrollo sostenible de los sectores agrícolas, forestales y mineros del Perú”; dicha declaración en su segunda fase de aplicación, la fase de transformación, contempla “4) Incrementar en por lo menos 5 millones de hectáreas la regularización de tierras indígenas, específicamente comunidades nativas (la suma de demarcación más el otorgamiento del título/derecho)” (Ministerio d. A., 2017).

A partir de la DCI se han creado diferentes instituciones como lo afirma Espinosa (2016)

En el caso de Loreto se creó el Instituto Regional de Comunidades Nativas (Ircon), y en el de Ucayali fue el Instituto Regional de Desarrollo de las Comunidades Nativas (Irdecon). En ambos casos se trataba de instancias “técnicas” para la coordinación e implementación de determinadas políticas públicas principalmente la titulación de las comunidades nativas, la entrega de documentos de identidad (DNI), etc. (p. 5)

El reconocimiento a la propiedad de tierras indígenas se ve conectado con el ejercicio del derecho de libre determinación, el reconocimiento de la personería jurídica de los pueblos indígenas y la titularidad del territorio integral del pueblo originario incluyendo los recursos naturales que se encuentren dentro de este, pues

el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos y darle destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley. (Como se citó en la Sentencia del Segundo Juzgado Civil, sede central, 2017, p. 9)

El pronunciamiento anterior se apega al Convenio 169 de la OIT y por lo tanto termina ordenando gestionar la demarcación y delimitación de las tierras que ancestralmente pertenecen a la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú, con miras a que cuando se realice una exploración y

explotación de los recursos naturales se tenga una adecuada perspectiva de la realidad sin vulnerar sus derechos fundamentales (Segundo Juzgado Civil, sede central, 2017).

Pese a todo lo anterior, en el código minero se establece la propiedad inalienable e Imprescriptible del Estado frente a todos los recursos minerales, además sólo se menciona como pequeña minería, la minería artesanal y pequeña minería; la primera realizada por métodos de extracción manual y la segunda catalogada así según la capacidad de extracción (Decreto legislativo 1040, 2008). En el código de minería no hay mención alguna sobre la minería tradicional y tampoco se establece trato diferencial o especial sobre la explotación minera realizada por grupos o miembros de comunidades indígenas (Decreto Supremo 014-1992-EM, 1992).

3.2. Chile

Constitucionalmente no hay reconocimiento expreso a la multiculturalidad, ni a la existencia de los pueblos indígenas, esto sucede porque no se concibe un Estado con más de una nación y a pesar de ello, hay un reconocimiento tácito gracias al artículo 5 constitucional que incorpora los tratados, declaraciones y estándares internacionales de derechos humanos (Henríquez, 2018).

El reconocimiento expreso a las comunidades indígenas, se realizó a través de la ley 19.253 o ley indígena, pero no reconoce sus derechos fundamentales como la autodeterminación. Sin embargo se reconoce la titularidad de tierras indígenas para su uso y goce; así hay cuatro presupuestos de titulación¹¹:

1. Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión
2. Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad
3. Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia
4. Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado (Ley indígena 19253, 1993)

11. Para más información consultar el artículo 12 de la ley indígena 19.253, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620>

A pesar de ser los indígenas titulares de sus tierras la exploración y explotación minera se sigue realizando con la consulta previa como un mero requisito, mas no un obstáculo para la práctica de la mega minería por lo cual se ha optado por el compromiso de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para los nuevos proyectos. Frente a este problema se han propuesto las buenas prácticas, que se sustentan en el dialogo de compañías mineras y comunidades indígenas, planteando

El deber de respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorio, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. (subsecretaría de minería, 2014).

Si bien existen las buenas prácticas en Chile el país más desarrollado en minería en Sudamérica, no se encuentra en su normatividad minera referencia alguna a miembros o comunidades indígenas, y aclara que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, sin mencionar el conflicto entre los títulos indígenas sobre territorios con vocación minera. Además en las clasificaciones de minería no se encuentra referencia alguna a la minería tradicional, sino que se habla de pequeña minería y minería artesanal las cuales se diferencian únicamente en la capacidad de extracción y número de dependientes para realizar labores mineras (Ley 18248, 1983).

3.3. Bolivia

En Bolivia existe el reconocimiento de los derechos para los pueblos indígenas originarios campesinos desde la misma Constitución Política otorgando expresamente derechos como la autodeterminación y la propiedad colectiva del territorio; en efecto el último derecho en mención se refleja en estipulaciones como en la de la titulación colectiva de tierras y territorios (art. 30, numeral 6); en el reconocimiento de la propiedad colectiva y comunitaria como indivisible, imprescriptible, inembargable (art. 394 inc. 3); o en la que reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino que incluye, entre otras cosas, el uso y aprovechamiento exclusivo de recursos naturales renovables en los términos que la ley lo determine, el derecho a la consulta previa e informada y la posibilidad de participar en los beneficios por la explotación de recursos naturales no renovables que se encuentran en estos territorios, así como la posibilidad de administrarse bajo sus propias normas (art. 403 numeral 1).

La autodeterminación por su parte, se garantiza en tanto existe un reconocimiento del dominio ancestral de estos pueblos sobre sus territorios (art. 2), y se reconoce de forma expresa en el artículo 30 numeral 4 de la Constitución al consagrar el derecho de autodeterminación y territoriali-

dad que además permite a los pueblos indígenas originarios campesinos autogobernarse (art. 289) (Asamblea Constituyente, Constitución Política del Estado de 2009).

A pesar de las garantías nombradas y las demás existentes en la Constitución boliviana, se encuentran como contraste a las mismas los artículos 30.15 y 349 I de esa carta magna, pues denotan la obligación existente de realizar consulta previa cuando uno de los motivos es la explotación de recursos no renovables y mencionan que es el Estado el encargado de dirigir lo atinente a la administración de dichos recursos; por lo tanto se puede concluir frente a la Constitución boliviana que si bien el reconocimiento de los derechos de autodeterminación y propiedad colectiva territorial se extiende a lo largo del texto constitucional, son limitados por el Estado cuando se trata de recursos no renovables que se encuentran dentro del territorio colectivo.

Ahora bien, en la ley de minería y metalurgia no existe ninguna disposición especial que se refiera a la exclusividad de la explotación minera por parte de los pueblos indígenas originarios campesinos, por el contrario, el extenso reconocimiento que la Constitución realiza a la autodeterminación y propiedad colectiva territorial parece verse limitada cuando la mencionada ley estipula “el derecho al ejercicio de las actividades mineras otorgadas por el Estado, constituye un derecho distinto e independiente del derecho de la propiedad de la tierra”(Ley 535, 2014, art. 20). Esta ley carece en igual medida de cualquier clasificación similar a la minería tradicional, o ancestral, con la salvedad de la minería chica (art. 33) que es realizada de forma manual, mecanizada y semi-mecanizada por operadores mineros titulares de derechos en determinada área minera especial dentro de la minería y regidos por los tipos societarios o empresariales del código de comercio. En consecuencia, la minería chica es similar a la minería tradicional sólo en el método de extracción manual, pero no hace distinción en razón de sujetos que realizan la actividad, así no se encuentra en Bolivia un ejemplo que pueda ser aplicado a Colombia para la regulación de la minería ancestral.

3.4. Ecuador

En contraste con la Constitución boliviana, la Constitución ecuatoriana no contiene un extenso articulado que reconozca los derechos de los pueblos indígenas, sino que los mismos son enunciados de manera taxativa en el artículo 84 del capítulo de derechos colectivos de esta Constitución, algunos de ellos son:

1. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública.

2. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita conforme a la ley.
3. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente (...) (Asamblea Constituyente, Constitución Política de 2008, art. 84).

En el artículo citado se pueden ver reflejados los derechos de autodeterminación y propiedad colectiva territorial, sin embargo es fácil evidenciar que en materia minera el derecho de autodeterminación posee límites similares a los existentes en los demás países analizados debido a que este derecho no les permite disponer de la explotación de recursos no renovables aunque establece el derecho de adelantar la respectiva consulta previa cuando se toman decisiones sobre la materia que les puedan causar afectaciones.

Para referirse al análisis de la normatividad ecuatoriana en materia minera es necesario remitirse a la ley 45 del año 2009 que regula el tema en cuestión; en este punto se puede decir que a diferencia de la normatividad boliviana, la ley de minería del Ecuador sí contempla una clasificación de los diferentes tipos de actividad minera que se practican en su territorio nacional: “La artesanal o de subsistencia, la pequeña minería, la mediana minería y la minería a gran escala. Clasificación que se da de acuerdo a los niveles de producción diarios que puede tener una mina” (Banco Central de Ecuador, 2016).

Como se puede observar, la clasificación existente en la ley ecuatoriana obedece a factores económicos más no sociales y mucho menos étnicos, careciendo de una regulación especial que permita la explotación de recursos por parte de comunidades indígenas que consideran para ello su cosmovisión; la carencia de la consideración de ese factor y la escasa regulación o protección de los derechos de pueblos indígenas en las normas analizadas permite concluir que no existen parámetros que puedan aplicarse en nuestro ordenamiento nacional para regular la minería ancestral.

4. REGULACIÓN COLOMBIANA SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS, TERRITORIO, AUTODETERMINACIÓN Y MINERÍA

El derecho a la autodeterminación de los pueblos no sólo ha sido motivo de expedición normativa a nivel internacional sino también a nivel interno, desde la misma Constitución hasta normas de inferior jerarquía. En primer lugar, el artículo 93 de la Constitución otorga a los tratados de carácter internacional ratificados por Colombia rango constitucional (Constitución Política, 1991), fijando la base de una tendencia interpretativa en los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a problemas que

involucran el derecho en cuestión, permitiendo creer en la posibilidad de una regulación más estricta; en este caso frente a la minería ancestral.

Por otra parte, el artículo primero de la Constitución Política define a nuestro Estado como democrático, participativo y pluralista (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991); postulados que son necesarios para aplicar y entender la autodeterminación de los pueblos y la importancia que la misma tiene en las prácticas económicas tradicionales de producción que se desarrollan en los territorios de las comunidades indígenas, los cuales están llenos de un significado trascendental para dichas culturas. Esta afirmación se refuerza con el artículo 330 de nuestra carta magna debido a que el mismo se refiere a la organización y las funciones de los territorios indígenas, al mismo tiempo su párrafo estipula que “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (...)” (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991), es decir que se reconocen las tradiciones y actividades económicas y sociales de los pueblos indígenas cuando se pretende realizar la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios.

Una actividad económica propia de las comunidades indígenas es la minería realizada con prácticas extractivas ancestrales, esta actividad es parte de su cultura y por lo tanto necesita especial protección para cumplir con los mandatos constitucionales.

Para determinar la viabilidad de la regulación del concepto de minería ancestral en el ordenamiento nacional se debe estudiar el concepto de autodeterminación de los pueblos; éste ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha contemplado el derecho al territorio colectivo y la propiedad del mismo como elementos de la autodeterminación. Sobre este aspecto la sentencia T-188 de 1993 adquiere vital importancia debido a que marca el inicio del reconocimiento del territorio, al mencionar que aquel se encuentra contemplado en el Convenio 169 de la OIT y que el territorio colectivo es un derecho fundamental que va desde el asentamiento físico en determinado territorio y se extiende hasta los lugares cultural y espiritualmente relevantes fuera de los resguardos, sin el cual la identidad cultural y la autonomía, solo pasan a ser reconocimientos formales (Corte Constitucional, Sentencia T-188-93).

Existe por lo tanto un primer acercamiento del Estado mediante una de sus altas cortes al reconocimiento de territorios especiales o diferentes a los demás que se encuentran en el territorio nacional; reconocimiento que automáticamente se amplía a la realidad cultural única de los pueblos indígenas y como consecuencia afirma la autonomía de los mismos.

Posteriormente, la Corte Constitucional avanza en el estudio de la autodeterminación de los pueblos indígenas construyendo la tesis de que el reconocimiento de un territorio colectivo implica de igual manera la existencia de una propiedad colectiva cuyo título se determina por la posesión ancestral que las comunidades indígenas han ejercido sobre el territorio. Se evidencia de esta manera una posición jurídica que determina que las comunidades indígenas poseen derechos sobre los territorios que han ocupado ancestralmente inclusive si el Estado no los reconoce de una forma oficial denotando la prevalencia y respeto de las decisiones y actividades que las mencionadas comunidades llevan a cabo en sus territorios colectivos cuyos atributos “se derivan de ese continuum entre cultura, autonomía y territorio¹²” (Corte Constitucional, Sentencia T-282-11) y por lo tanto se habla de titularidad sobre los mismos, pero solamente de una forma figurativa.

Cuando la Corte reconoce la titularidad mencionada, establece de igual manera la obligación que tiene el Estado frente a las comunidades indígenas y sus territorios colectivos, esta obligación se refiere a la protección de esos territorios pero también a la protección de usos y costumbres que dentro de ellos se desarrollan por parte de los indígenas para cumplir su concepción de buen vivir.

La protección que el Estado debe brindar al territorio de las comunidades indígenas así como a las costumbres que en éste se llevan a cabo se evidencia más cuando la Corte reitera en su sentencia T-005 de 2016 la conexión existente entre las comunidades y los territorios que poseen al decir: “la existencia física de los pueblos étnicos tiene una relación importante con el lugar en donde se asientan pues es en este donde se desarrolla y expresa su identidad y cultura, de donde también surge el derecho a la tierra y al territorio” (Corte Constitucional, Sentencia T-005-16).

Es evidente que en los pronunciamientos de la Corte Constitucional que se han mencionado, existe el reconocimiento de la propiedad colectiva sobre el territorio colectivo que implica el reconocimiento de la cultura, territorio y autonomía de las comunidades indígenas que solo se puede entender en su totalidad cuando de manera conjunta se reconoce y protege el territorio con los usos y costumbres que dentro de él se desarrollan, obligando al Estado a adoptar medidas para su verdadera prevalencia y protección. Un claro ejemplo de esto es la sentencia C-389 de 2016, que realiza un exhorto al congreso para regular el concepto y la práctica de la minería ancestral como la desarrollada por comunidades indígenas, basándose en sus costumbres (Corte Constitucional, sentencia C-389-16).

12. La Corte Constitucional se ha pronunciado de manera similar en las sentencias T-698 de 2011 y T-235 de 2011.

El Estado colombiano, al reconocer el derecho de autodeterminación de los pueblos con relación a la minería no limita la interpretación de su contenido a los tratados internacionales y a las providencias mencionadas, por lo tanto existe en nuestro ordenamiento jurídico determinada normativa que se pronuncia frente a la minería y considera las decisiones de las comunidades indígenas respecto de las medidas que les afectan, aunque en ninguna norma se hable del concepto de minería ancestral.

Una de las normas mineras es la ley 685 de 2001, que hace referencia en su título XIV a los grupos étnicos y otorga prerrogativas a los mismos frente a temas mineros. Una de estas ventajas es la del artículo 124 que habla sobre el derecho de prelación de los grupos indígenas referente a que estos grupos tienen preferencia sobre la adquisición de concesiones sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en su territorio. Este mismo Código de Minas prevé en su artículo 121 la protección de la integridad cultural de estas comunidades y en el segundo inciso del artículo 122 garantiza la participación de las comunidades indígenas en las discusiones sobre exploración y explotación que los particulares propongan llevar a cabo en territorios pertenecientes a estas comunidades (Congreso de la República, Ley 685 de 2001).

En inicio la lectura del capítulo XIV de la ley en mención daría a entender que el Estado colombiano cumple cabalmente con los deberes consagrados en los convenios y tratados internacionales ratificados así como con los pronunciamientos que la Corte Constitucional ha expedido sobre el tema en diversas ocasiones, sin embargo la ley sólo permanece en un plano meramente formal y la participación y prelación indígena que menciona no garantiza la verdadera protección de la integridad cultural como parece ser su objetivo (Congreso de la República, Ley 685 de 2001, art. 121). A pesar de que el Código de Minas se encuentra vigente desde el año 2001, las inconformidades que han existido entre las comunidades indígenas y el gobierno al verse afectadas las primeras por las decisiones del poder ejecutivo así como por la falta de regulaciones que debería expedir el legislativo, siguen siendo visibles en años recientes; ejemplo de esta problemática es la protesta que tuvo lugar en los municipios de Segovia y Remedios en el norte de Antioquia en julio del año 2017. La protesta tiene como una de sus causas la declaración de Gran Colombia Gold en la que “desconocen que en esas poblaciones hay minería ancestral” (Colombia Informa, 2017). Sumado a lo anterior se encuentra la expedición del decreto 1102 de 2017 en el que se definen diferentes tipos de minería pero no se define la minería ancestral y busca “ordenar el bloqueo de cuentas de los comercializadores de oro que no estén legalizados, lo que impide la compra de metales a los pequeños mineros o a los mineros ancestrales lo cual menoscaba su derecho al trabajo” (Congreso de la República, Ley 685 de 2001).

Sin duda alguna este ejemplo demuestra la insuficiencia del Código de Minas al no proteger formas específicas de minería que hacen parte de la integridad cultural indígena ocasionando la persecución y desprotección de los pequeños mineros que realizan esta actividad económica sin poder cumplir las exigencias establecidas para considerar su actividad como legal¹³, exigencias que se encuentran estipuladas en el ordenamiento jurídico colombiano y comprenden el programa de trabajos y obras, el estudio de impacto ambiental, desarrollo de planos entre otros que son imposibles de cumplir, debido a la falta de apoyo técnico y de recursos.

No es sino hasta la resolución 90719 de 2014 del Ministerio de Minas y Energía donde se puede notar una verdadera posibilidad de regulación de esta actividad económica propia de las comunidades indígenas, debido a que la misma pone en conocimiento del gobierno una realidad social que requiere de control cuando en esta se da “el reconocimiento de la informalidad minera que existe en el país y el cómo los sujetos que se dedican a la pequeña y mediana minería han trabajado sin el respectivo título minero y sin las posibilidades reales de protección” (González, 2015, p. 148).

El Plan Nacional de Desarrollo *Paz, Equidad, Educación 2014-2018* tiene como quinto objetivo la consolidación del desarrollo minero-energético para la región; pero no se menciona la minería ancestral, y en la mayoría de los puntos contenidos en este objetivo se hace escasa mención a la minería tradicional aunque la misma aparece reconocida, de la misma forma se habla del fomento de los diferentes tipos de minería y la ayuda económica que los mismos deben recibir por parte del Estado para conseguir una igualdad en las condiciones de competitividad, pero solo al llegar al literal f) de este objetivo que hace alusión a “acciones transversales”, de donde se puede extraer la base que da viabilidad a la regulación de la minería ancestral entendiendo que esta actividad no se lee de forma explícita en este Plan Nacional de Desarrollo, pero en el mismo se lee que existen diferentes posibilidades para solucionar las controversias que se puedan generar con las comunidades a causa de la actividad minera en su territorio, manifiesta el plan ante esta situación que

Es fundamental seguir fortaleciendo el diálogo intercultural, informado, transparente y que reconozca la humanidad del otro, conducido por el Estado, acudiendo a los diferentes conceptos de tiempo que tienen las partes, pero sin llegar a ser indefinido. Este debe ser, entendiendo como un proceso que incluye, pero no se limita a la consulta previa. (Departamento Nacional de Planeación, 2015, p. 247)

13. Para más información revisar los artículos 84, 85, 271, 272 del Código de Minas; Ley 926 de 2004, y el Decreto 1073 de 2015.

Si bien el citado aparte del Plan Nacional de Desarrollo hace referencia al diálogo con las comunidades en el proceso del desarrollo de la actividad minero energética, se puede considerar el mismo como una puerta a la regulación buscada, pues reconoce en la discusión con las comunidades interesadas el derecho a la autodeterminación y no limita el diálogo a la simple consulta previa dando vía libre a otro tipo de soluciones como la planteada en esta investigación.

Actualmente el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 *Pacto por Colombia, pacto por la equidad*, establece preceptos concretos sobre la formalización minera, los cuales no reconocen la minería ancestral pero podrían servir como base para la regulación propuesta en este trabajo en cuanto a los requisitos diferenciales para adquisición de concesiones mineras, términos de referencia diferenciales para el estudio de impacto ambiental, el acompañamiento técnico y la fiscalización diferencial, dirigidos a los mineros a pequeña escala, beneficiarios de devolución de área y comunidades étnicas (Congreso de la República, Ley 1955 de 2019, art. 326). Hay que resaltar que los requisitos diferenciales no se definen, pero sientan una base legal para regular los mismos.

El PND 2018-2022 incorpora el valor del canon superficiario a pagar en caso de explotación minera adelantada por comunidades étnicas en zonas mineras declaradas, por lo tanto, se debe resaltar que existen normas que establecen una diferenciación cuando la actividad minera es desarrollada en diferentes niveles y por comunidades concretas. (Congreso de la República, Ley 1955 de 2019).

En cuanto a la formalización de los diferentes tipos de minería, el PND 2018-2022 define los parámetros para reconocer la existencia de la minería de subsistencia, así como los requisitos para que la misma sea inscrita en el municipio respectivo. Lo anterior permite concluir la existencia de la posible regulación de la minería ancestral considerando que desde el mismo Plan Nacional de Desarrollo se han establecido parámetros diferenciales claros para ciertos tipos de mineros y clases de minería¹⁴.

5. CONFRONTACIÓN, REGULACIÓN COLOMBIANA DE MINERÍA INDÍGENA Y DERECHO COMPARADO

El reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos indígenas y la propiedad sobre el territorio colectivo son derechos que de manera general se reconocen en los países sudamericanos analizados. Sin embargo, en cada país existen determinadas particularidades frente a la forma en la que se realiza tal reconocimiento y sus implicaciones en minería indígena.

14. Para más información revisar los artículos 326 y 327 del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, pacto por la equidad" Ley 1955 de 2019.

En el caso de Perú el reconocimiento de los derechos mencionados implica el reconocer la personería jurídica de las comunidades nativas (Constitución Política de 1993, artículo 89), lo que permite la regularización de las tierras pertenecientes a estas comunidades (Ministerio d. A., 2018). Pero a pesar de que la propiedad sobre estos territorios implica el disfrute de lo que la tierra produce y la decisión de cómo disponer de la misma y sus recursos (como se citó en la sentencia del Segundo Juzgado Civil, sede central, 2017, p. 9), existe un límite para la disposición de recursos pues el Código minero peruano parece dejar atrás las prerrogativas mencionadas al considerar al Estado como propietario de los recursos minerales y no dar prevalencia o en su defecto oportunidad a una clasificación de minería enfocada a la actividad minera realizada por las comunidades nativas.

El caso chileno es mucho más preocupante, debido a que no existe reconocimiento constitucional de las comunidades indígenas y el derecho de autodeterminación, en lo relacionado a la propiedad sobre el territorio (Ley 19.253), se debe precisar que es un reconocimiento que no conlleva la facultad de disposición del territorio y sus recursos, pues en sus territorios, titulados o no, se realizan prácticas de explotación económica por agentes externos a la comunidad con o sin su consentimiento.

Frente a temas mineros, es el Estado quien tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (Congreso Nacional, Ley 18248 de 1983). Y en el código minero no se contempla ninguna clasificación especial de minería que considere las características especiales de la actividad minera desarrollada por grupos étnicos.

Por su parte, Bolivia y Ecuador contienen un desarrollo constitucional explícito sobre los derechos de los pueblos indígenas, pero los derechos a la autodeterminación y la propiedad del territorio colectivo se ven limitados por el desarrollo normativo minero.

Bolivia cuenta con titulación de tierras a las comunidades indígenas con uso y aprovechamiento exclusivo de sus recursos pero la ley de minería y metalurgia afirma que el ejercicio de la actividad minera administrada por el Estado, es independiente del derecho de propiedad de la tierra, sin establecer una clasificación especial basada en estándares diferenciadores en razón de cultura, tradición o derechos de propiedad de los pueblos indígenas originarios campesinos sobre sus tierras y recursos.

Ecuador contempla el derecho al territorio colectivo, propiedad sobre el mismo y sus recursos, pero frente al último, su límite está en los recursos no renovables como lo son los recursos minerales. Tampoco en esta legislación hay oportunidad o reconocimiento de minería indígena, pues el Código de Minería ecuatoriano evidencia las clasificaciones mineras según las cantidades de minerales que se pueden extraer, más no según el factor

cultural o ancestral que esté presente en esta actividad económica cuando es llevada a cabo por comunidades indígenas.

En el caso colombiano, aparte del bloque de constitucionalidad, se contempla la integridad cultural de los pueblos indígenas y su respeto al momento de realizar actividades de explotación de recursos en territorios indígenas, también se vislumbra la autodeterminación de los pueblos, lo anterior desde la óptica constitucional, pero no existe el reconocimiento constitucional de propiedad del territorio colectivo y sus recursos de manera formal, pues las menciones sobre el tema que la Corte Constitucional ha realizado son construcciones doctrinales sobre el contenido del derecho al territorio colectivo. Si bien estos dos últimos han sido objeto de pronunciamiento por la corte interamericana de derechos humanos, bajo el entendido de estar incluidos en el derecho de autodeterminación, en Colombia no existen pronunciamientos en ese sentido.

Lo anterior, nos da a entender que Colombia se encontraría en una situación intermedia entre Chile y los demás países debido a que, si bien consagra algunos de los derechos bajo estudio, carece de contenidos sobre el derecho al territorio colectivo y sus recursos. Por lo tanto, es necesario afirmar que a nuestro país le hace falta adoptar una posición concreta frente a la titularización de tierras indígenas, y de esta manera crear normas específicas sobre las condiciones y formas de realizar dicho procedimiento.

En lo que a la minería en territorios indígenas se refiere, no se encuentra regulación significativa en ninguno de los países estudiados, ya que el hecho de reservar la explotación minera al Estado parece ser una circunstancia generalizada y por lo tanto no influye ningún reconocimiento frente a los derechos indígenas, ni frente a sus territorios y recursos. A pesar de ello, cabe hacer una salvedad en este punto, ya que Colombia parece tener una mayor protección a nivel normativo infra constitucional, pues en la ley 685 de 2001 se otorga una prevalencia para la concesión minera a los pueblos indígenas frente a exploración y explotación que se lleve a cabo en su territorio; de igual manera los estándares en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 *Paz, equidad, educación* son más avanzados en tanto reconocen un tipo particular de minería; es decir la minería artesanal, tomando como base el desarrollo que determinados grupos étnicos han hecho de la actividad minera desde hace mucho tiempo atrás para su sustento, pero no diferencia tipos de comunidades étnicas y hasta el momento solo existe un exhorto de la Corte Constitucional para realizar dicha diferenciación. Por su parte el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 *Pacto por Colombia, pacto por la equidad*, abarca un nuevo tipo de minería al establecer las características de la minería de subsistencia y también fija parámetros específicos para la formalización minera, los cuales podrían servir de base para la regulación de la minería ancestral, sin embargo cabe

aclarar que al igual que las demás normas analizadas, este Plan Nacional de Desarrollo no reconoce la existencia de la minería ancestral.

De esta manera se concluye que salvo la titulación de los territorios colectivos realizada en otros países, no se ha encontrado un desarrollo o institución jurídica que sirva para trasplantar al ordenamiento jurídico colombiano con el fin de regular la minería ancestral. Por lo tanto, se considera que la búsqueda de la viabilidad de la regulación de la minería ancestral, puede encontrar bases más sólidas en la normatividad interna.

5.1. Minería ancestral en Colombia: un camino posible

Como hemos visto en la presente investigación la discusión sobre derechos de pueblos indígenas implica el reconocimiento de prerrogativas básicas como son la autodeterminación y la propiedad del territorio colectivo en el entendido que es dentro del mismo donde se pueden llevar a cabo prácticas culturales y ancestrales propias de las comunidades indígenas; la importancia de los derechos mencionados es reconocida por Graham y Friederichs (2012) cuando anotan que: “(...) hay un triángulo de derechos que son relevantes para una discusión más amplia sobre la intersección de derechos indígenas y medio ambiente: estos son autodeterminación, cultura y territorio” (p. 3). Al mismo tiempo los mencionados autores manifiestan que: “(...) la autodeterminación se vincula con nociones de supervivencia cultural, desarrollo económico, libertades políticas y otros derechos humanos básicos” (p. 4). Con base en lo anterior y en el análisis realizado en esta investigación es lógico afirmar que la autodeterminación solo se puede ver materializada al relacionarla con el reconocimiento de la propiedad sobre el territorio colectivo y la garantía del desarrollo de la cultura y tradiciones indígenas; estos derechos a su vez se pueden manifestar de diferentes formas como por ejemplo en actividades de carácter económico desarrolladas de manera ancestral por dichas comunidades, este es el caso de la minería ancestral, cuyos componentes y viabilidad de regulación han sido estudiados y se concretarán en este capítulo.

La minería ancestral consiste en la disposición de recursos no renovables presentes en territorios indígenas y es una práctica económica realizada por individuos pertenecientes a comunidades indígenas, también hace parte de las reivindicaciones del derecho de propiedad de los territorios colectivos y la disposición de sus recursos, y por lo tanto integra los llamados *derechos bioculturales* que según Bavikatte y Bennett (2015)

conectan a las comunidades con sus tierras y recursos naturales a través de sus sistemas de tenencia, pero estos derechos no son simples reclamaciones de propiedad, sino que se basan en la historia de administración que han ejercido las comunidades para cuidar sus tierras y recursos; por lo tanto se

puede hablar de propiedad integral por posesión y administración ancestral. (s.p.).

A pesar de las importantes implicaciones que la minería ancestral contiene en Colombia no existe regulación de esta actividad económica ni un esquema jurídico que permita su fácil reivindicación, por lo tanto se hace necesario regular la misma partiendo de dos aspectos fundamentales:

- I. Regulación del concepto de minería ancestral
- II. Titularidad del territorio colectivo y sus recursos

5.1.1. El concepto de minería ancestral

Como se ha observado a lo largo de la presente investigación, este concepto guarda una estrecha relación con derechos de carácter fundamental cuya titularidad corresponde a los pueblos indígenas, es por lo anterior que atendiendo a la necesidad de desarrollar estos derechos de manera directa se requiere una modificación sustancial al código minero colombiano donde se implemente el concepto en cuestión. Al momento de proceder con la regulación antes mencionada, es importante considerar que la práctica de este tipo de minería implica disponer de los recursos naturales que se encuentran en los territorios colectivos y administrar los mismos, es por esto que dicha ley deberá contemplar:

1. Los parámetros para que la minería realizada sea considerada minería ancestral, como realizar la actividad de extracción de forma manual y por miembros de las comunidades indígenas, excluir el uso de químicos industriales para la extracción de minerales, no contemplar la mega minería y que la comunidad cuente con una historia de extracción de minerales o recursos no renovables obtenidos del subsuelo;
2. Características y obligaciones que deben cumplir estos mineros para que se puedan considerar titulares del derecho y realizar esta práctica;
3. Establecer como única forma de minería permitida en territorios indígenas, la minería ancestral.
4. Autoridad ante la que deben responder los mineros indígenas en caso de una mala práctica de la minería ancestral.

El último punto no supone una suplantación de las especiales características del derecho indígena, sino la tesis de establecer zonas grises entre el derecho mayor y el derecho nacional donde debe ser obligatoria la conexión entre las dos jurisdicciones pues se habla de implicaciones directas que no afectan solo a la comunidad indígena, sino que las malas prácticas amparadas bajo la minería ancestral pueden decantar en perjuicios a comunidades enteras que no pertenezcan a la comunidad indígena, su implicación directa con el derecho al medio ambiente sano no permite

sectorizar la responsabilidad en una jurisdicción aislada en razón al sujeto activo, sino que la responsabilidad deberá ser contemplada en razón a los afectados.

5.1.2. Titularidad del territorio colectivo y sus recursos

Según el análisis realizado, la manera más expedita de reconocer la titularidad del territorio colectivo es la vía jurisprudencial mediante la aplicación de la interpretación que la comisión interamericana de derechos humanos realiza, bajo el entendido de que la dimensión colectiva del territorio se relaciona inescindiblemente con la propiedad del mismo, de igual forma no se puede desconocer precedentes exitosos de titulación como el de Perú, sin embargo la titulación de tierras por esta vía al considerar como fundamentales los derechos al territorio colectivo, la propiedad del mismo y sus recursos puede acarrear serios problemas con el resto de la ciudadanía ante el temor de conflictos con predios de particulares que alguna vez fueron de las comunidades indígenas, ante esta situación como dijo Gilbert (2016) respecto de la teoría de restitución de tierras para comunidades indígenas: La solución idónea para estos conflictos de temores infundados, consiste en llevar a cabo un diálogo justo entre los pueblos indígenas y el resto de la población, con la consecuente modificación de las relaciones entre Estado y pueblos indígenas, pues se plantea que el Estado ya no es el único actor que determina el uso de las tierras y los recursos no renovables.

Para hacer realidad los planteamientos anteriores se requiere del uso de sentencias de diálogo significativo bien estructuradas y con definiciones concretas de los puntos de partida y los objetivos; así los puntos de partida serían los supuestos afirmativos de la propiedad integral de territorios colectivos indígenas en razón de la administración ancestral del territorio y sus recursos, aceptando que dentro de los recursos de los territorios indígenas se encuentran los recursos renovables y los no renovables que se hallan en el subsuelo, por lo tanto no se podría seguir contemplando al Estado como único titular de todo el subsuelo colombiano y sus recursos minerales.

Los objetivos de estas sentencias se centrarían en la titulación y demarcación de los territorios colectivos indígenas para realizar la administración y disposición del territorio y sus recursos; estos tienen una esfera interna y externa: la esfera interna deberá desarrollarse bajo los parámetros de tenencia de la comunidad, y la esfera externa se desarrollará en atención a los efectos de título de propiedad civil para los ciudadanos que no ostenten la calidad de indígenas.

Dicho lo anterior, las sentencias de diálogo significativo deberán contar con tres partes: la primera consistente en una declaración de propiedad de los territorios colectivos, sus recursos, el subsuelo y sus minerales; la

segunda necesariamente deberá ordenar un diálogo significativo entre el Estado, las comunidades indígenas, pues “el desarrollo industrial impacta la vida de la gente, en particular de los pueblos indígenas” (Lertzman D. & Vredenburg H., 2005, p. 240) y los particulares afectados por la demarcación de los territorios y revocaciones de concesiones de explotación de recursos no renovables dentro de los territorios indígenas, a fin de establecer quien posee mejor derecho en la demarcación de los territorios y llegar a un acuerdo para cesar la explotación de recursos naturales no renovables por parte de terceros que no ostenten la calidad de indígenas; es por esto que los diálogos se deben cumplir con las características establecidas por Gargarella (2015), quien manifiesta que al tratarse de decisiones públicas, deberán ser tomadas después de un proceso de discusión colectiva y que se debe incluir a todos los afectados; y la tercera parte consistirá en la implementación de medios de seguimiento a las decisiones tomadas en la sentencia.

CONCLUSIONES

El análisis realizado en la presente investigación permitió establecer en inicio que las bases normativas internacionales reconocen ampliamente el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y derecho de propiedad sobre el territorio colectivo, además dichas bases han sido reconocidas en Colombia mediante su desarrollo jurisprudencial¹⁵, permitiendo la existencia de un sustento normativo interno suficiente que viabilice la regulación de la minería ancestral. A pesar de ello, Colombia carece de una norma que regule de forma concreta el reconocimiento del derecho a la propiedad del territorio colectivo, esencial para el posterior reconocimiento de la minería ancestral.

Continuando con la regulación de la minería ancestral, la misma se considera necesaria por las condiciones especiales de este tipo de minería, el reconocimiento normativo del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y la propiedad sobre el territorio colectivo; pero se subraya de igual manera que la misma puede tener consecuencias negativas en caso de ser practicada de forma errónea y por lo tanto se deben establecer parámetros claros frente a sus características, los sujetos que son titulares de este derecho, la forma en que se debe practicar y las consecuencias de su mala praxis ya que estas pueden afectar los recursos renovables y no renovables de interés general y a las personas ajenas a las comunidades indígenas.

15. Aunque a nivel legal también existe el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas como se pudo evidenciar en capítulos anteriores, aunque aún de forma insuficiente para poder regular la minería ancestral.

Considerando la protección brindada por el derecho a estas comunidades indígenas y por lo tanto a su cultura y la forma en como esta se expresa¹⁶, así como la normativa nacional e internacional que se pronuncia sobre la materia, los parámetros establecidos en el último capítulo de la presente investigación y simultáneamente la afectación que el reconocimiento planteado puede causar a terceros; se considera que la regulación de la minería ancestral se convierte en un punto necesario a tratar y cuenta con la viabilidad suficiente.

REFERENCIAS

- Asamblea Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6716.pdf>.
- Asamblea Constituyente (2009). Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (2007, 13 de septiembre). Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>
- Asamblea Legislativa Plurinacional (2014, 28 de mayo). Ley 535 de 2014 “Ley de Minería y Metalurgia”. Recuperado de https://cedib.org/post_type_leyes/ley-535-de-mineria-y-metalurgia-promulgada-28-05-2014/.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Banco Central del Ecuador (2016). Reporte de minería. Recuperado de <https://contenido.bce.fin.ec/documentos/Estadisticas/Hidrocarburos/ReporteMinero072016.pdf>.
- Bavikatte, K. & Bennett, T. (2015). Community stewardship: The foundation of biocultural rights. *Journal of Human Rights and the Environment*, 6 (1), pp. 7-29.
- Chile. Congreso Nacional (1983, 14 de octubre). Ley 18248 “Código de Minería. Diario Oficial: 1983-10-83. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29668>.
- Chile. Congreso Nacional (1993, 5 de octubre). Ley indígena 19253 “Por la cual se establecen normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Diario Oficial: 1993-10-05. Santiago de Chile.

16. Desarrollando distintas actividades dentro de su territorio y continuando con la administración ancestral de sus recursos, entre otras formas ya expresadas.

- Colombia. Congreso de la República (2001, 15 de agosto). Ley 685 de 2001 “Por la cual se expide el Código de Minas”. Bogotá.
- Colombia. Congreso de la República (2019, 25 de mayo). Ley 1955 de 2019 “Por medio de la cual se dicta el Plan Nacional de Desarrollo “Pacto por Colombia, pacto por la equidad”. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (1993, 12 de mayo). Sentencia T-188, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2011, 12 de abril). Sentencia T-282, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2016, 19 de enero). Sentencia T-005, M.P. Jorge Iván Palacio. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2016, 27 de julio). Sentencia C-389, M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Informe de la CIDH). Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.
- Comunidad Andina de Naciones (2012, 30 de junio). Decisión 774. Recuperado de: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/decision_744.pdf
- Comunidad Andina de Naciones. Tribunal de justicia (2017, 17 de febrero) Interpretación prejudicial 575-IP-2015, M.P. Hugo Ramiro Gómez Apac. Quito.
- Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf.
- Departamento Nacional de Planeación (2015). Plan Nacional de Desarrollo todos por un nuevo país “Paz, Equidad, Educación”. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%201%20internet.pdf>
- Editora Antioquia (21 de julio 2017). Mineros de Segovia y Remedios en Antioquia, salen a paro por incumplimientos del gobierno. Colombia Informa. Recuperado de <http://www.colombiainforma.info/mineros-de-segovia-y-remedios-en-antioquia-salen-a-paro-por-incumplimientos-del-gobierno/>.
- Espinosa, O. (2016). Gobiernos Subnacionales y Pueblos Indígenas en la Amazonía Peruana. Cuaderno de Trabajo, 5 (33).
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los Derechos Fundamentales. Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional (15), pp. 118-124. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5772> ISSN: 1405-9193.
- Gargarella, R. (2015). Deliberative democracy, dialogic justice and the promise of social and economic rights, pp. 105-120. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315867687>
- Gilbert, J. (2016). Indigenous people’s land rights under international law: From victims to actors. Hotei Publishing, p. 170.

- González, P. (2015). Retos de la actividad minera en Colombia. *Advocatus*, 12 (24), pp. 141-155.
- Graham, L. & Friederichs, N. (2011). Yale Human Rights and Environmet Dialogues Spring 2011 Report. Indigenous people, Human Rights, and the Environment. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1979745.
- Günza, L. (2013). La pequeña minería en Colombia: Una actividad no tan pequeña. *DYNA*, 80 (181), pp. 109-117.
- Henríquez, M. (2018). Desafíos en autonomía y reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. *Estudios Públicos*, (149), pp. 297-310.
- La Asamblea General (2016, 14 de junio). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.
- Lascarro, A. & Figuera, S. (2015). Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Uniandes*, (53), pp. 65-76. DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/res53.2015.05>.
- Lertzman, D & Vrendenburg, H. (2005). Indigenous Peoples, Resource Extraction and Sustainable Development: An Ethical Approach. *Journal of Business Ethics*, 56, pp. 239-254. DOI: 10.1007/s10551-004-3528-8.
- Ministerio De Minas y Energías (2012). Perfil socioeconómico de los mineros colombianos. Censo minero departamental 2010-2011. Recuperado de <https://www.minenergia.gov.co/censominero>.
- Ministerio de Minería gobierno de Chile (2014). Empresas Mineras y Pueblos Indígenas en Chile: Buenas prácticas para la construcción de relaciones de beneficio mutuo. Recuperado de: <http://www.minmineria.gob.cl/media/2014/05/>.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1989, 27 de junio). Convenio 169 “Sobre pueblos indígenas y tribales”. Ginebra, 76ª reunión CIT.
- Ospina, E. & Ramírez, J. (2016). Análisis de la responsabilidad del Estado frente a la problemática socio jurídica de la explotación minera en Marmato (Tesis de pregrado). Universidad de Manizales, Manizales, Caldas.
- Perú. Congreso de la República (2008, 25 de junio) Decreto legislativo No. 1040 de 2008.
- Perú. Ministerio de Ambiente (2017). Declaración Conjunta de Intención (DCI) entre el gobierno de la República del Perú, el gobierno del reino de Noruega y el gobierno de la República Federal de Alemania. Recuperado de: <http://www.bosques.gob.pe/declaracion-conjunta-de-intencion>.
- Perú. Presidencia de la República (1992, 04 de junio). Decreto Supremo No. 014-92-EM “Ordenado de la Ley General de Minería”. Recuperado de <https://vlex.com.pe/vid/texto-unico-ordenado-ley-732026365>.
- Perú. Segundo Juzgado Civil, Sede central (2017, 20 de diciembre). Acción de Amparo. Expediente: 00394-2015-0-1903-JR-CI-02, Juez: Sergio Antonio del Águila Salinas. Lima.