PROSPERIDAD PARA TODOS

8140-2-21131

Bogotá D.C., 25 JUL. 2014

Señor
HÉCTOR ANDRÉS CÁRDENAS BOCANEGRA
Profesional Universitario
Vicepresidencia de Riesgos
Banco Agrario de Colombia
Hector.cardenas@bancoagrario.gov.co

Referencia: Radicado MADS 4120-E1-21131 del 24 de junio de 2014

Respetado señor Cárdenas,

En atención a la consulta presentada con el radicado de la referencia, en la cual pregunta lo siguiente: "Las comunidades indígenas, organizadas en resguardos y reconocidas por el Ministerio del Interior, son autónomas para decidir el manejo de los recursos naturales de su territorio o requieren permiso/concesión de la autoridad ambiental para hacer el uso o afectación de éstos?", le comunico que:

Este Ministerio en otras oportunidades al referirse al alcance del ejercicio ambiental de las autoridades tradicionales indígenas[1], ha expresado:

"El ejercicio del poder público en Colombia se rige por el principio de legalidad, según el cual las autoridades públicas sólo están facultadas para ejercer las funciones expresamente asignadas en la Ley[2].

La referencia única que hace la Constitución Política a las **autoridades de los pueblos indígenas** se orienta a asignarles competencia para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial[3]. Las funciones jurisdiccionales se relacionan con la competencia para ejercer el poder judicial con base en las normas materiales y procedimentales de la comunidad.

---

[1] Memorando 1200-I2-143116 del 13 de enero de 2010

[2] Constitución Política de Colombia, "*ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*".

"*Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*".

[3] Ibid. "*ARTICULO 246. 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*".

28 JUL. 2014

Sobre el ejercicio de estas funciones, la Corte Constitucional ha señalado[1]:

"... 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 jurisdición 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 nacional. Los dos primeros elementos forman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidads 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."

Por su parte, a los consejos de los "***los territorios indígenas***", la Constitución asignó la función de "*velar por la preservación de los recursos naturales*"[2]...

Las **Entidades Territoriales Indígenas** –ETIs-, una vez constituidas a partir de la expedición de la ley orgánica de ordenamiento territorial, las señaló como beneficiarias de las transferencias del Sistema General de Participaciones; al tiempo que autorizó a la Ley para establecer como beneficiarios a los **resguardos indígenas**, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial indígena[3]. Es a estas entidades territoriales indígenas a las que deberá corresponder el ejercicio de funciones político – administrativas, en la forma en que determine le ley.

Así las cosas se hace necesaria la precisión en la definición y naturaleza constitucional de las Entidades Territoriales Indígenas, los Resguardos Indígenas, y los Territorios Indígenas. Las ETI´s son personas jurídicas de derecho público, integrantes de la estructura organizativa del Estado, habilitadas para el ejercicio de las competencias públicas que les asigne la ley. Por su parte, los Territorios Indígenas, referidos al espacio geográfico que constituye el ámbito del ejercicio de la cultura[4], no son una entidad territorial propiamente dicha, pero fueron habilitados por la Constitución

---

[1] Sentencia C 139 de 1996

[2] *"ARTICULO 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:*
1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los 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 sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.
(...)

[3] Constitución Política, Artículo 356.

[4] *Además, el decreto citado [Decreto 2001 de 1988] precisó los conceptos de "territorio indígena", que es definido como "aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales".* En Sentencia T-514 de 2009, MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

para el cumplimiento de los deberes arriba citados. Finalmente, los Resguardos son las áreas donde se ejerce el derecho de propiedad colectiva y los derechos de autonomía de las comunidades[1].

Revisada la función asignada a los Territorios Indígenas en materia ambiental, se observa que la misma no corresponde a una competencia que transfiera la administración y manejo de los Recursos Naturales Renovables de las Corporaciones Autónomas Regionales a estos territorios, sino que se limita a velar por la preservación de dichos recursos. Lo anterior deriva no sólo de la redacción misma de la función, sino de la naturaleza ya explicada de los territorios indígenas. Más aún, el parágrafo del mismo artículo al referirse a la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, sitúa en el Gobierno la competencia para adoptar las decisiones, en las que en todo caso debe asegurar la participación de las comunidades[2]."

"El Convenio 169 de la OIT, incorporado al bloque de constitucionalidad señala:

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

Esta norma contempla dos consecuencias del derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales renovables en sus territorios. Por una parte, un derecho de participación tanto en la utilización como en la administración y conservación de esos recursos; y por otra, un derecho de consulta sobre las decisiones sobre explotación de tales recursos, cuando el Estado tenga derechos sobre los mismos.

---

[1] "un *"resguardo indígena"* es *"una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su 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".(...)*
"El resguardo, institución política legal en la que las comunidades indígenas ejercen la propiedad colectiva sobre sus territorios ancestrales, y materializan al máximo sus derechos de autonomía y sus vivencias culturales, carece empero del carácter de entidad territorial; son más que tierra, pero carecen aún de algunos de los atributos de las entidades territoriales indígenas"(...) En Sentencia T-514 de 2009, MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

[2] Artículo 330. *"PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades."*

En Colombia, los recursos naturales renovables pertenecen a la Nación, sin perjuicio de derechos adquiridos, por lo cual resulta aplicable también el numeral 1 del artículo citado[1].

El derecho de participación debe ser analizado de manera integral con otras disposiciones del mismo convenio, en el sentido que los pueblos indígenas tienen derecho a controlar sus propios procesos de desarrollo y, en esa medida, a participar en la planeación nacional que les incumba[2].

Por su parte, el derecho de consulta debe atender a los estándares que el mismo instrumento ha señalado[3].

Aunque buena parte del derecho de participación en el uso y administración de los recursos naturales renovables pueda ser satisfecho a través de los mecanismos de consulta previa, el alcance del mismo permite el desarrollo de mecanismos adicionales, para la participación de los pueblos indígenas en la administración y manejo de los recursos naturales[4].

---

[1] Decreto-Ley 2811 de 1974. "**Artículo 1:** *El ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social. La preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social.*
Artículo 42: *Pertenecen a la nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales regulados por este Código que se encuentren dentro del territorio nacional, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por particulares y de las normas especiales sobre baldíos.*"

[2] Convenio 169, OIT "*Artículo 7*
1. *Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.*"

[3] Convenio 169, OIT *Artículo 6*
"1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."

[4] Convenio 169, OIT *Artículo 33*
1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.
2. Tales programas deberán incluir:
a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

En la interpretación de estas normas, la Corte Constitucional se refirió a la autonomía que ostentan las comunidades indígenas en ejercicio de sus derechos, y particularmente los relacionados con los recursos naturales renovables[1]. Sin embargo, en relación con esta autonomía la Corte precisó, por una parte, que tales derechos no son absolutos sino que se sujetan a principios superiores[2], y por otra, que el Estado conserva la obligación de protección de los citados recursos en los territorios colectivos, para lo cual conserva sus competencias públicas, al punto de generar su responsabilidad[3].

Así las cosas, los derechos de los pueblos indígenas relacionados con la administración de los recursos naturales renovables, son derechos de participación en esa administración, los cuáles pueden ser ejercidos a través de los mecanismos de consulta existentes, o bien a través de nuevos mecanismos de participación y coordinación, que establezca el Estado en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales e internacionales.

---

b) la proposición de medidas legislativas y de otras índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

[1] Sentencia T-380 de 1993.

[2] *12. El reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los resguardos[3] (CP art. 329) en favor de las comunidades indígenas comprende a la propiedad colectiva de éstas sobre los recursos naturales no renovables existentes en su territorio. Lejos de usurpar recursos de la Nación, el acto de disposición de bienes baldíos para la constitución de resguardos indígenas es compatible con el papel fundamental que estos grupos humanos desempeñan en la preservación del medio ambiente. La prevalencia de la integridad cultural, social y económica de estas comunidades sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios - la que sólo es posible si media la autorización previa del Estado (CP art. 80) y de la comunidad indígena (CP art. 330) -, se erige en límite constitucional explícito a la actividad económica de la explotación forestal. (...)*
13. El derecho de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, no otorga una facultad omnímoda a los representantes de las respectivas comunidades indígenas para disponer libremente de ellos. La autonomía de las autoridades indígenas en el manejo de sus propios asuntos, en especial respecto del aprovechamiento de los recursos naturales (CP art. 330), debe ser ejercida con plena responsabilidad (CP art. 95-1). En favor de la comunidad indígena siempre podrá aducirse la doctrina ***ultra vires*** *frente a actuaciones de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de las riquezas naturales comprendidas en su territorio, y a las cuales por lo tanto se las debe despojar de todo poder vinculante.* Sentencia T-380 de 1993.

[3] *17. No sucede lo mismo respecto del sujeto público demandado toda vez que la omisión en el cumplimiento de sus funciones legales puede representar una amenaza actual de los derechos fundamentales.*
Es obligación del Estado proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (CP art. 8), entre ellas la diversidad e integridad del ambiente (CP art. 79). Con tal fin se adoptó como principio fundamental de política económica la planeación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (CP art. 80) y la intervención estatal en la economía para propender la preservación de un medio ambiente sano (CP art. 334). En la ejecución de estas directrices, el Estado tiene, entre otras funciones, las de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (CP art. 80).
El incumplimiento de la función de vigilancia ambiental por parte de las entidades oficiales que tienen a su cargo el cuidado y la preservación del medio ambiente propicia los abusos de particulares en la explotación de los recursos naturales. Esta situación puede verse agravada si luego de ocasionado un daño forestal el Estado no actúa oportunamente para prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (CP art. 80). La omisión de la función estatal de restauración del medio ambiente gravemente alterado mantiene la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo es materia de la presente acción de tutela. Sentencia T-380 de 1993.

En todo caso, la figura político administrativa de las ETI´s deberá articular dichos mecanismos con estas entidades públicas."

Conforme a lo expuesto, las comunidades indígenas, organizadas en resguardos y reconocidas por el Ministerio del Interior requieren permiso, autorización, concesión o licencia ambiental otorgada por la autoridad ambiental cuando se pretenda hacer el uso o afectación de los recursos naturales, salvo los casos en los cuales es posible que el derecho a usar los recursos naturales renovables pueda ser adquirido por ministerio de la ley, conforme lo determina el Decreto Ley 2811 de 1974 en su artículo 51.

El presente concepto se emite en los términos del Artículo 28 de la Ley 1437 de 2012.

Atentamente,

Constanza Atuesta Cepeda
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró. Adriana P. Rondón
Revisó. Camilo Alexander Rincón