



Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



Bogotá, D.C.

MEMORANDO

20161300006733

FECHA: 28-12-2016

PARA: LUZ MILA SOTELO
Coordinadora Grupo de Trámites y Evaluación Ambiental

DE: OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Aclaración Concepto Jurídico enviado Memorando No. 20161300002813 del 7 de julio de 2016– concesión de aguas para comunidades indígenas.

Respetada Dra. Luz Mila,

En atención a su memorando No 20162300007723, mediante el cual solicita aclaración al concepto de la referencia, en el sentido de señalar si el concepto relacionado con el manejo que se debe dar a las comunidades indígenas traslapadas con las Áreas Protegidas que necesitan captar agua para diferentes usos, es aplicable igualmente a las comunidades negras que requieren hacer uso del recurso hídrico.

Para dar respuesta a su solicitud es necesario determinar jurídicamente si las comunidades negras que habitan o hacen uso regular y permanente de los recursos áreas protegidas, deben adelantar el correspondiente trámite de concesión de aguas para captación de sistemas de abastecimiento de aguas superficiales destinado a diferentes usos, especialmente agrícolas.

A partir de algunos de los puntos desarrollados en el concepto emitido por esta oficina mediante memorado No 20161300002813 del 7 de julio de 2016, a continuación se hará el respectivo análisis que permita dar



Calle 74 No. 11-81 Piso 8 Bogotá, D.C., Colombia
Teléfono: 353 2400 Ext.: 3432
www.parquesnacionales.gov.co



respuesta a su solicitud, teniendo como base el derecho al uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, derivado de los derechos territoriales de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, que habitan y/o hacen uso regular y permanente de las áreas protegidas del Sistema de Parques Nacionales Naturales-SPNN.

1. GENERALIDADES DEL RÉGIMEN DE CONCESIÓN DE AGUAS.

Es importante retomar el marco constitucional y legal señalado anteriormente en el concepto objeto de esta aclaración, el cual regula el aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y del que se deriva el derecho al uso y aprovechamiento de las aguas de uso público en general.

Los artículos 8 y 80 de la Constitución Política de 1991 demandan del Estado la protección de las riquezas naturales de la Nación, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica así como la planificación y uso de los recursos para garantizar el desarrollo sostenible, lo cual tiene aplicación directa sobre el régimen de aguas en atención a su calidad de **bien de uso público**.

A su vez, el Decreto Ley 2811 de 1974 y el Decreto 1541 de 1978, contemplan la utilización de aguas de uso público por ministerio de la ley, siempre que no se establezcan derivaciones, no se empleen máquina o aparato, no se desvíe el curso del agua, ni se alteren o contaminen las aguas¹.

En tanto la solicitud inicial del concepto hizo referencia a los usos agrícolas mediante sistemas de abastecimiento de aguas superficiales, dicha actividad se enmarca dentro de las señaladas por el artículo 36 del Decreto 1541 de 1978, como aquellas que requieren concesión para obtener el derecho al aprovechamiento de las aguas. En ese orden, los artículos 88 y 89 del Decreto Ley 2811 de 1974² establecen que salvo disposiciones especiales, sólo puede hacerse uso de las aguas en virtud de la concesión, y la misma estará sujeta a la disponibilidades del recurso y a las necesidades que imponga el objeto para el cual se destina.

Así las cosas, se entiende que la **regla general** aplicable al **uso** del recurso hídrico, para usos diferentes a los establecidos por ministerio de ley, es a través de la figura de la concesión³.

2. DERECHO AL USO Y APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES POR PARTE DE COMUNIDADES NEGRAS EN ÁREAS PROTEGIDAS DEL SPNN.

¹ Art. 86 y 87 Decreto 2811 de 1974 y Art. 32-35 Decreto 1541 de 1978

² Artículo 88°.- Salvo disposiciones especiales, solo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión.

Artículo 89°.- La concesión de un aprovechamiento de aguas estará sujeta a las disponibilidades del recurso y a las necesidades que imponga el objeto para el cual se destine.

³ Art. 30 Decreto 1541 de 1978. Artículo 30°.- Toda persona natural o jurídica pública o privada, requiere concesión o permiso del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena, para hacer uso de las aguas públicas o sus cauces, salvo en los casos previstos en los artículos 32 y 33 de este Decreto. (*Decreto 1076/2015 ARTÍCULO 2.2.3.2.5.3.*)





Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



En sentido amplio, y de conformidad con lo establecido con el artículo 13 del Convenio 169/89 de la OIT, ratificado mediante la Ley 21 de 1991⁴, los derechos territoriales de los grupos étnicos desbordan el mero título de propiedad, no se limitan a la ocupación y actividades económicas como individuos, sino que trascienden los usos culturales y espirituales del territorio, y se trata de derechos concebidos de manera colectiva para el uso y goce del mismo, y sin el cual no existirían como pueblos, por lo cual gozan de rango de derecho fundamental de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional.

De la misma manera que a los pueblos indígenas, con sustento en el artículo 15 de la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT⁵, se consagra el derecho de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, siempre y cuando se trate de un uso sostenible de la naturaleza, y salvaguardando su derecho a utilizar las tierras para sus actividades tradicionales y de subsistencia haciéndolos compatibles con la misión y la visión encomendada a las autoridades ambientales, en este caso, a Parques Nacionales Naturales como administrador de las áreas protegidas del sistema.

Es preciso anotar, que si bien la especial protección constitucional o protección constitucional reforzada de la que son beneficiarios las minorías étnicas en Colombia incluye tanto a los pueblos indígenas como a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras⁶, para el caso que ocupa el presente análisis, deben tenerse en cuenta las normas particulares aplicables a estas comunidades en la materia, a saber, el

⁴ Artículo 13: 1. *Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.* 2. *La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.*

⁵ En sentencia C-169 de 2001, la Corte indicó que el término tribal contenido en el Convenio 169/89 de la OIT comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional, a saber: aquellos rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo que les diferencien de los demás sectores sociales (elemento objetivo), y (ii) la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión (elemento subjetivo). Señaló la Corte entonces que “de la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado.” Corte Constitucional, Sentencia C-169, 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶ Al respecto señala la Corte Constitucional frente a las comunidades afrocolombianas: “La diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural. Como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida, tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional.” Corte Constitucional. Sentencia T-422, 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por su parte, frente a los pueblos indígenas señala la Corte: “La caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional atiende a situación de vulnerabilidad, originada en los siguientes aspectos históricos, sociales y jurídicos: la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión); y la especial afectación que el conflicto armado del país ha significado para las comunidades indígenas, principalmente por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes”. Corte Constitucional. Sentencia T-235, 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Vila.





capítulo IV de la Ley 70 de 1993, relativo al uso de la tierra y protección de los recursos naturales y del ambiente.

En ese orden, la Ley 70 de 1993 establece que si bien no es posible adjudicar títulos colectivos de propiedad a comunidades negras dentro de las áreas del SPNN⁷, en aquellos casos en que al interior de las áreas de PNN se encontraran asentadas dichas comunidades antes de su declaratoria, se respetará su derecho a permanecer y a incorporar sus prácticas tradicionales en el plan de manejo del área protegida, siempre que sean compatibles con la naturaleza, objetivos y funciones de la misma⁸.

Es importante señalar, que a partir de una interpretación progresiva de los derechos humanos, en la actualidad el derecho al uso y aprovechamiento asociado a las prácticas tradicionales de las comunidades negras se hace extensivo a aquellas que hacen uso regular y permanente de las áreas del SPNN, aun cuando no las habiten ni se hayan establecido en ellas.

Es de anotar, que de manera general, al igual que todos los habitantes del territorio, las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras tienen derecho del uso de los recursos naturales por ministerio de ley⁹, el cual parte del supuesto de que no afecta en calidad ni en cantidad la oferta de la biodiversidad y de las dinámicas de un ecosistema.

No obstante, tratándose de comunidades a quienes se les debe garantizar la pervivencia física y cultural asociada a su territorio, el artículo 19 de la Ley 70 de 1993 consigna una excepcionalidad al régimen general de usos de los recursos naturales renovables, pues incluye como usos por ministerio de ley; que no requieren permiso, y siempre que se garantice la persistencia de los recursos tanto en cantidad como en calidad, aquellas prácticas tradicionales ejercidas por las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, sobre:

“las aguas, las playas o riberas, los frutos secundarios del bosque o sobre la fauna y flora terrestre y acuática para fines alimenticios o la utilización de recursos naturales renovables para construcción o reparación de viviendas, cercados, canoas y otros elementos domésticos para uso de los integrantes de la respectiva comunidad negra.” (Subrayado fuera de texto).

Es así como, de conformidad con el régimen establecido para la concesión de aguas en los artículos 86, 87 y 88 del Decreto 2811 de 1974, y los artículos 32 al 35 del Decreto 1541 de 1978, el uso de las aguas que hagan las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras por fuera de lo señalado en la excepcionalidad consagrada en el artículo 19 de la Ley 70 de 1993, requieren el respectivo trámite de concesión.

⁷ Art. 6 Ley 70 de 1993.

⁸ Art. 22 Ley 70 de 1993.

⁹ Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente define en el artículo 53 que “Todos los habitantes del territorio nacional, sin que necesiten permiso, tienen derecho de usar gratuitamente y sin exclusividad los recursos naturales de dominio público, para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales de uso doméstico, en cuanto con ello no se violen disposiciones legales o derechos de terceros”.





Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



Por último, es pertinente señalar, que en consonancia con el artículo 58 constitucional, el artículo 20 de la Ley 70 de 1993 establece la obligación de los titulares de derechos de propiedad colectiva de cumplir las obligaciones de protección del ambiente y de los recursos naturales renovables y contribuir con las autoridades en la defensa de ese patrimonio.

3. ACUERDOS DE USO Y MANEJO CON COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANAS, RAIZALES Y PALENQUERAS EN ÁREAS PROTEGIDAS DEL SPNN.

Cabe resaltar nuevamente, que a través de la implementación de la Política de Participación Social en la Conservación, bajo el Subprograma de Estrategias Especiales de Manejo, que Parques Nacionales Naturales ha dado respuesta al régimen de excepción bajo el cual se garantizan los derechos territoriales de los grupos étnicos que habitan y hacen uso regular y permanente de las áreas protegidas del SPNN.

En ese sentido, no obstante la obligación de adelantar los trámites, permisos y autorizaciones a que haya lugar para el uso de aguas superficiales por parte de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, diferente a los usos consagrados en el artículo 19 de la Ley 70 de 1993, Parques Nacionales Naturales deberá procurar ejercicios de relacionamiento con esas comunidades que apunten a la suscripción de Acuerdos Políticos y de Uso y Manejo.

Lo anterior, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 22 de la Ley 70 de 1993 sobre la obligación de incorporar en los planes de manejo de las áreas protegidas del SPNN, las prácticas tradicionales asociadas al uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables por parte de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, así como de los acuerdos suscritos con la entidad para la conservación de la biodiversidad y la protección del patrimonio cultural y el hábitat natural donde se desarrollan las culturas tradicionales.

Frente a las actividades permitidas a las comunidades negras al interior de las áreas protegidas del SPNN, se recomienda revisar el concepto de la Oficina Asesora Jurídica radicado con No 20131300066351 de 2013-09-09, en el cual se resalta la importancia de los acuerdos de uso y manejo en la regulación de dichas las actividades, que deberán tener en cuenta los derechos de orden constitucional y legal *que imponen la necesidad de realizar una articulación armónica entre la relación con la tierra que estos grupos utilizan y ocupan, y sus usos y costumbres, y los objetivos de conservación y funciones de las áreas protegidas.*

No sobra reiterar lo dicho anteriormente en cuanto a que el uso y aprovechamiento económico en las áreas protegidas puede realizarse, sí y solo si:

- ✓ Se realiza por grupos étnicos reconocidos como dueños, ocupantes y/o usuarios ancestrales e históricos del territorio, anteriores a la declaración del área protegida.
- ✓ No afectan negativamente los objetivos y funciones por las que fueron declaradas las áreas protegidas



Calle 74 No. 11-81 Piso 8 Bogotá, D.C., Colombia
Teléfono: 353 2400 Ext.: 3432
www.parquesnacionales.gov.co



Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



- ✓ Es un aprovechamiento sostenible
- ✓ Se realiza de acuerdo a sistemas tradicionales o tecnologías compatibles con los objetivos del SPNN
- ✓ Se tienen en cuenta normas que regulan el aprovechamiento económico sostenible con carácter comercial, deben tenerse en cuenta los marcos legales que limitan los sistemas de aprovechamiento, por ejemplo para fauna debe tenerse en cuenta las categorías CITES y el listado vigente de especies silvestres amenazadas (Resolución 192/ 2014 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible).

4. RESPUESTA AL CASO CONCRETO

Frente a la solicitud elevada a esta Oficina frente al memorando No. 20161300002813 del 7 de julio de 2016, *en el sentido de informar al Grupo de Trámites y Evaluación Ambiental si lo establecido en dicho memorando, por medio del cual se emitió concepto relacionado al manejo que se debe dar a las comunidades indígenas traslapadas con las Áreas Protegidas que necesitan captar agua para diferentes usos, es aplicable igualmente a las comunidades negras que requieren hacer uso del recurso hídrico, se considera pertinente aclarar que:*

- I. Lo señalado en dicho concepto se refirió específicamente a los usos agrícolas mediante sistemas de abastecimiento de aguas superficiales, y en ese orden, de las actividades que se enmarcan dentro de las señaladas por el artículo 36 del Decreto 1541 de 1978, como aquellas que requieren concesión para obtener el derecho al aprovechamiento de las aguas.
- II. La Ley 70 de 1993 establece de manera específica el régimen dentro del cual se deben comprender las prácticas tradicionales que supongan el ejercicio del derecho al uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables por parte de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras dentro de las áreas del SPNN, las cuales deberán ser incorporadas en el plan de manejo y definidas en el marco de los acuerdos de uso y manejo concertados con dichas comunidades.
- III. La utilización de aguas de uso público por parte de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras dentro de las áreas protegidas del SPNN que no correspondan a sus prácticas tradicionales en los términos establecidos en el artículo 19 de la Ley 70 de 1993, requieren trámite de concesión.



Calle 74 No. 11-81 Piso 8 Bogotá, D.C., Colombia

Teléfono: 353 2400 Ext.: 3432
www.parquesnacionales.gov.co



Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



En mérito de lo expuesto, nos permitimos aclarar que el concepto emitido por esta oficina mediante memorado No 20161300002813 del 7 de julio de 2016 tiene un alcance diferente para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en tanto todos aquellos usos por fuera de los contemplados en el artículo 19 de la Ley 70 de 1993, como norma específica para el caso en concreto, y de conformidad con el régimen establecido para la concesión de aguas, requieren el respectivo trámite de concesión de aguas.

Atentamente,

Tramitado Vía Orfeo

MAGDA GISELA HERRERA JIMÉNEZ

Profesional Especializado encargada de las funciones de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

Proyectó: Adriana Camelo.



Calle 74 No. 11-81 Piso 8 Bogotá, D.C., Colombia
Teléfono: 353 2400 Ext.: 3432
www.parquesnacionales.gov.co