



27 JUL 2015



TODOS POR UN
NUEVO PAÍS
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

Radicado No.

Recibido Por:

Sandra

313



MININTERIOR

10:35

Al responder cite este número
OFI15-000026500-DCP-2500

Bogotá, D.C., viernes, 24 de julio de 2015.

Doctor
JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
Secretaria General
CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
Capitolio Nacional 1 piso
Bogotá D.C.

	CAMARA DE REPRESENTANTES UNIDAD DE CORRESPONDENCIA
	RECIBIDO
	27 JUL 2015
	Nº - 14 10
FIRMA:	
HORA:	9:20

ASUNTO: Alcance al oficio No. OFI15-000023621 – DCP-2500 del 7 de julio de 2015, radicado el 10 del mismo mes y año.

Respetado Doctor Mantilla:

1. ANTECEDENTES

Todos los servidores públicos, ostentan el deber general de dar cumplimiento a los servicios y obligaciones asignados en el ordenamiento jurídico, buscando siempre la eficiencia e imparcialidad en su ejecución.

En este contexto la dirección de Consulta Previa emitió concepto solicitado por la Secretaria General de la Cámara de Representantes que usted preside, en el cual se demandaba concepto sobre la procedencia de la Consulta Previa en el trámite del Proyecto de Ley No. 223 de 2015, POR MEDIO DE LA CUAL SE CREAN Y DESARROLLAN LAS ZONAS DE INTERÉS DE DESARROLLO RURAL, ECONÓMICO Y SOCIAL ZIDRES, el cual se expidió en el marco de las funciones asignadas en el Decreto 2893, artículo 16 numeral 12 que dispone: "Atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de su competencia".

Dentro de los procesos de seguimiento implementados por esta Dirección, se observó la existencia de una imprecisión, cuyo contenido podría generar erróneas interpretaciones, peor aún, consecuencias jurídicas que demanden procesos administrativos para el estado.

Por lo tanto de manera oficiosa, existe el deber de corregir, aclarar, rectificar o adicionar al concepto objeto de este pronunciamiento.

Las altas cortes en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales han insistido en la responsabilidad que le asiste a los servidores públicos¹ de actuar con sigilo y compromiso para dar cumplimiento a las pautas interpretativas que en desarrollo de diversos temas se han profeso, propendiendo por construir conceptos propios y específicos en temas de público interés.

En consecuencia de lo anterior y con el fin de corregir, aclarar y precisar el concepto emitido, respecto de "la necesidad de adelantar una consulta previa en el trámite del proyecto de ley No. 223 de 2015, POR MEDIO DE LA CUAL SE CREAN Y DESARROLLAN LAS ZONAS DE INTERÉS DE DESARROLLO RURAL, ECONÓMICO Y SOCIAL ZIDRES", nos permitimos dar alcance al documento citado, bajo los siguientes términos:

2. NORMAS DE CARÁCTER GENERAL

El proyecto de Ley sobre el cual se solicita el concepto, **tiene un carácter general, representado y dirigido a las comunidades campesinas, reconocidas** como sujeto pasivo, que para este caso deben cumplir con lo señalado en el artículo 1 del texto aprobado en sesión plenaria de la Cámara de Representantes.

La naturaleza de la norma obedece a una medida de carácter legislativo de utilidad pública e interés social² y Nacional, donde no se hace exigible agotar el proceso de consulta previa, toda vez que este aplica cuando en la ejecución de un proyecto, obra o actividad se generen impactos directos susceptibles de afectar a comunidades étnicas, no a comunidades campesinas y/o trabajadores agrarios.

En ese contexto, el ordenamiento constitucional le da a las comunidades étnicas espacios concretos de participación, en cuanto prevé que el Gobierno debe establecer los escenarios propicios para que los representantes de esos grupos diferenciados participen en las decisiones referentes a la explotación de sus recursos naturales y en todos aquellos casos en que los proyectos, obras o actividades afecten "directamente", los intereses culturales, sociales y económicos de esas comunidades.

Dentro de ese conjunto de instrumentos jurídicos con que cuentan los Grupos Étnicos para proteger sus derechos propios, se resalta el de la consulta previa como derecho fundamental³ que tienen las comunidades étnicas a participar y a decidir frente a futuras medidas legislativas, administrativas o la realización de proyectos, obras o actividades que puedan eventualmente afectarlas en su integridad como comunidades diferenciadas.

¹ Sentencia C – 335 de 2008, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

² Texto definitivo aprobado en primer debate Cámara, artículo 1, Parágrafo.

³ "() se enge en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social". Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell

La Honorable Corte Constitucional ha definido la consulta previa como el:

“proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan en nuestro país.”⁴

Para efectos de determinar cuándo una decisión específica puede afectar los intereses de las comunidades étnicas, es preciso analizar los impactos económicos, sociales, bióticos, ambientales que el proyecto, obra o actividad que se pretenda realizar las afecten, entendiéndose esa afectación como la intromisión que genera un menoscabo a su entorno cultural, a la integridad de su territorio, a la afectación negativa de sus proyectos de vida o de sus actividades como comunidad y a los hechos que atenten contra su existencia.

En lo que respecta al tipo de medidas o proyectos que deben ser consultados previamente con las comunidades étnicas, la Corte ha señalado que:

“(…) no todo lo concerniente a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población”.⁵

De igual manera en la Sentencia C -187 de 2011, el Alto Tribunal señaló que:

“(…) la jurisprudencia constitucional también ha sido enfática en afirmar que la obligación de adelantar la consulta previa no surge frente a toda medida –administrativa o legislativa- que sea susceptible de afectar a las comunidades étnicas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente... este criterio surge “no solo de la calidad de directa que se predica de la afectación que produzca una medida para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de aplicar las disposiciones del Convenio...”⁶ (Subrayado y resaltado fuera de texto)

⁴ Sentencia T – 154 de 12 de marzo de 2009, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵ Sentencia C- 030 de la Corte Constitucional de 2008 del 23 de enero de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁶ Sentencia C -187 de 2011, MP. Humberto Antonio Sierra Porto

Sede correspondencia Edificio Camargo. Calle 12B No 8- 38

Conmutador. 2427400 – Sitio web www.mininterior.gov.co

Servicio al Ciudadano servicioalciudadano@mininterior.gov.co - Línea gratuita 018000910403

Bogotá, D.C. – Colombia – Sur América

No sobra traer a colación la posición jurisprudencial frente a normas de carácter general como es el caso de la Regalías, Los Planes de Ordenamiento Territorial y el Plan Nacional de Desarrollo, entre otros, donde se ha dicho; por ejemplo, frente a la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012 "Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías", norma que fuera demandada porque en criterio del demandante se omitió el deber de realizar la consulta previa a las comunidades indígenas, en los términos consagrados en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT y en la jurisprudencia constitucional:

"No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afecten a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169.

Así, por ejemplo, la ley general de educación, el plan nacional de desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del código laboral, o del código penal debería, además del proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República, someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales. Lo anterior no parece ser así, y ello lleva a cuestionarse sobre los criterios para determinar cuándo puede decirse que una medida legislativa afecta directamente a las comunidades indígenas y tribales...

En conclusión, cada vez que se pretenda adoptar medidas legislativas por parte del Estado, tan sólo se activa la obligación de realizar la consulta previa, cuando exista una afectación directa de los grupos étnicos. Por el contrario, no será obligatoria en aquellos casos en que las comunidades se ven afectadas de la misma forma e intensidad que el resto de la población. Esto no significa que, en este último caso, los pueblos indígenas carezcan por completo de herramientas que garanticen su derecho de participación respecto de dichas medidas, pues en tales eventos se pueden promover los distintos mecanismos de participación ciudadana o los instrumentos previstos en el trámite legislativo, en igualdad de condiciones, con todos los colombianos.

Por último, la jurisprudencia constitucional entiende que existe una afectación directa entre otras, en las siguientes hipótesis: (i) cuando la medida regula un asunto que por expresa disposición constitucional, debe estar sometido a participación directa de las comunidades étnicas⁷; (ii) cuando la medida se encuentra estrechamente vinculada con el ethos o identidad étnica de los pueblos indígenas⁸; (iii) cuando el objeto principal de la regulación son una o varias comunidades o pueblos tribales o el desarrollo concreto de un derecho previsto en el Convenio 169 de 1989 de la OIT; y (iv) cuando a pesar de tratarse de una medida general, (a) ésta tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que en el resto de la población, o (b) regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de dichas comunidades, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de sus derechos o una omisión legislativa relativa que las discrimine. En todo caso, siempre será indiferente el efecto positivo o negativo de la medida, mas allá de que es indispensable tener en cuenta el significado que, para los pueblos indígenas afectados, tienen los bienes o prácticas sociales que son objeto de regulación”.⁹

Otro referente sobre el tema es la posición jurisprudencial adoptada frente a la demanda contra el Estatuto de Desarrollo Rural, donde la Corte señaló:

*“En armonía con estas consideraciones, el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible **cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes**. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.*

Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia para

⁷ Constitución Política, artículos 329 y 330 (párrafo). Sobre la materia también se puede consultar la Sentencia C-196 de 2012.

⁸ En la Sentencia T-737 de 2005 se aclaró que: “De esta manera, la importancia del Convenio 169 de 1989 la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aun cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena”

⁹ Sentencia C-068 de 2013

Sede correspondencia Edificio Camargo Calle 12B No 8-38

Commutador 2427400 – Sitio web www.mininterior.gov.co

Servicio al Ciudadano servicioalciudadano@mininterior.gov.co - Línea gratuita 018000910403

Bogotá, D.C. – Colombia – Sur América

acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del etnos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana...".¹⁰

De igual manera la Honorable Corte Constitucional al pronunciarse sobre la Afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud de la Población Indígena Desplazada, expresó:

"... Para la Corte la afectación directa se presenta cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población. En este sentido se reitera la jurisprudencia C-030 de 2008, ocasión en la que se estableció "que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos". Por el contrario, "cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población...".¹¹

En aplicación de los pronunciamientos proferidos por las Altas Cortes, La Dirección de Consulta Previa se ha pronunciado en igual sentido, estableciendo bases doctrinarias que han servido como sustento para emitir conceptos dirigidos a la procedencia del proceso consultivo en materia de normas de carácter general.

Como referencia se citan los siguientes conceptos:

- ✓ OFI14-000020567-DCP-2500, respuesta al radicado EXTMI14-0007704 de 03/03/2014 solicitud de información sobre la consulta previa, para el proyecto de "Revisión y Ajuste del Plan de Ordenamiento Territorial de Santiago de Cali".

(...) La determinación de cuáles son los proyectos, obras o actividades que deben ser sometidos a consulta previa, han sido sintetizados por la jurisprudencia del Alto Tribunal, al considerar que " (...) no todo lo concerniente a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso

¹⁰ Sentencia C-175 de 2009

¹¹ Sentencia C-063 de 2010

de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población”

Por lo tanto, la consulta previa solo debe agotarse en aquellos eventos en que el proyecto, obra o actividad afecten directamente los intereses de las comunidades indígenas o tribales en su calidad de tales, es decir, que su obligación solo resulta exigible cuando la actividad pueda: “(...) alterar el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario le confiere beneficios (...). La Alta Corte a definido la afectación directa como “(...) la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias”.

- ✓ OFI14-000031203-DCP-2500, respuesta a la solicitud de concepto Rad. EXTMI14-0037207 de 01/08/2014. Municipio de Mapiripan – Meta.

(...) Así las cosas, esta Dirección considera que para la presentación del proyecto **“PROCESO DE REVISIÓN, ACTUALIZACIÓN Y FORMULACIÓN DE LARGO PLAZO DEL ESQUEMA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL (EOT)”**, ante el Concejo Municipal no es necesario adelantar proceso de consulta previa. Lo anterior, debido a que el Plan de Ordenamiento Territorial se constituye como un instrumento técnico y de gestión, integrado por el conjunto de acciones y políticas administrativas que orientaran el desarrollo del territorio municipal con el fin de crear mecanismos eficientes que permitan dar respuestas oportunas y adecuadas a las dinámicas urbanas, productivas, sociales y ambientales para mejorar las condiciones de la población en general”.

Luego, es evidente que las pautas jurisprudenciales y las líneas acogidas por esta Dirección en su devenir, han sido bien recibidas por los diferentes sectores interesados.

3. Garantías para la protección de los derechos de las comunidades étnicas en la creación de las ZIDRES.

El contenido del Texto aprobado en primer debate del proyecto de Ley, contempla en su artículo 19 “Restricciones a la constitución de las ZIDRES. No podrán constituirse las Zidres en territorios que comprendan, **siquiera parcialmente**, zonas de reserva campesina, resguardos indígenas y territorios colectivos titulados. Tampoco podrán constituirse en territorios que, de conformidad con la ley, no pueden ser objeto de explotación económica”.

Sin embargo, en el artículo del proyecto de norma enunciada no se encuentran incorporados como zonas vedadas para el desarrollo de proyectos ZIDRES los tramites de adjudicación o ampliación de título colectivo y/o áreas de presencia de comunidades étnicas, que también se encuentran amparados en el ordenamiento jurídico que a continuación se indica, razón por la

cual y sin perjuicio de las competencias propias del legislativo, con el respeto de usanza nos permitimos sugerir su inclusión para efectos de asegurar el respeto de los Derechos étnicos:

- Ley 21 de 1992, artículo 14, **DE LA EJECUCIÓN PRESUPUESTAL.**
- Ley 70 de 1993, capítulo III **Reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva.** Artículos del 4 al 18:
- Ley 160 de 1994, capítulo XIV, **Resguardos Indígenas**, artículos 85, 86 y 87.
- Decreto 2613 de 2013, Capítulo II CERTIFICACION DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ÉTNICAS artículos 4,5 y 6
- Decreto 2333 de 2014, Título III **MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN DE TERRITORIOS ANCESTRALES Y/O TRADICIONALES**, capítulo I **PROCEDIMIENTO MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN**, artículos del 5 al 9.
- Directiva presidencial 190 de 2013, pasos 1 al 6.

Consecuente con lo expuesto, esta Dirección considera que para el Proyecto de Ley 223 de 2015 Cámara: "POR LA CUAL SE CREAN Y SE DESARROLLAN LAS ZONAS DE INTERÉS DE DESARROLLO RURAL, ECONOMICO Y SOCIAL. ZIDRES", no es necesario adelantar el proceso de consulta previa, como quiera que el mismo no desencadena en una afectación directa a sujetos colectivos susceptibles de derechos constitucionalmente protegidos, entendida dicha afectación, como una intromisión intolerable a su calidad de vida y costumbres.

Cordialmente,



ALVARO ECHEVERRY LONDOÑO
Director Consulta Previa

Elaboró: Luis Fernando Mora Mora
Nasly Yadira Luengas
Olga Lucia Muñoz Muñoz
Revisó: Alvaro Echeverry Londoño

18/02/2015