

Bogotá, D. C.

12 MAY 2014

MEMORANDO

PARA: NUBIA OROZCO ACOSTA
Directora General ANLA

Tajumb
12-05-14

MAURICIO MALDONADO CHAYA
Subdirector de Evaluación y Seguimiento

Maldonado
12-05-14

ANDREA CORTES SALAZAR
Subdirectora de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales

Andrea
12/05/2014
15:36

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 culturales^{3 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 poliétnicos.

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.

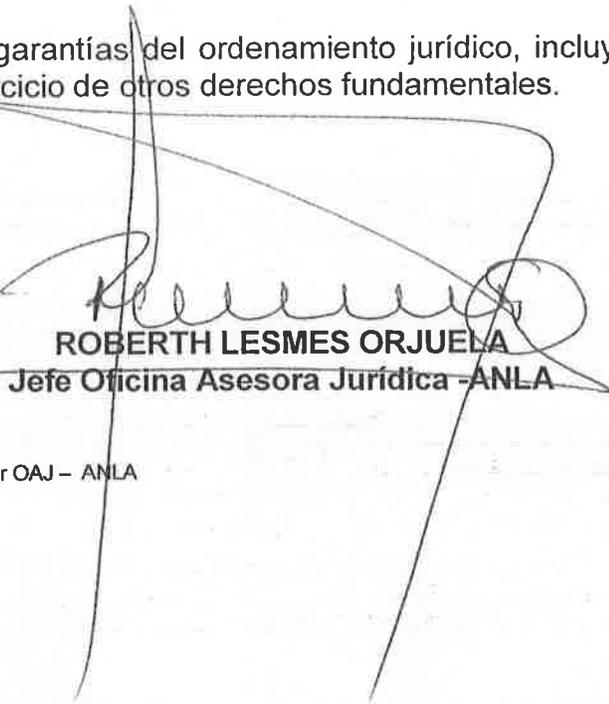
⁹ Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2009. 2011. Sentencia T-903 de 2009 (caso Kankuamos). Sentencia T-601 de 2011 [caso Embera-Chamí vs contra la Alcaldía Municipal de Riosucio, Caldas]. Bogotá D. C.: CCC.

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

