

Bogotá, D. C., 12 MAY 2014

MEMORANDO

PARA: NUBIA OROZCO ACOSTA
Directora General ANLA

MAURICIO MALDONADO CHAYA
Subdirector de Evaluación y Seguimiento

ANDREA CORTES SALAZAR
Subdirectora de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Solicitud de apoyo jurídico alcance del Sistema de Gestión de Empleo para la Productividad y del Servicio Público de Empleo en cuanto a la viabilidad de requerimientos de vinculación de mano de obra proveniente de personal local en el licenciamiento ambiental

En atención a la solicitud de apoyo jurídico realizado a la Oficina Asesora Jurídica de la ANLA, se analiza el alcance de la aplicación de la Ley 1636 de 2013 y del Decreto 2852 de 2013 Sistema de Gestión de Empleo para la Productividad y del Servicio Público de Empleo en cuanto a la viabilidad de requerimientos de vinculación de mano de obra proveniente de personal local en el licenciamiento ambiental, como sigue a continuación:

1. Alcance de la aplicación de la Ley 1636 de 2013 y del Decreto 2852 de 2013 en los requerimientos de vinculación de mano de obra local

Teniendo en cuenta el Memorando 4220-3-37774 del 26 de febrero de 2014 expedido por esta Oficina Asesora Jurídica en relación a la viabilidad de requerimientos de vinculación de mano de obra proveniente de personal local, es necesario vincular a este concepto la aplicación de las disposiciones establecidas en la Ley 1636 de 2013 y el Decreto 2852 de 2013 en lo relacionado con el Sistema de Gestión de Empleo para la Productividad y del Servicio Público de Empleo, por cuanto se trata de instituciones jurídicas que afectan la interpretación aportada sobre vinculación de mano de obra local.

En este sentido es importante dar cuenta de lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 1636 de 2013, en el cual se crea y establece la finalidad del Sistema de Gestión de Empleo, como institución encargada de generar acciones para las políticas de inserción laboral a nivel tanto nacional como local. La norma ibídem dispone textualmente:

“El Sistema de Gestión de Empleo para la Productividad tiene por objeto integrar, articular, coordinar y focalizar los instrumentos de políticas activas y pasivas de empleo que contribuyan al encuentro entre oferta y demanda de trabajo, a superar los obstáculos que impiden la inserción laboral y consolidar formas autónomas de trabajo, vinculando la acciones de gestión de empleo de carácter nacional y local. El sistema comprende las obligaciones, las instituciones públicas privadas y mixtas, las normas, procedimientos y regulaciones y los recursos públicos y privados orientados al mejor funcionamiento del mercado de trabajo.

El Ministerio de Trabajo reglamentará la integración y funcionamiento del Sistema de Gestión de Empleo para la Productividad que comprende las funciones de:

- a) La dirección y regulación de la gestión de empleo;
- b) La operación y prestación de los servicios de colocación;
- c) La inspección, vigilancia y control de los servicios”.

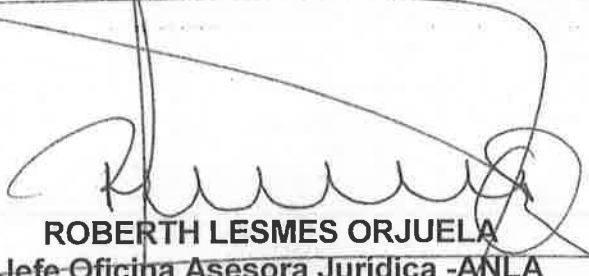
Ahora bien, de acuerdo con la naturaleza de la norma en el marco del Sector Administrativo del Trabajo definido en la Ley 1444 de 2011 (artículos 7º y 8º), el Sistema de Gestión de Empleo se encuentra bajo dirección del Ministerio del Trabajo, quien además debe reglamentar su integración y funcionamiento. A pesar de no existir una remisión expresa de la norma, claramente se desprende de la interpretación integral del Sistema de Gestión de Empleo definido en el artículo 24 de la Ley 1636 de 2013, que el logro sus los objetivos se materializan a través del Servicio Público de Empleo, cuya orientación, dirección y regulación corresponde al Ministerio del Trabajo y su administración a la Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2521 de 2013.

En suma, se advierte que por virtud de las normas precitadas, que no hay lugar para determinar exigencia de contratación de mano de obra como parte de la licencia ambiental, pues, en adición a los argumentos expuestos en el Memorando 4220-3-37774 del 26 de febrero de 2014, esta corresponde al Sector Administrativo del Trabajo y a los mecanismos de exigibilidad administrativos y judiciales que han sido creados por la ley para tal fin. En consecuencia, se extienden los efectos de la no exigencia de vinculación de los requerimientos de mano de obra de las obligaciones que han sido impuestas en la licencia ambiental, y esta tendrá que remitirse a las disposiciones sobre el Sistema de Gestión de Empleo y del Servicio Público de Empleo, establecidos y reglamentados por la Ley 1636 de 2013 y del Decreto 2852 de 2013.

2. Conclusión

- 1) En virtud de lo dispuesto en la Ley 1636 de 2013 del Decreto 2852 de 2013 sobre el Sistema de Gestión de Empleo y el Servicio Público de Empleo, de acuerdo con las razones expuestas, debe extenderse la excepción de seguimiento de vinculación de mano de obra local de las obligaciones que han sido impuestas sobre los proyectos en la licencia ambiental.
- 2) Lo anterior debe interpretarse sin desconocimiento de las demás posiciones establecidas en el Memorando 4220-3-37774 del 26 de febrero de 2014 expedido por la Oficina Asesora Jurídica de la ANLA.

Cordialmente,


ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica -ANLA


Elaboró: Gustavo A. Ortega – Asesor OAJ – ANLA

Conclusiones

1) Las ventas no aumentaron en la Ley 16 del 2001 que fijó el 15% las ventas
de importación en el sector de Alimentos y Bebidas. En cambio, se observó
un aumento en las ventas de otros sectores de consumo como el de
vestimenta de mayor de edad local de los departamentos que han sido impactados
por los cambios en la política comercial.

2) El aumento de las importaciones en el departamento de las ventas no
se reflejó en el Ministerio 2000-2001 y 2001-2002 de la Ley 16 del 2001
por la misma manera, incluso de la Ley 16.

Conclusiones

ROBERTO FERRER
Jefe Oficina Asesora Jurídica UNIC

EDUARDO GARCÍA
Jefe Oficina Asesora Jurídica UNIC

Bogotá, D. C.

12 MAY 2014

MEMORANDO

PARA: NUBIA OROZCO ACOSTA
Directora General ANLA

MAURICIO MALDONADO CHAYA
Subdirector de Evaluación y Seguimiento

ANDREA CORTES SALAZAR
Subdirectora de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Solicitud de apoyo jurídico sobre alcance de la consulta previa

En atención a la solicitud de apoyo jurídico sobre el alcance del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas, comunidades afro, y grupos étnicos en general desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, se presentan los siguientes argumentos referidos al alcance propiamente dicho de la consulta previa relacionado con la afectación directa de las comunidades diferenciadas y posteriormente se hará referencia a los límites del derecho de autonomía de estos grupos para determinar en los mismos términos el alcances de la consulta previa, de la siguiente manera:

1. Alcance de la aplicación de la consulta previa según la jurisprudencia interamericana y constitucional

El alcance de la consulta previa a pueblos indígenas y grupos étnicos, ha tenido una evolución desde la interpretación normativa y jurisprudencial, por lo cual se analizan estos dos aspectos relevantes para el análisis. Partiendo del análisis normativo, el reconocimiento de la consulta previa desde la conceptualización jurídica contenida en las disposiciones normativas de instrumentos internacionales y del ordenamiento jurídico interno, pero adicionalmente en la jurisprudencia interamericana y constitucional. La consulta previa, de acuerdo con el Convenio 169 de 1989 de la OIT, se define como un procedimiento encaminado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas y tribales mediante la obligación de los gobiernos de consultar las comunidades y sus representantes, cuando existan medidas legislativas o administrativas susceptibles de

afectarles directamente (artículo 6) y en aquellos casos en que sus intereses puedan verse perjudicados por la explotación de los minerales y recursos del subsuelo y demás recursos renovables presentes en sus territorios (artículo 15). Por otra parte, la consulta previa es, según el desarrollo de la jurisprudencia constitucional colombiana (por ejemplo, la Sentencia SU-039 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia, CCC, caso U'wa vs Ministerio de Ambiente y Occidental de Colombia, Inc.), un derecho fundamental de carácter colectivo relacionado con el derecho de propiedad colectiva de los 'grupos étnicos' en el cual se incluye la participación como elemento vinculante dentro de la toma de decisiones que afecten sus intereses, y que se define como esencial para su subsistencia colectiva.

De lo anterior, es claro identificar como parte de la conceptualización de la consulta previa las siguientes conclusiones: i) que sus titulares *stricto sensu* son los pueblos indígenas y los grupos étnicos, quienes adquieren estos mismos derechos de acuerdo con la interpretación extensiva de los derechos colectivos similares que ha efectuado la CCC¹; ii) que la consulta previa es exigida como obligación, únicamente cuando puedan verse perjudicados los derechos e intereses de estas comunidades, descartando su exigencia sobre aquellos programas, planes, acciones, medidas, proyectos, obras o actividades que busquen generar un beneficio a dichas comunidades sin efectuar ningún tipo de afectación (como por ejemplo, el desarrollo del programa de recuperación de playas de la isla de San Andrés en relación con el pueblo Raizal); y iii) que para el caso específico de la consulta previa exigida a los proyectos, obras o actividades de explotación sobre los minerales, recursos del subsuelo y demás recursos renovables, debe existir un vínculo inexorable frente a la afectación o perjuicio de la propiedad colectiva y/o los territorios de los grupos étnicos.

Sin perjuicio de lo anterior, la CCC en Sentencia T-617 del 2010 (Lagos Tovar vs Consejo Superior de la Judicatura) desarrolló la noción de 'territorio ancestral' con base en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para el caso Mayagna Sumo vs Nicaragua (2001) para significar que, el concepto de territorio ancestral implica que puede ser expansivo en determinados casos, y no recaer exclusivamente al reconocimiento de títulos por parte del Estado, sino con un alcance mayor dependiente de la incidencia que una actividad pueda traer para ese territorio por sus connotaciones culturales³ 4.

¹ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2001. Sentencia C-169 de 2001 [Revisión constitucional del proyecto de ley número 025/99 Senado y 217/99 Cámara, "por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia"]. Bogotá D. C.: CCC. En esta providencia, la CCC precisa el alcance de la interpretación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas para los grupos étnicos similares.

² Ortega, G. A. 2010. Argumentación iusfundamental de los derechos colectivos y ambientales. En: Mesa-Cuadros, G. (ed.) Debates ambientales contemporáneos. pp. 75-133. Bogotá D. C.: Universidad Nacional de Colombia.

³ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2011. Sentencia T-698 de 2011 [caso Embera-Chamí vs Alcaldía Municipal de Riosucio, Caldas]. Bogotá D. C.: CCC.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2001. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) [caso Mayagna Sumo Awas Tigni vs Nicaragua]. San José: CIDH.

Pero recuerda la CCC en la Sentencia T-698 de 2011 (caso Embera-Chamí vs Alcaldía Municipal de Riosucio, Caldas), que " [...] la eventual afectación que puede sufrir una comunidad étnica como consecuencia de una medida administrativa que avala la ejecución de un proyecto u obra sobre determinado predio no depende de que el mismo pueda clasificarse o no como territorio ancestral" sino que "para efectos de la consulta, lo relevante es que la intervención avalada por la administración tenga la capacidad de generar la afectación directa a la que tantas veces se ha hecho referencia".

Por lo cual, se concluye que para saber si debe consultarse a un consejo comunitario de un grupo étnico que ha sido constituido, trasladado o residido fuera del territorio propio de su 'comunidad étnica', lo importante no es su situación particular respecto a la posición geográfica, sino el hecho de si el proyecto, obra o actividad representa una eventual afecta directamente frente a la comunidad étnica y no frente a dicha autoridad.

Para ello en la misma Sentencia T-698 de 2011, se ha sostenido "que el criterio de afectación directa que determina la obligatoriedad de la consulta hace referencia a un posible impacto sobre la autonomía, diversidad e idiosincrasia de la comunidad indígena" pues "la Corte ha calificado como eventos de afectación directa las medidas que resulten virtualmente nocivas o que generen una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos". Aunque sin desconocer "que el requisito de afectación directa también se cumple cuando la medida respectiva interviene sobre territorios indígenas". Finalmente, sobre la afectación directa la CCC afirma que deben tenerse en cuenta el entorno territorial, que incluso, a pesar de no mantener asentamientos permanentes de 'las comunidades' en la zona del proyecto o no tener título de propiedad, pueda de todas maneras afectar directamente a la comunidad.

Además en las Sentencias C-317 de 2012 y T-376 de 2012 (caso Pardo Castro vs Dimar) la CCC plantea se refiere a algunos 'estándares para la determinación' de la afectación directa, en las cuales la misma Corte reconoce que pueden identificarse otros en el análisis de caso por caso: "[...] (i) de los fallos de revisión de tutela y unificación reiterados en el acápite precedente, se desprende que la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas; a su turno, las sentencias de constitucionalidad recién reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Finalmente, (iv) [...] sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia diferencial de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población"^{5 6}.

⁵ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2012. Sentencia C-317 de 2012. [Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 05 de 2011, Sistema General de Regalías]. Bogotá D. C.: CCC.

⁶ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2012. Sentencia T-376 de 2012 [caso Pardo Castro vs Dimar]. Bogotá D. C.: CCC.

Del mismo modo se afirma en la Sentencia T-376 de 2012 ya citada, que en los casos en los que se evidencie, una 'afectación indirecta' a los derechos de los grupos étnicos, pese a no exigirse la realización del proceso de consulta previa, sí *"deben garantizarse espacios adecuados de participación para las comunidades afectadas, al menos de igual naturaleza a los que tiene el resto de la población a disposición"*.

De lo anterior se concluye que el alcance de la consulta previa está remitido de manera específica al análisis de afectación directa de pueda generar un proyecto, obra o actividad frente las comunidades en estricto sentido, y no frente a las autoridades que se constituyan, trasladen o residan por fuera del territorio ancestral, por ejemplo, los consejos comunitarios. Por tanto, si un proyecto, obra o actividad no representa una afectación directa sobre las 'comunidades', no tiene por qué exigirse a la autoridad ambiental la realización de una consulta previa.

2. Límites de la autonomía de los grupos étnicos frente a la soberanía y facultad del Estado para hacer seguimiento a la consulta previa

En relación al contenido de los derechos colectivos, dentro de las categorías que han sido definidas en términos teóricos como 'derechos de autogobierno', por medio de los cuales se instituyen protecciones generales a nivel cultural y autodeterminación (por ejemplo, la organización de cabildos, juntas, consejos; así como el régimen legal y jurisdicción interna que definen las decisiones dentro de las colectividades), éstos inciden de manera determinante en el alcance de la consulta previa⁷.

En otras palabras, si bien se ha reconocido el derecho de 'autonomía' por parte de los grupos étnicos, no puede utilizarse para impedir medidas necesarias que deben materializarse para dar cumplimiento a las disposiciones legales y a la aplicación misma de otros derechos colectivos como el de 'propiedad colectiva' o 'subsistencia' desarrollados a través de la consulta previa. Lo anterior bajo el entendido que todos los derechos fundamentales, sean colectivos o individuales son relativos y no absolutos, por interrelación con otros derechos y deberes surgidos de las disposiciones constitucionales. Este razonamiento implica que el derecho de autonomía no puede oponerse de manera absoluta al ejercicio de la soberanía del Estado en términos administrativos, por ejemplo, para impedir el acercamiento a las comunidades a fin de llegar a una concertación sobre el proceso de consulta previa, o para que una vez, se haya concertado las medidas y procedimientos, no se permita hacer el respectivo seguimiento a la consulta previa por parte de las autoridades estatales que tienen la obligación de hacerlo.

⁷ Kymlicka, W. 1996. *La ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós. Una de las diferencias que se plantean por el autor, son los tipos de derechos colectivos 'en función de grupo': i) derechos especiales de representación, ii) derechos de autogobierno y iii) derechos políétnicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro advertir en esta misma línea la jurisprudencia de la CCC (Sentencias T-129 de 2011, T-693 de 2011 y T-376 de 2012), se ha efectuado dicha interpretación sobre la aplicación de la consulta previa, con base en la noción establecida a nivel normativo y jurisprudencial⁸. Así, la Corte ha establecido lo siguiente:

"Reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social".

Advierte en definitiva, la CCC en las Sentencias Sentencia T-903 de 2009 (Kankuamos) y T-601 de 2011 (caso Embera-Chamí vs contra la Alcaldía Municipal de Riosucio, Caldas) que el derecho fundamental a la autonomía de las comunidades indígenas y en general de los grupos étnicos, tiene unos límites los cuales están determinados por: "(i) 'el núcleo duro de los derechos humanos', junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y (ii) por los derechos fundamentales como mínimos de convivencia, cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias"⁹.

3. Conclusiones

- 1) La consulta previa, de acuerdo con el Convenio 169 de 1989 de la OIT, se define como un procedimiento encaminado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas y tribales mediante la obligación de los gobiernos de consultar las comunidades y sus representantes, cuando existan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6) y en aquellos casos en que sus intereses puedan verse perjudicados por la explotación de los minerales y recursos del subsuelo y demás recursos renovables presentes en sus territorios (artículo 15).
- 2) La consulta previa es, según el desarrollo de la jurisprudencia constitucional colombiana (por ejemplo, la Sentencia SU-039 de 1997), un derecho fundamental de carácter colectivo relacionado con el derecho de propiedad colectiva de los 'grupos étnicos' en el cual se incluye la participación como elemento vinculante

⁸ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2011. 2012. Sentencia T-129 de 2011 [caso Embera-Katio vs Ministerios de Transporte y otros]. Sentencia T-693 de 2011 [caso Resguardo Turpial-La Victoria vs Ministerios del Interior y de Justicia y otros] y Sentencia T-376 de 2012 [caso Pardo Castro vs Dimar]. Bogotá D. C.: CCC.

⁹ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2009. 2011. Sentencia T-903 de 2009 (caso Kankuamos). Sentencia T-601 de 2011 [caso Embera-Chamí vs contra la Alcaldía Municipal de Riosucio, Caldas]. Bogotá D. C.: CCC.

dentro de la toma de decisiones que afecten sus intereses, y que se define como esencial para su subsistencia colectiva.

3) Se identifican, como parte de la conceptualización de la consulta previa, las siguientes conclusiones:

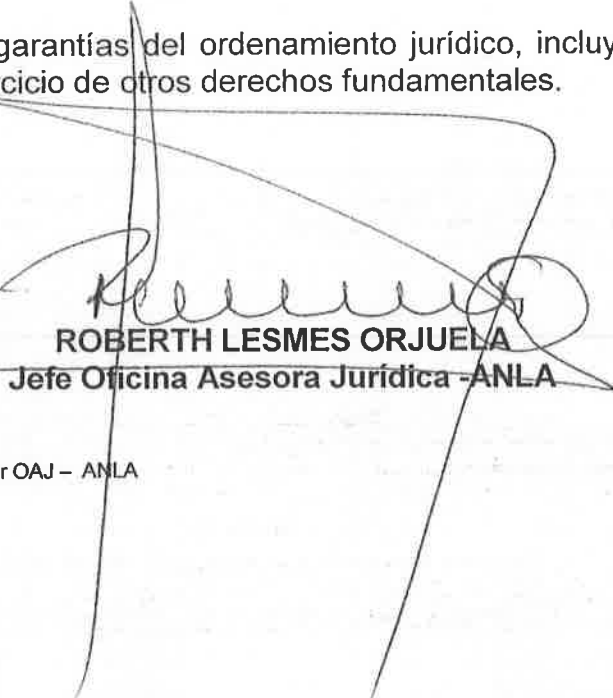
- a) Sus titulares *stricto sensu* son los pueblos indígenas y los grupos étnicos, quienes adquieren estos mismos derechos de acuerdo con la interpretación extensiva que ha efectuado la CCC;
- b) La consulta previa es exigida como obligación, únicamente cuando los puedan verse perjudicados los derechos e intereses de estas comunidades, descartando su exigencia sobre aquellos programas, planes, acciones, medidas, proyectos, obras o actividades que busquen generar un beneficio a dichas comunidades sin generar ningún tipo de afectación;
- c) El caso específico de la consulta previa exigida a los proyectos, obras o actividades de explotación sobre los minerales, recursos del subsuelo y demás recursos renovables, debe existir un vínculo inexorable frente a la afectación o perjuicio de la propiedad colectiva y los territorios de los grupos étnicos.

4) La consulta previa está remitida de manera específica al análisis de 'afectación directa' que pueda generar un proyecto, obra o actividad frente las comunidades en estricto sentido, y no frente a las autoridades que se constituyan, trasladen o residan por fuera del territorio ancestral, por ejemplo, los consejos comunitarios. Por tanto, si un proyecto, obra o actividad no representa una afectación directa sobre las 'comunidades', no tiene por qué exigirse a la autoridad ambiental la realización de una consulta previa.

5) En el contexto de otros derechos colectivos que tienen incidencia en la consulta previa, como el 'derecho de autonomía' dentro del conjunto de 'derechos de autogobierno', no pueden utilizarse como razones para oponer de manera absoluta el ejercicio de la soberanía del Estado en términos administrativos para garantizar otros derechos, por ejemplo, para impedir el acercamiento a las comunidades a fin de llegar a una concertación sobre el proceso de consulta previa, o para que una vez, se haya concertado las medidas y procedimientos, no se permita hacer el respectivo seguimiento a la consulta previa por parte de las autoridades estatales (administrativas o judiciales) que tienen la obligación de hacerlo; puesto que la misma jurisprudencia ha establecido límites a la autonomía

en virtud de las garantías del ordenamiento jurídico, incluyendo el principio de legalidad y el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Cordialmente,


ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica -ANLA


Elaboró: Gustavo A. Ortega – Asesor OAJ – ANLA

SECRET
NO FORN DISSEM

SECRET
NO FORN DISSEM

