



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera: Ana María Charry Gaitán

Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Número Único: 11001 03 06 000 2022 00230 00

Referencia: Conflicto positivo de competencias administrativas

Partes: Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) y Cabildo Indígena Escopetera y Pirza

Asunto: Autoridad competente para conocer de un procedimiento sancionatorio ambiental, con ocasión de presunta infracción consistente en el uso no autorizado de aguas superficiales en territorio indígena.

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el mayor respeto por la decisión mayoritaria de la Sala de Consulta y Servicio Civil, me permito expresar a continuación, las razones que sustentan mi aclaración de voto, en relación con la decisión adoptada en la fecha dentro del conflicto de competencia administrativa de la referencia.

En dicho pronunciamiento se declaró competente a la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) para continuar el proceso sancionatorio ambiental iniciado, mediante Auto 653 del 25 de agosto de 2021, contra la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes (ADCVT), con ocasión del uso no autorizado de la fuente hídrica denominada quebrada Tamboral, afluente, a su vez, de la quebrada Batero del municipio de Quinchía (Risaralda).

- La decisión referida se adoptó teniendo como base los siguientes argumentos:
 - El autogobierno de la jurisdicción especial indígena se ve limitado en este caso, en razón a que el bien jurídico presuntamente vulnerado, esto es, el derecho fundamental y colectivo al agua, trasciende de la esfera atinente a la comunidad que habita el resguardo Escopetera y Pirza, a la del interés colectivo de la sociedad y de la humanidad, de manera que el aprovechamiento de la fuente hídrica materia de la actuación sancionatoria denota un impacto y efecto general, y en consecuencia no constituye derecho propio asociado a la cosmovisión, usos y costumbres de la comunidad indígena¹.

¹ Página 55 de la decisión.

- La Ley 99 de 1993 en su artículo 31 dispone como función de las corporaciones autónomas regionales, la relativa a otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables, o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente, entre ellas, y de manera expresa, el uso de aguas superficiales y subterráneas².
- La CARDER es la autoridad que otorgó a la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes (ADCVT), la concesión para el uso de aguas superficiales provenientes de la Quebrada Tamboral en la vereda Los Trojes, jurisdicción del municipio de Quinchía, Risaralda, y, por lo tanto, en los términos del parágrafo del artículo 2° de la Ley 1333 de 2009, es la autoridad competente para ejercer el poder sancionatorio ambiental por tales hechos, contra la mencionada asociación³.
- El proceso sancionatorio ambiental dispuesto por la CARDER mediante Auto 653 del 25 de agosto de 2021, fue iniciado contra la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes (ADCVT), persona jurídica sin ánimo de lucro, titular en su momento de la concesión otorgada para el uso de recurso hídrico, y no contra ninguno de sus integrantes individualmente considerados, ni contra miembros del Resguardo Indígena Escopetera y Pirza.
- Dicha asociación es sujeto de derechos y obligaciones distintas a los de las personas que la conforman, y en todo caso, no figura en el registro público de información censal de comunidades y resguardos indígenas del Ministerio del Interior⁴.

-Respecto de estos argumentos, aclaro mi voto en esta oportunidad, porque considero que, en primer lugar, no existe claridad sobre la existencia misma del conflicto; en segundo lugar, el análisis que se hace del caso concreto no permite arribar a las conclusiones que señala el pronunciamiento; y, en consecuencia, tampoco es posible establecer, con certeza, la autoridad competente para continuar con el procedimiento sancionatorio ambiental. Para poder determinar la autoridad competente, era necesario realizar un estudio detallado de las circunstancias que rodean el presunto conflicto puesto a consideración de la Sala, a la luz de un **enfoque diferencial étnico** y, en ese sentido, tomar en consideración los elementos y principios decantados por la jurisprudencia constitucional para resolver asuntos de esta naturaleza que involucren a la Jurisdicción Especial Indígena.

-Para sustentar mi postura, a continuación, haré referencia, en principio, a dos temas de carácter general, tales como:

² Página 56 de la decisión.

³ *Ibidem*.

⁴ Consulta efectuada en el sitio web del Ministerio del Interior, el 30 de marzo de 2023. <https://datos.mininterior.gov.co/VentanillaUnica/indigenas/censos/Persona>

- (i) La diversidad étnica y cultural de la Nación y el derecho fundamental al territorio de los pueblos indígenas y tribales. Con énfasis en la explotación de recursos naturales en territorio indígena y las funciones de sus órganos de gobierno; e
- (ii) Instrumentos de política pública diseñados para contribuir a la implementación del enfoque diferencial étnico en el plano ambiental en el accionar del Estado.

Con fundamento en dichos postulados, señalaré los aspectos que considero requerían un mayor análisis por parte de la Sala para adoptar la decisión en el conflicto, como son:

- (iii) Los supuestos fácticos que preceden al presunto conflicto de competencia administrativa no son claros y, en consecuencia, no puede afirmarse que, en efecto, este se haya configurado;
- (iv) Los elementos *territorial, personal, objetivo e institucional* decantados por la jurisprudencia constitucional para dirimir conflictos de competencia complejos que involucren a la Jurisdicción Especial Indígena, requerían un análisis detallado que permitiera a la Sala llegar a una conclusión certera frente a la competencia cuya definición se reclamaba;
- (v) En el análisis del caso concreto no se incluyeron los principios que, según la jurisprudencia constitucional, deben orientar la resolución de conflictos de competencia que involucran a la Jurisdicción Especial Indígena;
- (vi) La referencia al *principio de precaución* en el presente caso se advierte innecesaria; y
- (vii) El estudio del caso concreto no permite arribar a las conclusiones que se plasman en dicho aparte y tampoco a la decisión que se adopta, por la falta de análisis de los elementos y principios decantados por la Corte Constitucional para resolver conflictos de competencias que involucran a la Jurisdicción Especial Indígena; así como la falta de aplicación del enfoque diferencial étnico en el proyecto, en general. Lo anterior impedía que se pudiera establecer con certeza la autoridad competente en este caso.

1. La diversidad étnica y cultural de la Nación y el derecho fundamental al territorio de los pueblos indígenas y tribales. Con énfasis en la explotación de recursos naturales en territorio indígena y las funciones de sus órganos de gobierno

1.1 En primer lugar, el carácter democrático y pluralista del Estado colombiano, determinado en el artículo primero de la Constitución, así como el deber de las autoridades de proteger y respetar la diversidad étnica y cultural de la Nación, contenida en los artículos 7 y 70 de la Carta, implican la necesidad y la obligación de asegurar la garantía del goce efectivo de los derechos diferenciados de los pueblos étnicos, para velar por su pervivencia física y cultural.

Con tal propósito el Estado debe propender por que los pueblos indígenas y tribales del país puedan, en forma autónoma, tener el control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, y con ello desplieguen su derecho a la autodeterminación, entendida ésta como la capacidad para darse su propia organización social, económica

y política, es decir, el derecho que tienen a decidir sobre asuntos culturales, espirituales, políticos y jurídicos que los afecten.

De lo anterior se desprende que el derecho al territorio está acompañado de su administración efectiva. De acuerdo con la Constitución y los instrumentos internacionales⁵, este es un elemento importante para el desarrollo autónomo de las comunidades étnicas.

De un lado, la Constitución contiene mandatos taxativos que garantizan y protegen los territorios indígenas en el país (artículos 286, 287, 288, 321, 330 y 56 transitorio) y los resguardos (artículos 63, 329 y 356). En efecto, el artículo 286 precisa que los territorios indígenas son entidades territoriales⁶ y, seguidamente, el artículo 287 determina que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley detentan derechos a: i) gobernarse por autoridades propias; ii) ejercer las competencias que les correspondan; iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y, iv) participar en las rentas nacionales.

Aunado a lo anterior, el artículo 288 establece que la ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales y que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los términos que establezca la ley.

Lo anterior se complementa con el artículo 329 que señala que 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 Territorial⁷. Agrega tal norma que los resguardos indígenas son de propiedad colectiva y no enajenable y que la ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

En este punto, resulta importante mencionar que el artículo 330, frente a las funciones de los órganos de gobierno de los territorios indígenas y la explotación de los recursos naturales, expresamente, afirma que:

⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007).

⁶ Las ETI tienen como finalidad garantizar que las autoridades tradicionales administren los territorios legalmente constituidos o ancestralmente ocupados por los pueblos indígenas; salvaguardar la supervivencia de estos últimos y preservar sus cosmovisiones. A diferencia de otras entidades territoriales, gozan de una autonomía especial, ya que, además de las garantías previstas en el artículo 287 de la Constitución a favor de los territorios indígenas, gozan de la protección de los derechos constitucionales propios de estas comunidades a la autonomía y a la libre determinación, entre otros.

⁷ El artículo transitorio 56 de la Constitución ordena que mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.

[...]

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 preservación de los recursos naturales.

[...]

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. [Énfasis agregado]

De otro lado, **el Convenio 169 de la OIT**, sobre pueblos indígenas y tribales, parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto⁸, define una protección reforzada respecto a territorios de pueblos tribales, estableciendo que los Estados tienen la obligación de «respetar el carácter colectivo de los territorios de estos pueblos, por el valor cultural y espiritual que este representa y la relación que tiene con su pervivencia, por lo que establece el derecho de estas comunidades a decidir el proceso de desarrollo que afecte a las tierras que ocupan, y de salvaguardar otras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. (Artículos 13, 14, 19 a, 7.1). En torno a los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, el artículo 15 del referido convenio determina que:

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 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 procedimiento 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

⁸ En aplicación del artículo 93 de la Constitución, diversos instrumentos internacionales han definido derechos y mecanismos de respeto, protección y garantía de los pueblos indígenas, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos internacionales dirigidos a atacar la discriminación, en relación con la situación de los pueblos indígenas y tribales en diversas regiones del mundo, con el objeto de que estos pueblos asuman por sí mismos «el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico [para poder] mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven», como el Convenio 169.

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 pueda sufrir como resultado de esas actividades. [Subrayado propio]

El reconocimiento anterior se da teniendo en consideración que históricamente el territorio para los pueblos indígenas ha sido un elemento esencial para su pervivencia pues en este confluyen y se materializa su relación comunitaria y colectiva en diversas dimensiones. Por ello, los instrumentos internacionales reconocen la relación de los pueblos indígenas con la tierra, por lo que también la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)** resalta en su preámbulo que estos pueblos minoritarios han «sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses», por lo que la protección y garantía de las tierras, territorios y recursos de comunidades indígenas se convierte en una necesidad preponderante para la protección de derechos, con la finalidad de «mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades».⁹

En el mismo sentido, la citada declaración desarrolla, en forma explícita, el derecho al territorio colectivo indicando que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado, y para ello es necesario asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de sus derechos, a través de diferentes mecanismos e instrumentos¹⁰.

1.2 Desde el punto de vista legal, el artículo 2.14.7.1.2. del Decreto 1071 de 2015¹¹, que compiló entre otros el Decreto 2164 de 1995¹², definió los territorios indígenas como «las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígenas y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales».

El Decreto 1953 de 2014¹³ creó un régimen especial de administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas, que opera mientras el Congreso expide la ley que crea

⁹ Al respecto el Preámbulo indica «Convencida de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades».

¹⁰ Artículos 25.1, 25.2, 25.3, 27, 28, 29 y 30.

¹¹ «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural»

¹² «Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional».

¹³ «Artículo 1. Objeto. El presente decreto tiene por objeto crear un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas, conforme las disposiciones aquí establecidas, entre tanto se expide la ley de que trata

las entidades territoriales indígenas (ETI) en desarrollo de lo previsto en el artículo 329 de la Constitución. De esta manera, el Gobierno determinó las funciones de los territorios indígenas y sus mecanismos de financiación, control y vigilancia, que se orientan a la garantía de los derechos de estos pueblos y a la protección de su diversidad étnica y cultural¹⁴.

Esta normativa en su artículo 13, sobre las competencias generales de los territorios indígenas consagra que:

Los Territorios Indígenas ejercerán las siguientes competencias dentro del ámbito de su autonomía para la gestión de sus intereses en el marco de sus planes de vida:

[...]

3. Definir, ejecutar y evaluar las políticas económicas, sociales, ambientales y culturales propias en el marco de los planes de vida, en los respectivos territorios dentro del marco de la legislación nacional, y conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. [Subrayado fuera del texto original]

En el mismo sentido, el artículo 14, frente a las competencias generales de las autoridades propias de los territorios indígenas, señala:

Los Consejos Indígenas o estructuras colectivas similares de gobierno propio ejercerán las siguientes competencias:

1. Velar por el adecuado ordenamiento, uso, manejo y ejercicio de la propiedad colectiva del territorio de acuerdo a sus cosmovisiones, dentro del marco de la Constitución Política y de la ley.

[...]

3. Dirigir las relaciones del Territorio Indígena con las otras autoridades públicas y/o privadas, para el ejercicio de sus funciones y competencias. [Énfasis agregado]

Finalmente, el artículo 91, relacionado con las alternativas para el acceso al agua potable y el saneamiento básico, determina que:

el artículo 329 de la Constitución Política. Para ello se establecen las funciones, mecanismos de financiación, control y vigilancia, así como el fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena; con el fin de proteger, reconocer, respetar y garantizar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas al territorio, autonomía, gobierno propio, libre determinación, educación indígena propia, salud propia, y al agua potable y saneamiento básico, en el marco constitucional de respeto y protección a la diversidad étnica y cultural. En virtud de lo anterior, el presente decreto dispone las condiciones generales con sujeción a las cuales los Territorios Indígenas, en los términos aquí señalados, ejercerán las funciones públicas que les son atribuidas, y administrarán y ejecutarán los recursos dispuestos para su financiación» //| «Artículo 2°. Ámbito de Aplicación. Las disposiciones establecidas en el presente decreto se aplican a los Territorios Indígenas».

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-001 de 2019.

Para garantizar el acceso al agua potable y saneamiento básico los Territorios Indígenas podrán adoptar soluciones alternativas con fundamento en la ley de origen, derecho mayor o derecho propio, y conforme lo que defina el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

[...] [Subrayas propias]

1.3 La especial relación de los pueblos indígenas con sus territorios también ha sido reconocida por **la jurisprudencia constitucional**¹⁵. En efecto, la Sentencia C-371 de 2014 indicó que, de acuerdo con los artículos 13 y 14.1 del Convenio 169 de la OIT, la protección constitucional del territorio no se restringe a los terrenos adjudicados de forma colectiva a los grupos étnicos, sino que abarca los lugares de significación religiosa, ambiental o cultural, así como la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan, aunque esté por fuera de los límites físicos de los títulos colectivos.

A su vez, la Sentencia T-693 de 2011 señaló el conjunto de derechos que se derivan de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, a saber: (i) el derecho a la constitución de resguardos; (ii) el derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural que las comunidades han ocupado tradicionalmente, incluso si están ubicadas por fuera de los resguardos; (iii) el derecho a disponer y administrar sus territorios; (iv) el derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables existentes en el territorio, y (v) el derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica¹⁶.

Puntualmente, frente a la explotación de los recursos naturales, la Corte Constitucional ha señalado que «la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales [...], a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social» [Énfasis agregado]¹⁷.

Esta institución ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar si una norma, programa, proyecto, plan o política es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una

¹⁵ Desde sus inicios, en la sentencia T-188 de 1993, la Corte sostuvo: «El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas. //Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat'».

¹⁶ Lo anterior fue reiterado por la Sala Plena en las sentencias C-371 de 2014 y C-047 de 2022.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997.

medida determinada (norma, política, plan, programa o proyecto) tiene sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (iii) la imposición de cargas o la atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo involucrado y (v) si se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados¹⁸.

Se trata de criterios de apreciación que no cierran de manera definitiva la vaguedad del concepto de afectación directa. Por tanto, es importante llevar a cabo una evaluación caso a caso de la obligatoriedad de la medida. Con todo, esos parámetros de comprensión de la afectación directa constituyen una orientación suficiente para el ejercicio de dicha tarea, en consonancia con los principios de razonabilidad y proporcionalidad y en el marco de la jurisprudencia constitucional. Sobre el particular, la Corte precisó:

La afectación directa es un concepto jurídico indeterminado que hace referencia al impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. En el caso concreto, la afectación directa por proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables incluye: (i) el impacto en el territorio de la comunidad tradicional; o (ii) el impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo¹⁹.

En línea con lo anterior, en la sentencia SU-123 de 2018, la Corte sostuvo que pueden existir distintos niveles de afectación, en virtud de los cuales se tienen distintas opciones de participación, a saber, la consulta previa o el consentimiento libre e informado²⁰. De acuerdo con esta sentencia, «[e]sa diversificación por escalas es el resultado de una comprensión de los derechos de las comunidades indígenas en clave del principio de proporcionalidad. Se trata entonces de establecer límites en la aplicación de los derechos fundamentales, entre ellos los de los grupos étnicos diversos en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos naturales y participación, a partir del balance adecuado entre los principios».

En esa oportunidad, ese Tribunal precisó que cuando no exista una afectación directa de la comunidad étnica, su participación se garantizará mediante un estándar de intervención básico, que consiste en la inclusión de estos pueblos en órganos de decisión o en la mediación de sus organizaciones en escenarios que sean de su

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-047 de 2022.

¹⁹ Sentencia SU-123 de 2018.

²⁰ De acuerdo con la Sentencia SU-123 de 2018, el consentimiento previo, libre e informado es el derecho de los pueblos indígenas a que la implementación de una medida legislativa o administrativa «que los afecta de manera intensa» requiera su consentimiento, con el fin de «[g]arantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física y cultural) de las comunidades étnicas diversas».

interés. Por el contrario, en caso de que se configure una afectación directa, se deben cumplir todas las reglas de deliberación con las comunidades indígenas, de conformidad con la consulta previa, con el fin de llegar a un acuerdo con estas. Si no se logra dicho acuerdo, la medida en cuestión será implementada por la administración, pero deberá ajustarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

1.4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en distintas oportunidades se ha pronunciado frente a la ponderación necesaria entre derechos colectivos de los pueblos indígenas y la protección del medio ambiente. Al efecto, se pueden revisar dos casos emblemáticos:

En el caso de **los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam**, estableció que la conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales, y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, deben ser protegidos bajo el artículo 21 de la Convención. Esta protección tiene como fin el garantizar que los pueblos indígenas y tribales puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetados, garantizados y protegidos por los Estados. Así, los pueblos indígenas tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio, ya que sin ellos su supervivencia económica, social y cultural está en riesgo.²¹

En el caso del **Pueblo Saramaka vs. Surinam** la Corte determinó que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia; que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales, y por último, que las concesiones ya otorgadas por el Estado no cumplieron con estas garantías.²²

1.5 También la **doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil** se ha referido al derecho al **autogobierno de los pueblos indígenas respecto del medio ambiente** y al desarrollo armónico de las distintas facultades entre autoridades tradicionales y ordinarias.

Por ejemplo en un conflicto positivo de competencia ente la Corporación Autónoma Regional del Cauca y el Cabildo Indígena de Belalcázar, en el que la Sala debía decidir

²¹ Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, No. 11. Pueblos indígenas y tribales.

²² *Ibidem*.

cuál era la autoridad competente para iniciar un proceso sancionatorio ambiental por la tala de dos árboles, de caucho y calabazo, ubicados al margen de un afluente que abastece el acueducto del municipio de Belalcázar, declaró competente al Cabildo Indígena de Belalcázar, pues explicó que «se está en presencia de competencias concurrentes que el legislador está llamado a armonizar. Como quiera que ese deber de armonización no se ha dado, ante la ausencia de mecanismos legales claros de coordinación o de reglas concretas de definición de las competencias para ejercer la jurisdicción ambiental en los territorios indígenas, debe preferirse la competencia de las autoridades indígenas como expresión de su «capacidad de Autogobierno».²³

1.6 Así, es claro el reconocimiento que la Constitución, la jurisprudencia constitucional, la ley y la doctrina brindan a la diversidad étnica como manifestación de la multiculturalidad y el pluralismo de la sociedad colombiana, a través de la integración de las comunidades indígenas, sus usos y sus costumbres, a las visiones y los procesos de las mayorías; la garantía de su participación en las decisiones que los afectan de manera directa y la protección de sus derechos al crecimiento y al desarrollo, de acuerdo con sus propias costumbres y valores.

De igual manera, se ha destacado que, para estos grupos étnicos, la percepción de la tierra no se limita a la porción ubicada dentro de los linderos que los entes estatales les han reconocido como propia, sino que se extiende a todo el espacio que utilizan, que puede incluir cuerpos de agua, montañas y bosques, entre otros componentes de gran relevancia para su subsistencia económica y su bienestar espiritual y cultural.

2. Instrumentos de política pública diseñados para contribuir a la implementación del enfoque diferencial étnico en el plano ambiental en el accionar del Estado

2.1 Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible - Equipo Asuntos Étnicos del Departamento Nacional de Planeación (2016): Lineamientos para la implementación del enfoque de derechos y la atención diferencial a grupos étnicos en la gestión de las entidades territoriales

En uno de los apartes de este documento se presenta una breve definición del enfoque diferencial étnico, así:

Con esto se busca, por un lado, permear la política pública e incidir en las acciones del Estado, y por otro, divulgar y promover una cultura de reconocimiento, respeto e igualdad en el ejercicio de los derechos para todos los grupos que integran la nación pluriétnica y multicultural, y así dimensionar los alcances de su inclusión en la agenda pública y la incidencia en sus procesos comunitarios y organizativos.[...] El reconocimiento de lo étnico debe tomar en consideración su concepción de mundo, de bienestar y de relación consigo mismo, con los otros y con el territorio, las formas de relación e interacción al interior de sus grupos y con las otras culturas; su normatividad propia y sus formas de gobierno. El Estado, partiendo del reconocimiento de cada uno de los grupos étnicos como sujetos

²³ Expediente radicado con el núm.11001-03-06-000-2019-2019-00117-00.

individuales y/o colectivos de derechos, debe garantizar la adecuación y/o creación de programas y servicios que garanticen la materialización de la atención diferencial para el goce efectivo de sus derechos. [Subrayas fuera de texto]

Frente a la planificación territorial con enfoque diferencial étnico, se explica que planificar es prever y decidir las acciones que transformarán la situación actual (línea de base), en una situación futura deseable y posible, utilizando eficiente y racionalmente los recursos disponibles:

es un proceso transversal y estratégico de la gestión pública y su núcleo es el Plan de Desarrollo que requiere para su eficaz implementación, la formulación, uso continuo y articulación de diferentes instrumentos de trabajo en cada una de las etapas de planeación, ejecución, seguimiento y evaluación. Los instrumentos de planificación son complementarios, interdependientes, comparten información y se interrelacionan constantemente, con el fin de aportar información estratégica para retroalimentar la gestión pública territorial y su uso se constituye en una práctica que busca aprovechar las oportunidades presentes en los ciudadanos y en el territorio, reducir o mitigar las amenazas a las que está expuesto el territorio, potencializando las fortalezas, transformando las debilidades, para dar soluciones a problemáticas, brindar atención a las necesidades de los grupos poblacionales y procurar la transformación de conflictos, por medio de políticas y estrategias que de manera eficiente apunten al cumplimiento de objetivos y metas en un tiempo determinado para el beneficio común. Para el Departamento Nacional de Planeación la planificación se fundamenta en el desarrollo integral definido como “un derecho humano fundamental reconocido internacionalmente, es un proceso de transformación multidimensional, sistémico, sostenible e incluyente que se genera de manera planeada para lograr el bienestar de la población en armonía y equilibrio con lo ambiental (natural y construido), lo socio-cultural, lo económico, y lo político-administrativo en un territorio determinado (un municipio, un distrito, un departamento, una región, un país), y teniendo en cuenta el contexto global.” Las directrices estratégicas para guiar la gestión del desarrollo integral son: • La garantía de los derechos humanos individuales y colectivos. • El fortalecimiento de la democracia participativa y pluralista. • [...] transformaciones en las dimensiones poblacional, económica, socio – cultural, político administrativa y ambiental. Reconocer a los grupos étnicos como actores claves en los procesos de planificación y por tanto en el desarrollo integral de los territorios, implica comprender sus visiones, autoridades, formas e instancias de participación e incluso los recursos de que disponen, para incluir de manera adecuada estas particularidades. [...] El enfoque diferencial étnico se relaciona con todos los sectores de inversión definidos en las competencias territoriales y se asocia con las cuatro dimensiones del desarrollo: Social, Económica, Ambiental e Institucional. [Comillas en el texto original] [Énfasis añadido]

Por último, en torno a la relación del enfoque diferencial étnico con los objetivos del Desarrollo sostenible (Agenda 2030), el DNP en el documento subrayó lo siguiente:

El enfoque diferencial étnico está en concordancia con la Visión de futuro contemplada en el punto 8 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en la cual se contempla “... un mundo en el que sea universal el respeto de los derechos humanos y la dignidad humana, el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación; donde se respeten las

razas, el origen étnico y la diversidad cultural y en el que exista igualdad de oportunidades para que pueda realizarse plenamente el potencial humano y para contribuir a una prosperidad compartida; [...] un mundo justo, equitativo, tolerante, abierto y socialmente inclusivo en el que se atiendan las necesidades de los más vulnerables.” Así mismo, el enfoque diferencial étnico tiene relación con ocho de los Objetivos de Desarrollo Sostenible -ODS16 y sus respectivas Metas: ODS 1: Poner fin a la pobreza extrema para todas las personas del mundo; ODS 2: Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible; ODS 3: Garantizar una vida sana y promover el bienestar en todas las edades; ODS 4: Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos; ODS 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas; ODS 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos; ODS 7: Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos; ODS 10: Reducir la desigualdad en y entre los países. Cada uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible señalados tiene sus respectivas metas indican acciones de importancia para generar desarrollo a la población en general y en específico para los grupos étnicos, desde los entes territoriales. [Comillas en el texto original][Énfasis propio]

2.2 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2019): Criterios orientadores para el relacionamiento de las corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible con los pueblos indígenas en procesos de ordenamiento ambiental territorial

En esta herramienta de política pública, elaborada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, se presentan cuatro criterios orientadores para el relacionamiento de las corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible con los pueblos indígenas en procesos de ordenamiento ambiental del territorio. Estos criterios buscan fortalecer las acciones de las CAR, como autoridades ambientales en su jurisdicción, en el ordenamiento ambiental de los resguardos, todo ello en coordinación con las autoridades de los pueblos indígenas (artículos 31, numerales 2 y 21, 63, 67 Ley 99 de 1993²⁴), como pasa a verse:

2.1 Criterio 1. Generación de espacios de coordinación y participación para el ordenamiento ambiental de resguardos entre corporaciones autónomas regionales y pueblos indígenas

²⁴ Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. El artículo 31 establece que las funciones de las CAR deben ejercerse de acuerdo con la Constitución y conforme a los criterios y directrices trazados por el ministerio y, en coordinación con las autoridades de las comunidades indígenas gestionar lo relacionado con el ambiente y los recursos naturales no renovables. El artículo 63 determina que para asegurar el interés colectivo de un ambiente sano y adecuadamente protegido las entidades territoriales se sujetarán a los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario. En el artículo 67 se indica que los territorios indígenas tendrán las mismas funciones y deberes definidos para los municipios en materia ambiental.

Este criterio tiene por objeto, la construcción de un proceso efectivo de participación y coordinación entre las autoridades ambientales y los pueblos indígenas en procesos de ordenamiento ambiental de los resguardos. Para lograrlo, la premisa es pensar en el otro como un igual. En consecuencia, las estrategias de coordinación y participación para el ordenamiento ambiental del territorio en resguardos indígenas deben ser construidas con el otro, y en todo caso, aplicando los principios de transparencia y confianza.

[...]

2.2 Criterio 2. Articulación de la dimensión ambiental de los planes de vida²⁵ y de los lineamientos ambientales de las corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible como estrategia para el ordenamiento ambiental territorial en resguardos indígenas

Este criterio orientador tiene por objeto reconocer la importancia de la dimensión ambiental de los planes integrales de vida de los pueblos indígenas y propender por su adecuada armonización con las directrices generales y políticas del gobierno nacional y de las CAR en procura del ordenamiento ambiental de los resguardos indígenas. [...] los planes integrales de vida constituyen la principal herramienta autónoma de ordenamiento ambiental del territorio para los pueblos indígenas, abarcando todos los ámbitos de su cultura, por ello, las instituciones del SINA deben asegurar la incorporación de la dimensión ambiental de estos planes en la toma de decisiones para la gestión ambiental del territorio [...]

Las CAR deben, en consecuencia, seguido a la identificación de los resguardos indígenas de su jurisdicción, documentar la existencia del plan integral de vida, analizar la dimensión ambiental de estos y propender por su articulación con los lineamientos y directrices de ordenamiento ambiental que ellas generan, para que de esta forma se tomen decisiones sobre uso, manejo y resolución de conflictos ambientales involucrando las visiones e intereses de ambos actores. Se reitera que, para una articulación efectiva de la dimensión ambiental de los planes integrales de vida con las directrices de ordenamiento territorial de las CAR, estas deben conocer y entender la cosmovisión indígena, así como sus estrategias de manejo, aprovechamiento, uso y conservación de los recursos naturales desde su conocimiento propio; siempre y cuando estas no vayan en contravía de la preservación, conservación y uso sostenible de los recursos naturales [...]

2.3 Criterio 3. Incorporación del conocimiento tradicional indígena en las directrices de ordenamiento ambiental territorial de las autoridades ambientales

El objetivo de este criterio orientador es hacer un llamado a las CAR para que incorporen en sus directrices de ordenamiento ambiental, el conocimiento tradicional indígena para incidir favorablemente en el ordenamiento territorial de los resguardos.

El conocimiento tradicional se define como aquel que incluye saberes, prácticas, usos y costumbres, tecnologías, e innovaciones para el uso, manejo y conservación de la biodiversidad, permitiendo a los pueblos indígenas adaptarse a sus diversos contextos, pervivir en el territorio y recrear sus diferentes culturas y cosmovisiones.

²⁵ El artículo 15 del Decreto 1953 de 2014, indica que «los planes de vida o sus equivalentes son el principio rector de los procesos de planeación y administración de las competencias y funciones públicas de que trata el presente decreto». [Nota al pie agregada]

Los pueblos indígenas poseen saberes y conocimientos tradicionales relacionados con el uso, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales que han permitido un desarrollo equilibrado en sus territorios, y que aporta nuevas visiones al ordenamiento ambiental territorial. No en vano el literal j del artículo 8° de la Ley 165 de 1994, por medio del cual Colombia aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica, expresa que el Estado colombiano, como parte contratante:

Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

En ese sentido, es recomendable que las CAR en el marco de sus competencias propicien el respeto, y si es del caso la recuperación, de estos saberes e incorporen en sus planes de acción actividades específicas para ello. Los resguardos indígenas cumplen una función social y ecológica acorde con los usos y costumbres de cada grupo étnico, por lo tanto, la relación naturaleza – hombre parte desde una visión cultural en cumplimiento con los principios de conservación del territorio. Los pueblos indígenas representan un modelo de sostenibilidad ambiental, el cual debe ser tomado en cuenta por las corporaciones autónomas regionales para coordinar acciones de control a la presión sobre los recursos naturales y para procurar un ordenamiento ambiental territorial con visión local.

Un marco de referencia invaluable para las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible en materia de ordenamiento ambiental incluyente de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, lo constituye la *Propuesta para la construcción de una política pública pluricultural para la protección de los sistemas de conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad en Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2013)*. Esta propuesta, formulada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, fue validada en diferentes espacios con representantes de las organizaciones nacionales indígenas. Según la mencionada propuesta de política, los conocimientos tradicionales constituyen sistemas complejos para el manejo sostenible del territorio y para el mantenimiento de la vida tanto en términos físicos como culturales, que parten de principios espirituales y definen normas de relacionamiento con y en la naturaleza o *Madre Tierra*, al interior de la comunidad y con otros. El conocimiento tradicional lo producen pueblos y comunidades que viven en estrecho contacto con la naturaleza; es creado, desarrollado y transformado colectivamente en la experiencia cotidiana, y resulta de una forma de pensar holística donde todo está interrelacionado. Se expresa en significados, relaciones, usos y prácticas asociadas a los recursos y elementos de la naturaleza que son fundamentales para la alimentación, la salud, la configuración del hábitat, la espiritualidad y en general para su bienestar. [...] [Cursiva en el texto original][Subrayado propio]

Como puede verse, la incorporación de unos lineamientos para la aplicación del enfoque diferencial étnico en la política pública relacionada con el ambiente y su desarrollo busca atender a los postulados superiores y materializar los derechos fundamentales de pueblos como el indígena en su diseño y puesta en marcha, siempre teniendo como

norte la protección de su dignidad, autonomía, y cosmovisión, actuar que como Estado multiétnico y pluricultural nos define.

Con base en lo expuesto, desde un punto de vista concreto, paso a explicar las razones de mi disenso con la mayoría de la Sala, de forma puntual, en relación con la decisión emitida.

3. Los supuestos fácticos que preceden al presunto conflicto de competencia administrativa no son claros y, en consecuencia, no puede afirmarse que, en efecto, este se haya configurado

El pronunciamiento de la referencia presenta un capítulo de antecedentes, en donde se plasman algunos hechos que, posteriormente, sirven de base para establecer la existencia de un conflicto de competencia de la Sala, el problema jurídico a resolver y las consideraciones jurídicas que sustentan la decisión; no obstante, de estos se desprenden una serie de interrogantes, que, en mi criterio, debieron ser aclarados por la Sala, con el fin de dilucidar aspectos relevantes, tales como:

(i) ¿Por qué la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes, domiciliada en el municipio de Quinchía (Risaralda), conformada por 40 familias indígenas, aproximadamente, adelantaron el procedimiento administrativo para que se les otorgue concesión de las aguas superficiales, con el fin de derivar un caudal de 0.45 l/s para uso humano y doméstico, proveniente de la quebrada Tamboral en la vereda Los Trojes?

a) Al efecto, cabe destacar que el Cabildo Indígena Escopetera y Pirza indicó que la concesión se otorgó respecto de un **acueducto ancestral**²⁶, **del cual la comunidad hacía uso con anterioridad a 1998, año en el cual se le otorgó el permiso de uso de aguas superficiales a la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes.**

b) Así mismo, de los documentos allegados al expediente se desprende que, **la fuente hídrica nace y atraviesa territorio indígena (legal y ancestral) y la normativa en materia ambiental dispone que las autoridades indígenas también tienen a cargo la vigilancia y control relativo a los recursos naturales y el aprovechamiento de los mismos**, en sus respectivos territorios.

c) Ahora bien, al conformarse una asociación para obtener el permiso de uso de aguas superficiales a través de lo que, al parecer, es un acueducto,²⁷ según el **artículo 2.2.3.2.7.1 del Decreto 1076 de de 2015 del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible**²⁸, **la CARDER le dio a esta el tratamiento de persona jurídica particular,**

²⁶ Así se lee en las páginas 12 y 13 de la decisión.

²⁷ Esto se desprende del documento que reposa en el expediente digital, archivo 61, página 3.

²⁸ **ARTÍCULO 2.2.3.2.7.1. Disposiciones comunes** Toda persona natural o jurídica, pública o privada, requiere concesión para obtener el derecho al aprovechamiento de las aguas para los siguientes fines: a. Abastecimiento doméstico en los casos que requiera derivación; b. Riego y silvicultura; c. Abastecimiento de abrevaderos cuando se requiera derivación; d. Uso industrial; e. Generación térmica o nuclear de

sin ir más allá y verificar que los asociados son familias indígenas, que hacen parte de un resguardo, así como la fuente de donde provienen las aguas objeto de la concesión. Por lo cual, en todo caso, **la aplicación del régimen legal debió hacerse con enfoque diferencial étnico**, con mayor razón tratándose de un derecho fundamental también para las familias asociadas.

(ii) **¿Por qué no se desarrolló el procedimiento garante del derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad del Resguardo Indígena Escopetera y Pirza**, que no hace parte de la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes, domiciliada en el municipio de Quinchía (Risaralda), si la explotación del recurso hídrico que atraviesa su territorio, por los antecedentes del caso, sin duda, les afectaba directamente?

a) Sobre el particular, es preciso destacar que, pese a que la asociación haya sido tratada como una entidad particular, sin ninguna otra consideración, debió tenerse en cuenta que para otorgar la concesión de aguas superficiales a la misma, dentro de un territorio indígena, era necesario **consultar previamente** a la comunidad que se veía afectada directamente con la medida. Pues en el expediente se precisa que la asociación está conformada por cerca de 40 familias indígenas, que no agrupan a toda la comunidad y que, contrario a los asociados, no se sometió a la autoridad ordinaria (CARDER).

b) Por expuesto, ahora no podría aplicarse, directamente, el artículo 2.2.3.2.7.1 del Decreto 1076 de de 2015, de cuyo incumplimiento se deriva una posible sanción para la asociación, sino se adelanta primero la respectiva consulta a la comunidad originaria que reconoce como autoridad al Cabildo Indígena Escopetera y Pirza.

(iii) Lo anterior, plantea el interrogante de si ¿la CARDER era competente para otorgar la concesión de aguas superficiales, tratándose de un grupo de sujetos de especial protección constitucional, por su pertenencia étnica, se reitera, a cargo la vigilancia y control relativo a los recursos naturales y aprovechamiento de los mismos, en sus respectivos territorios? Y, en esa medida, si ¿podía adelantar el trámite sancionatorio que se encuentra en curso?

(iv) Con lo cual se abre la discusión de si, en efecto, ¿existe un conflicto de competencia administrativa? o, por el contrario, dicho trámite administrativo sancionatorio no debió iniciarse y, en consecuencia, el referido conflicto puede considerarse inexistente.

electricidad; f. Explotación minera y tratamiento de minerales; g. Explotación petrolera; h. Inyección para generación geotérmica; í. Generación hidroeléctrica; j. Generación cinética directa; k. Flotación de maderas; l. Transporte de minerales y sustancias tóxicas; m. Acuicultura y pesca; n. Recreación y deportes; o. Usos medicinales, y p. Otros usos similares.(Decreto 1541 de 1978, art. 36).

4. Los elementos territorial, personal, objetivo e institucional decantados por la jurisprudencia constitucional para dirimir conflictos de competencia complejos que involucren a la Jurisdicción Especial Indígena, requerían un análisis detallado que permitiera a la Sala llegar a una conclusión certera frente a la competencia cuya definición se reclamaba

(i) En cuanto respecta al **factor personal**, que hace referencia a la pertenencia de una persona a una comunidad indígena, en la decisión se señaló que: «no se acredita en este caso, toda vez que, el sujeto investigado no es una persona natural perteneciente a la comunidad indígena, ni la comunidad indígena, ni el cabildo como unidad de gobierno, sino, una entidad privada sin ánimo de lucro que no figura en el registro público de información censal de comunidades y resguardos indígenas del Ministerio del Interior, esto es, la ADCVT»²⁹.

Sobre este aspecto en particular, cabe formular el siguiente interrogante, ¿es suficiente hacer una distinción entre personas naturales y jurídicas para soportar en ello la ausencia del elemento personal, cuando la asociación, finalmente, administra el acueducto veredal de más de 40 familias indígenas y sus miembros hacen parte de una comunidad organizada en un resguardo indígena, bajo la autoridad de un cabildo?

En mi criterio, **tratándose de una concesión de aguas superficiales para uso humano y doméstico, dentro de un territorio indígena, era preciso determinar si la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes estaba conformada por personas o familias pertenecientes a un pueblo o comunidad indígena, pues esa era una realidad que implicaba que el análisis frente al permiso referido se hubiera llevado a cabo con un enfoque diferencial étnico.**

De igual forma, era importante, a esos efectos, establecer por qué si antes se hicieron los trámites pertinentes para obtener una concesión de aguas superficiales, para el uso del recurso que, según se desprende de la lectura del expediente, pasa por territorio indígena, ahora la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes considera que el asunto es de resorte del Cabildo Indígena Escopetera y Pirza y, en relación con este interrogante, determinar ¿cuál fue el objeto de la constitución de la asociación?. Esto con el fin de tener más elementos de juicio al momento de resolver el conflicto.

(ii) Frente al **factor territorial**, que exige constatar que los hechos objeto de investigación hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial de la comunidad indígena, en el proyecto se considera cumplido, pero no se hace estudio alguno³⁰.

En ese sentido, se hacía necesario establecer cuáles son los límites del resguardo indígena, hasta dónde va el territorio ancestral al que se refirió la autoridad indígena que actuó en el trámite del conflicto y determinar por dónde pasa la quebrada Tamboral, en

²⁹ Página 53 de la decisión.

³⁰ *Ibidem*.

la vereda Los Trojes, jurisdicción del municipio de Quinchía (Risaralda), para precisar en qué punto los miembros de la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes toman el agua para uso humano y doméstico y cómo se ve afectado este recurso y el suelo, de cara a los asociados y a otros habitantes de la zona, con pertenencia étnica y sin ella.

(iii) Sobre el **factor objetivo**, que supone verificar la naturaleza y titularidad del bien jurídico tutelado, es decir, si se trata de un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria, en la decisión se afirma que: «no se acredita, dado que, el interés del asunto no recae exclusivamente en la comunidad indígena, sino que atañe a la sociedad en general. Ello, por cuanto el bien jurídico tutelado, posiblemente afectado por la conducta objeto de investigación, es el agua, recurso natural que constituye un derecho fundamental, colectivo y humano, cuya protección interesa a la sociedad en general (cultura mayoritaria)»³¹.

En este punto cabe citar la la Sentencia T-387 de 2020 en la que la Corte Constitucional reitera que:

[...] el elemento objetivo remite a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Existen tres posibles opciones: (1) el bien jurídico afectado tiene relevancia únicamente para una comunidad indígena; (2) el bien jurídico lesionado pertenece exclusivamente a la cultura mayoritaria; (3) el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria. De los supuestos (1) y (2) se derivan soluciones claras: en el primero, el caso corresponderá a la Jurisdicción Especial Indígena; y en el segundo, a la Justicia Ordinaria. Sin embargo, en el evento (3), el elemento objetivo no resulta determinante para definir la competencia **en tanto existen intereses legítimos enfrentados**. El juez deberá entonces acudir a la verificación integral de los elementos del caso concreto y los demás factores que definen la competencia.[Énfasis agregado] [...]

Del mismo modo, cabe mencionar que, de la información que reposa en el expediente, se puede concluir que el cuidado del agua, como bien jurídico afectado, concierne tanto a la comunidad indígena de la cual hace parte la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes, como a la sociedad mayoritaria, por consiguiente, este elemento no resultaba definitivo para determinar la competencia, como ya se explicó.

(iv) En torno al **factor institucional**, que se refiere a la existencia de autoridades, usos y costumbres y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: a) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales y b) un concepto genérico de nocividad social, la decisión menciona que: «este elemento se refiere a la existencia de un derecho propio que esté conformado por los usos, costumbres y procedimientos aceptados por la comunidad indígena. Revisado el expediente, no se advierte la existencia de un procedimiento o trámite aplicable al asunto objeto de estudio. En todo caso, aún de existir, no resultaría aplicable, en

³¹ Páginas 53 y 54 de la decisión.

atención a la naturaleza del bien tutelado, y a las disposiciones constitucionales y legales revisadas en este documento, las cuales constituyen límite al ejercicio de la jurisdicción especial indígena en este caso»³².

No obstante, en la intervención de la autoridad indígena que reposa en el expediente³³ se relata que:

[...] dentro del territorio ancestral, la autoridad ambiental es el cabildo indígena, a través de la «Comisión de Justicia y Territorio», encargada de «expedir todos los permisos para el goce y uso responsable de los recursos naturales y además de sancionar a comuneros y comuneras cuando se considere que rompen el equilibrio de la naturaleza como fuente de vida».

[...]

Los integrantes de la junta del acueducto, somos indígenas y pertenecemos al Resguardo Indígena Escopetera y Pirza, así como las personas y comunidades que se benefician del acueducto, al estar dentro del territorio ancestral nosotros reconocemos como autoridad administrativa y ambiental al Resguardo, dado que dentro de la institucionalidad está la Comisión de Justicia Propia y de Territorio y la Guardia Indígena que son los encargados de velar por el orden y la armonía del territorio, impartiendo justicia.

[...] la asociación y la comunidad desde hace más de sesenta años, cuando se construyó el acueducto, «han velado por el cuidado y mantenimiento del tanque y la bocatoma y sobretodo haciendo uso racional del agua preocupándose por reforestar y no dejar talar árboles en la cabecera del nacimiento.» [Comillas en el texto original] [Énfasis añadido].

Así mismo, en el expediente reposa el «mandato por la vida» de los indígenas del Resguardo Escopetera y Pirza, «por la permanencia en el territorio ancestral, y por la pervivencia en una comunidad diversa», en donde se señala que en su derecho propio hay distintas normas que propenden por la protección del agua y el medio ambiente.³⁴

En la comunidad indígena de Escopetera y Pirza el medio ambiente se incorpora desde la protección del territorio y la biodiversidad para un desarrollo sustentable que hace parte del diario vivir de la colectividad, el medio ambiente tiene prioridad en la explotación de los recursos naturales y en el desarrollo de la agricultura, acciones que siempre se ejercen sin desmedro del medio ambiente, por el respeto de la madre tierra como un equilibrio natural y elemental entre el hombre y la naturaleza.

En el resguardo se conservan sus sistemas montañosos, el ecosistema forestal, el hábitat natural de especies nativas de flora y fauna silvestre, al igual que las fuentes hídricas en un ecosistema que se viene conservando de forma milenaria, el respeto a los recursos naturales, tierra, sol, agua y aire, biodiversidad, son elementos de subsistencia y de

³² Página 54 de la decisión.

³³ Expediente digital, archivo 33.

³⁴ *Ibidem*.

espiritualidad en el ejercicio de lograr la permanencia y pervivencia de los indígenas en el territorio ancestral.

Para el cabildo de Escopetera y Pirza es fundamental la protección del medio ambiente, aprovechado lo necesario para garantizar que las nuevas generaciones también puedan hacerlo, se busca proteger la integridad de la comunidad indígena y fomentando la educación ambiental, los hábitos de consumo con una gestión ambiental responsable.

Por lo cual, el análisis de este elemento requería de mayor precisión, ya que de la intervención citada se llega a la conclusión contraria, es decir, que, en efecto, hay unos usos, costumbres y procedimientos para regular el uso y abuso de los recursos de la naturaleza.

En el mismo sentido, no es clara cuál fue la actividad de la CARDER después de otorgada la concesión de aguas superficiales a efectos del control y seguimiento pertinentes y si la comunidad indígena o su autoridad tuvo algún grado de participación en ese aspecto. Esto, con el fin de establecer si hubo alguna actividad, con qué regularidad y cómo se concertó con la comunidad, o si, por el contrario, no la hubo.

5. En el análisis del caso concreto no se incluyeron los principios que, según la jurisprudencia constitucional, deben orientar la resolución de conflictos de competencia que involucran a la Jurisdicción Especial Indígena

En aquellos escenarios complejos, en los que tanto el derecho propio como el sistema jurídico nacional pretenden avocar el conocimiento de un proceso, la jurisprudencia constitucional ha determinado unos presupuestos a tener en cuenta en el cada caso particular, como se verá a continuación.

Principio de “**maximización de la autonomía de las comunidades indígenas**”(o bien, de “**minimización de las restricciones a su autonomía**”): de acuerdo con este criterio, las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas solo son admisibles cuando (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, en las circunstancias del caso concreto; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para el ejercicio de esa autonomía. (iii) La evaluación de esos elementos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad.

Principio de “**mayor autonomía para la decisión de conflictos internos**”: la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes (o autoridades de dos culturas diferentes), pues en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, como lo ha explicado la Corte.

Principio “**a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía**” [...] Es decir que, frente a comunidades con alto grado de conservación de sus costumbres, el juez debe ser más cauteloso y enfrenta una necesidad mayor de valerse de conceptos de expertos para aproximarse al derecho propio, mientras que ese acercamiento puede

efectuarse de manera menos rigurosa frente a comunidades que hayan adaptado categorías y formas del derecho mayoritario. Sin embargo, precisó la Corte, el grado de conservación cultural no puede llevar al operador judicial a desconocer las decisiones autónomas de cada comunidad, incluidas aquellas dirigidas a iniciar un proceso de recuperación de tradiciones, o a separarse de algunas de sus tradiciones.”³⁵ [...]

La resolución de un conflicto de jurisdicciones, de naturaleza judicial o administrativa³⁶, exige ponderar los principios en tensión, a partir de los elementos personal, territorial, objetivo e institucional, con el fin de preservar, en la mayor medida posible, la autonomía de los pueblos indígenas y su armonía interna, sin sacrificar los derechos fundamentales de sus miembros ni las garantías procesales mínimas.

La decisión de marras no hizo el análisis del caso puesto a consideración de la Sala bajo el prisma que ofrecen estos principios, para velar porque se respeten los elementos básicos del debido proceso y se garantice la protección especial que consagra la Constitución frente a determinados sujetos debido a condiciones particulares que los hacen merecedores de un amparo reforzado, en aras de lograr una igualdad real y efectiva como es el caso de las comunidades indígenas.

6. La referencia al *principio de precaución* en el presente caso se advierte innecesaria

La Constitución de 1991 apunta a un modelo de desarrollo sostenible en el que la actividad productiva debe guiarse por la sociedad, la economía, la protección de la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y los principios de precaución y prevención ambiental, entre otros.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que:

[...] el principio de prevención se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que **el principio de precaución** se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos³⁷. [Énfasis propio]

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-387 de 2020.

³⁶ Pues como antes se señaló, cuando se trata de conflictos de competencias entre jurisdicciones ordinaria y especial indígena, esta última no se limita a asuntos de carácter judicial, ya que las autoridades tradicionales también tienen asignadas funciones administrativas y, desde el prisma del sistema jurídico mayoritario, no es fácil establecer cuáles asuntos pueden clasificarse de una u otra naturaleza.

³⁷ Corte Constitucional, eentencia T-204 de 2014.

Si se toma en cuenta que la presunta infracción consiste en: «i) la utilización del recurso hídrico sin permiso o autorización ambiental, y, a ii) la ausencia de un programa de uso eficiente y ahorro del agua [...]»³⁸, no se puede afirmar que haya una falta de certeza científica respecto de los impactos negativos sobre naturaleza y seres humanos, que imponga la aplicación del principio de precaución. De todas maneras, los supuestos impactos, en este caso, podrían medirse.

En conclusión, no puede confundirse prevención con precaución en materia ambiental. Por un lado, el *principio de prevención*, busca justificar actuaciones públicas, ante riesgos conocidos. Por otro lado, el *principio de precaución* busca legitimar la acción ante riesgos inciertos, gestionar lo desconocido y permitir la actuación administrativa así no se tenga suficiente información o conocimiento sobre una materia, que no es el caso que se discute.

7. El estudio del caso concreto no permite arribar a las conclusiones que se plasman en dicho aparte y tampoco a la decisión que se adopta, por la falta de análisis de los elementos y principios decantados por la Corte Constitucional para resolver conflictos de competencias que involucran a la Jurisdicción Especial Indígena; así como la falta de aplicación del enfoque diferencial étnico en el proyecto, en general. Lo anterior impedía que se pudiera establecer con certeza la autoridad competente en este caso

i) Primera conclusión a la que se llega en la decisión:

El autogobierno de la jurisdicción especial indígena se ve limitado en este caso, en razón a que el bien jurídico presuntamente vulnerado, esto es, el derecho fundamental y colectivo al agua, trasciende de la esfera atinente a la comunidad que habita el resguardo Escopetera y Pirza, a la del interés colectivo de la sociedad y de la humanidad, de manera que el aprovechamiento de la fuente hídrica materia de la actuación sancionatoria denota un impacto y efecto general, y en consecuencia no constituye derecho propio asociado a la cosmovisión, usos y costumbres de la comunidad indígena³⁹.

Para llegar a esta conclusión era importante hacer el estudio del factor territorial, como ya se anotó, con el fin de determinar, con claridad, cuál es el impacto del otorgamiento de la concesión de aguas superficiales para el uso humano y doméstico, de la conducta a sancionar y de la sanción administrativa, en sí misma, en la sociedad mayoritaria. Respecto de este supuesto, cabe resaltar que, no hay constancia en el expediente de contaminación o un uso indebido, más allá de la falta de permiso vigente y plan de ahorro del líquido.

³⁸ Página 2, numeral 5 de la decisión.

³⁹ Página 55 de la decisión.

Tampoco puede desconocerse que la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes está conformada por familias (40) indígenas que también tienen derecho al agua para uso humano y doméstico, bajo sus propios usos y costumbres.

ii) Segunda conclusión que se plasma en la decisión:

La Ley 99 de 1993 en su artículo 31 dispone como función de las corporaciones autónomas regionales, la relativa a otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables, o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente, entre ellas, y de manera expresa, el uso de aguas superficiales y subterráneas⁴⁰.

Se reitera que la aplicación de las distintas normas previstas para el manejo de los recursos naturales debe tomar en cuenta las particularidades de los pueblos y las comunidades étnicas, sus necesidades y su cosmovisión, como es el caso de los pueblos indígenas, para que dicha administración se haga con total apego a los postulados de la Carta de 1991, con respeto a sus derechos y, desde luego, sin desmedro de aquellos de la sociedad mayoritaria, que persiguen el mismo fin esencial, la protección del ambiente sano, para la pervivencia del ecosistema del planeta.

iii) Tercera conclusión plasmada en la decisión:

La CARDER es la autoridad que otorgó a la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes (ADCVT), la concesión para el uso de aguas superficiales provenientes de la Quebrada Tamboral en la vereda Los Trojes, jurisdicción del municipio de Quinchía, Risaralda, y, por lo tanto, en los términos del parágrafo del artículo 2° de la Ley 1333 de 2009, es la autoridad competente para ejercer el poder sancionatorio ambiental por tales hechos, contra la mencionada asociación⁴¹.

Antes de arribar a esta conclusión era importante indagar por el uso ancestral del líquido por parte de la comunidad del Resguardo Indígena Escopetera y Pirza, pues ello habría permitido establecer qué tipo de acciones se han adelantado para el control y seguimiento de la concesión y cómo ha participado la comunidad y el cabildo indígena de ese territorio en tales actividades y en la administración y aprovechamiento del recurso natural hídrico.

Además, la aplicación de la ley debía tener un enfoque diferencial étnico en este caso, como quiera que la comunidad indígena y sus autoridades están llamadas a ejercer el derecho a participar, de forma armónica, con las autoridades ordinarias y de acuerdo con sus usos y costumbres, en la administración de los recursos de la naturaleza presentes en sus territorios.

⁴⁰ Página 56 de la decisión.

⁴¹ Página 56 de la decisión.

iii) Cuarta conclusión contenida en la decisión:

El proceso sancionatorio ambiental dispuesto por la CARDER mediante Auto 653 del 25 de agosto de 2021, fue iniciado contra la Asociación de Desarrollo Comunal Vereda Los Trojes (ADCVT), persona jurídica sin ánimo de lucro, titular en su momento de la concesión otorgada para el uso de recurso hídrico, y no contra ninguno de sus integrantes individualmente considerados, ni contra miembros del Resguardo Indígena Escopetera y Pirza.

Dicha asociación es sujeto de derechos y obligaciones distintas a los de las personas que la conforman, y en todo caso, no figura en el registro público de información censal de comunidades y resguardos indígenas del Ministerio del Interior⁴².

No obstante, debió tenerse en cuenta que la consecuencia de la sanción afectará el derecho fundamental al agua de sujetos de especial protección constitucional, por su pertenencia étnica, por lo cual el análisis no puede ser ajeno a tal situación. Esta conclusión debió soportarse en el elemento personal que, como antes se mencionó, requería un mayor análisis.

Aquí es preciso puntualizar que a las comunidades indígenas el Estado no puede imponerles una forma de organización ajena a sus costumbres, pues ello implicaría desconocer su estructura política y social⁴³. En efecto, al referirse a la imposición de figuras extrañas a las comunidades indígenas, en este caso a una asociación, como persona jurídica sin ánimo de lucro.

Al efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que, por ejemplo, la configuración de municipalidades en áreas indígenas por cuenta de decisiones de las autoridades administrativas, dificulta la aplicación de las normas constitucionales y legales sobre la protección de los territorios indígenas⁴⁴, pues da origen a una jurisdicción distinta que erosiona su soberanía y, por tanto, deriva en fricciones entre las autoridades de la población étnica y las foráneas⁴⁵. En su criterio, es posible que se interfiera en la comunidad para lograr que algunos de sus miembros hagan parte de la estructura estatal, lo que desconoce las formas políticas y sociales de la etnia local y provoca su escisión. De igual manera, se abriría paso a que en dichos territorios se asienten personas ajenas a la comunidad étnica y se afecte su supervivencia⁴⁶.

⁴² Consulta efectuada en el sitio web del Ministerio del Interior, el 30 de marzo de 2023. <https://datos.mininterior.gov.co/VentanillaUnica/indigenas/censos/Persona>

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-315 de 2019.

⁴⁴ Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, presentado el 29 de septiembre de 1997. Ver también, sentencia T-315 de 2019.

⁴⁵ Al respecto, ver <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm>. Ver también, sentencia T-315 de 2019.

⁴⁶ Al respecto ver <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm> “Dicha creación de municipalidades actúa de hecho como un instrumento de división de los pueblos indígenas locales, ya que a través de ella se atrae o soborna a algún líder local para participar en el gobierno municipal,

Para evitar situaciones como las descritas y preservar la cultura, las tradiciones y la cosmovisión, entre otros valores de los pueblos indígenas, resulta fundamental garantizar la consulta con sus instituciones representativas, cuando se pretenda constituir una forma de organización externa dentro de los territorios que aquellas gobiernan, pues se trata de decisiones susceptibles de interferir en el desarrollo económico, social o cultural de dichos pueblos.⁴⁷

De esta forma, dejo plasmados los argumentos que me llevaron a aclarar el voto frente a la decisión adoptada por la Sala, en forma mayoritaria, en torno al procedimiento sancionatorio ambiental adelantado por la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER), con ocasión de presunta infracción de la Asociación de Desarrollo Comunal Veredal Los Trojes (ADCVT), consistente en el uso no autorizado de aguas superficiales en territorio indígena.

Fecha *ut supra*,

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Magistrada

CONSTANCIA: La presente manifestación fue firmada electrónicamente por la consejera ponente en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021.

desconociendo la estructura de gobierno interna indígena y provocando su escisión. Igualmente la estructura de municipalidad y sus relaciones de poder tienden a favorecer el afincamiento de esas áreas indígenas de personas no-indígenas, y de autoridades y servicios públicos que compiten con los provistos o consentidos por las autoridades indígenas.” Ver también, T-315 de 2019.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-047 de 2022.