



Bogotá, D. C., 02 SEP 2013

MEMORANDO

PARA: ANDREA CORTÉS SALAZAR
Subdirectora Instrumentos, Permisos y Trámites (E)

NUBIA OROZCO ACOSTA
Subdirectora de Evaluación y Seguimiento

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Solicitud de Apoyo Jurídico – Noción de Territorios Ancestrales / Vinculación de Mano de Obra Local

En atención a su solicitud de apoyo para que la Oficina Asesora Jurídica defina o dé línea sobre:

1. Conceptualización y, o definición de criterios que permitan incluir la noción de territorio ancestral en la definición de área de influencia de los "proyectos de desarrollo y de explotación de recursos naturales" de acuerdo con lo establecido en la Sentencia T-693 de 2011, proferida por la Corte Constitucional.
2. Requerimientos que es viable efectuar en el marco de las competencias de esta Autoridad, dentro de los procesos de evaluación y seguimiento, en relación con la vinculación de mano de obra proveniente de personal local, por parte de las empresas titulares de proyectos, obras o actividades cuyo licenciamiento es de competencia de la ANLA.

Para efectos del apoyo solicitado, se responde:

1. NOCIÓN DE TERRITORIO ANCESTRAL

Del análisis normativo y jurisprudencial relativo a la protección de la integridad cultural de las comunidades étnicas reconocidas, en especial sobre territorios ancestrales, se deduce de forma razonable, que la definición requerida por la Subdirección de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales se enmarca más allá de la simple conceptualización que desde esta Oficina se pueda dar o fijar como criterio definitivo,



02 SEP 2013 11:15a

Alba Acosta
sep 2-13 11:08

por ubicarse la misma en un terreno cultural y una cosmovisión de territorio propio de las comunidades étnicas lo cual trasciende la generalidad y conceptualización occidental que conocemos, complejizado aún más si se tiene en cuenta que en los procesos de consulta, como lo ha dicho la Corte Constitucional, se deben atender los antecedentes culturales, sociales y económicos de difícil definición y por obvias razones de imposible inclusión dentro de un concepto general, fijo y permanente como el que se pide a esta Oficina, para establecer de manera clara las áreas de influencia que se deben identificarse en cada proyecto, obra o actividad de competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA., o inclusive de cualquier otra autoridad.

En efecto, según la normativa sobre el tema encontramos que, de acuerdo con lo señalado en el ordenamiento Constitucional¹, se defirió al legislador la delimitación de los territorios étnicos.

El legislador, cumpliendo aparentemente el mandato constitucional, expidió la Ley 1454 de 2011 a través de la cual dictó normas orgánicas sobre ordenamiento territorial, señalando, el numeral 17° del artículo 3°, como principio, el proceso de ordenamiento territorial indicando que se realiza para que: *“los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, los raizales y la población ROM ejerzan su derecho de planeación y gestión dentro de la entidad territorial respectiva en armonía y concordancia con las demás comunidades y entidades territoriales”*.

No obstante, según el parágrafo 2° del artículo 37 de dicha Ley de Ordenamiento, el propio Legislador (quien tenía el mandato constitucional de reglar los territorios indígenas) señaló que de acuerdo con el artículo 329 de la Constitución Política el Gobierno Nacional presentará al Congreso de la República, dentro de los diez (10) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas y de las comunidades afectadas beneficiadas en dicho proceso.

Frente a esa regla jurídica allí establecida, la misma Corte Constitucional en la sentencia C-489/12 (mediante la cual hizo un juicio de exequibilidad de la ley 1454 de

¹ Artículo 329 de la Constitución Política. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte. PARAGRAFO. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

2011) indicó que la definición de las entidades territoriales indígenas previstas en el artículo 329 de la C.P. (al establecer normas que remiten a una posterior regulación los deberes constitucionales), existe ausencia total de legislación al respecto, produciéndose de esta manera una omisión legislativa absoluta, pues no se reguló tan importante aspecto para lo cual el constituyente primario había establecido como deber.

No obstante, si bien el incipiente desarrollo legislativo en la Ley de Ordenamiento Territorial no definió o determinó un concepto claro sobre territorios ancestrales, no por ello, como lo ha dicho la Corte Constitucional en un precedente jurisprudencial que constituye sentencia hito en materia de protección de derechos fundamentales², es inexistente la definición, ya que existen sentencias de la Corte Constitucional que, bajo precedentes jurisprudenciales, han tratado de efectuar una aproximación al concepto de territorio ancestral y definido el concepto de comunidades étnicas.

En efecto, ha dicho la Corte, por ejemplo, que la tarea de delimitación y proceso de definición deberán ser consultadas de forma previa a aquellas poblaciones o comunidades con conciencia e identidad cultural propia, para que considerando las situaciones planteadas por los consultados y con las ayudas técnicas e históricas que sean del caso, se pueda determinar dónde empiezan y terminan los territorios de esas comunidades étnicas, cuáles son los espacios indígenas propios y cuáles los compartidos, y en qué lugares no se da, o nunca se ha dado presencia de las mismas.

Dicha labor se debe efectuar dentro del marco del proceso de consulta previa, como un mecanismo para que el Estado considere y valore las posiciones culturales, sociales y económicas que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo³.

Este proceso de consulta debe adelantarse, según la Corte Constitucional, cumpliendo los requisitos jurisprudenciales fijados para su realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas, los cuales enumera así:

² Sentencia C-587/92. Corte Constitucional. Mag. Ponente Dr. Ciro Angarita Barón. En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas: el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; El Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales. Ahora bien, en última instancia el responsable de mantener la vigencia de los derechos fundamentales es el Estado. Es él quien tiene la tarea de establecer las normas que regulen -acorde con los derechos fundamentales- las relaciones privadas, así como sancionar las conductas que lesionen los derechos y todo ello de forma eficaz y diligente.

Si mientras la Constitución protege el derecho a la vida, el legislador no hace punible el delito de homicidio, y el juez no cumple eficazmente con su función judicial, un homicidio impune es, no solamente la vulneración de un derecho fundamental por parte de un particular, sino, en última instancia, un hecho cuya responsabilidad compete directamente al Estado.

Por ello, el hecho de que exista nueva concepción de orden constitucional y de los derechos fundamentales, que se convierten en normas de obligatorio cumplimiento frente a todos, no implica que el Estado diluya o comparta su responsabilidad, sino por el contrario la acrecienta, debiendo responder, de una u otra manera, por la eficaz aplicación de tales derechos.

³ Sentencia SU 383 de 2003. Corte Constitucional. Mag. Ponente. Alvaro Tafur Galvis.

“Requisitos o reglas jurisprudenciales

- i. *La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.*
- ii. *No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.*
- iii. *No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.*
- iv. *Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.*
- v. *Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.*
- vi. *Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.*
- vii. *Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.*
- viii. *Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.*

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.

- ix. *Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.*
- x. *Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.*
- xi. *Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.*

Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización administrativa de entidades del Estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional".⁴

Sin embargo, en todo ello, la certificación de territorios ancestrales, resguardos, la presencia de comunidades étnicas en los mismos así como la consulta previa, tienen por ley asignada competencia para ello, entendida esta como el objeto y funciones asignadas por ley a cada entidad lo cual constituye el ámbito de permisión expresa como un deber-facultad dentro de la cual, por norma objetiva, establece las finalidades para las cuales fue creada cada entidad, toda vez que la competencia no surge de la voluntad subjetiva de sus funcionarios, sino de la condición reglada que

⁴ Sentencia T-129/11 Mag. Ponente Dr. Jorge Iván Palacios P.

vincula la entidad con el fin público propuesto según la Ley, siendo sus principales caracteres fundamentales, los siguientes:

- i. La competencia es objetiva, en cuanto surge de una norma que determina la aptitud legal sobre la base del principio de especialidad.
- ii. La competencia es obligatoria.
- iii. La competencia es improrrogable.
- iv. La competencia es irrenunciable.

En el ámbito del derecho administrativo y para el caso específico de la ANLA, la competencia de esta autoridad reposa en la sustancia y naturaleza jurídica de sus actos administrativos que debe proferir conforme a la Constitución, Ley y reglamentos; al grado especializado; al territorio o campo de acción y al tiempo en el cual se profieren.

Lo anterior para significar entonces que, para el cumplimiento de los fines, objetivos y propósitos establecidos por la Ley, la ANLA cumple de manera especializada, autónoma y delimitada, única y exclusivamente, los señalados para el otorgamiento, negación o suspensión de las licencias, permisos y trámites ambientales que todo "proyecto, obra o actividad" exija y/o se implemente como lo exige el Código Nacional de Recursos Naturales, Ley 99 de 1993 y los Decretos que las reglamentan, pero siempre circunscritas al **objeto** de creación de la ANLA.

De manera que todo acto, acción u omisión que la ANLA desarrolle, ejecute, inicie o culmine, por fuera del objeto y funciones asignadas legalmente, será nulo de pleno derecho por incurrir en el vicio de falta de competencia, ya sea material, territorial, espacial (tiempo), especialidad y que en sede judicial de control de legalidad de los actos de la administración podrá ser declarada su anulación bajo los términos y causales de los Artículos 136 y s.s. del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La ANLA debe cumplir su objeto y funciones asignadas legalmente, como una Unidad Administrativa Especializada, bajo su autonomía administrativa y financiera, y por ello, no puede adelantar actuaciones administrativas que estén por fuera de sus competencias especiales referidas en el Decreto de creación.

Teniendo en cuenta lo anterior, y para el fin específico dentro del cual debe definirse y certificar o limitarse la condición de territorios ancestrales, lo mismo que la presencia de

comunidades étnicas y sus respectivos resguardos, estas materias tienen asignadas autoridades públicas especiales que deben ser consultadas y sus dichos, por ser actuaciones administrativas de carácter, particular o general, gozan de la presunción de eficacia, validez, ejecutividad y presunción de legalidad, es decir, su dicho administrativo se debe tener como cierto por los particulares y por el Estado mismo en las diferentes actuaciones administrativas o privadas que con base en ellas se inicie, desarrolle y culmine. Obviamente, la presunción de legalidad admite prueba en contrario que deberá demostrarse, ante la misma autoridad que la expidió para que reconsidere su dicho o ante la jurisdicción contenciosa para que anule el acto que viola derecho y por obvias razones quebranta la legalidad.

Para el caso específico de la consulta formulada es el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – IncodeR-, quien tiene para ello la competencia funcional asignada por la Ley 3759 de 2009, la cual indica que le corresponde adelantar los procedimientos relacionados con la titulación colectiva de tierras a las comunidades negras y planificar y ejecutar los procedimientos para la constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración de los resguardos indígenas en beneficio de sus comunidades.

Igualmente, conforme al Decreto-Ley 2893 de 2011 (expedido por el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el Legislador mediante la Ley 1444 de 2011), a través del cual se modificaron los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior, corresponde a la Dirección de Consulta Previa, la competencia de expedir las certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos e incluye todo el proceso de consulta previa.

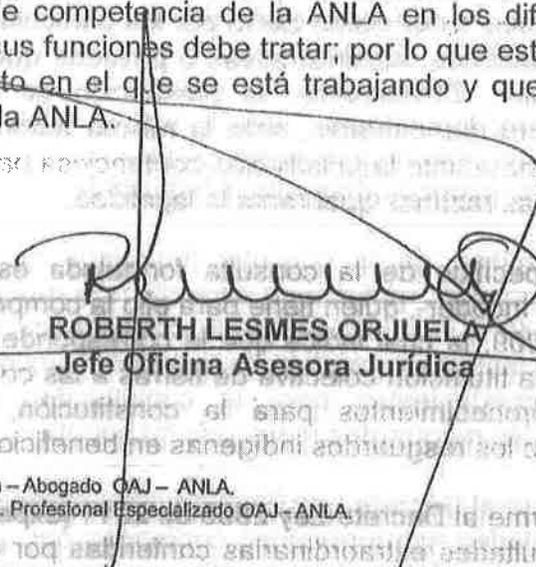
Razón por la cual, para la definición de territorios ancestrales, la presencia de comunidades étnicas, la limitación de sus resguardos o titulación, IncodeR y Ministerio del Interior, son las **únicas autoridades** con la competencia para definir y decidir los temas que tengan que ver con los territorios de las comunidades étnicas.

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, no puede definir el concepto de territorios ancestrales, ni mucho menos definir la presencia de resguardos o territorios de las comunidades étnicas, ni adelantar los procesos de consulta. Para ello el Estado tiene las autoridades que son las competentes funcionales y territoriales. **A lo sumo lo que puede realizar la ANLA es, en los procesos de evaluación, informarle a la autoridad competente la presencia de comunidades étnicas, territorios, resguardos, sitios ancestrales, etc., para que sean éstas autoridades públicas quienes reconsideren su dicho administrativo en cada certificación expedida.**

2. Vinculación de Mano de Obra Local

Frente al segundo requerimiento, la Oficina Asesora Jurídica se pronunciará con respecto a los temas de competencia de la ANLA en los diferentes trámites que la entidad en ejercicio de sus funciones debe tratar; por lo que este punto consultado será definido en el documento en el que se está trabajando y que será presentado en el Comité de Dirección de la ANLA.

Cordialmente,



ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: **Jullán David Benítez Rincón** – Abogado OAJ – ANLA.

Revisó: **Daniel Ricardo Páez Delgado**, Profesional Especializado OAJ – ANLA.