



Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



20141300004833

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20141300004833**

Fecha: **2014-12-24**

Código de dependencia 130
OFICINA ASESORA JURIDICA
Bogotá, D.C.,

PARA: **LUZ ADRIANA MALAVER ROJAS**
Directora Territorial Orinoquía

DE: **BEATRIZ JOSEFINA NIÑO ENDARA**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Concepto Jurídico / la necesidad de realizar el procedimiento de consulta previa para la reintroducción de caimanes en el Parque Nacional Natural Tuparro con las comunidades indígenas que hacen uso de los recursos del referido parque / derechos de las comunidades indígenas que aún no se encuentran constituido como resguardo.

Fuentes Formales: Constitución Política artículos 1, 2, 7, 8, 13, 49 79, 80, 93 y 95.8, 329 y 330 / Resolución 0410 de 2014 / Sentencia SU-039 de 1997, SU-383 de 2003, C-418 de 2002, C-030 de 2008, C-461 de 2008, T-769 de 2009, T-1045A de 2010, T-693 de 2011 y T-379 de 2014 / Convenio 169 OIT / Fallos de la CIDH.

Respetada Directora Territorial,

Conforme a lo reglado por el Decreto 3572 de 2011, corresponde a la Oficina Asesora Jurídica, conceptuar sobre los temas relacionados con la actividad misional del organismo y velar por la unificación, actualización, difusión y aplicación, dentro del marco legal que orienta la función administrativa, siendo por ello competente para responder la inquietud presentada por su dependencia mediante memorando N° 20147070000263 fechado el 06 de noviembre de 2014.

Para el estudio de la consulta sobre la viabilidad jurídica de establecer si para la reintroducir de caimanes en el Parque Nacional Natural Tuparro con las comunidades indígenas que hacen uso de los recursos del referido parque a pesar que tales pueblos no están constituidos como resguardo se requiere consulta previa, para la Oficina Asesora Jurídica es importante dejar claro lo que las normas y la jurisprudencia nacional e internacionales han considerado sobre la consulta previa.



Carrera 10 No. 20 - 30 Piso 5 Bogotá, D.C., Colombia

Teléfono: 353 2400 Ext.: 543

www.parquesnacionales.gov.co



Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



La Constitución Política otorga especial protección al derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan, dicha protección implica un proceso donde el Estado garantiza a estos grupos y a las autoridades implicadas una participación directa. Así mismo se debe proteger el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en sus territorios, buscando que participativamente sean identificadas las implicaciones positivas o negativas del proyecto, plan o programa respectivo, salvaguardando la idiosincrasia de los pueblos étnicos.

Los procesos de consulta, son una forma de participación democrática, que se encuentran regulados en el artículo 330 Carta Política, y en el Convenio 169 de la OIT¹, proceso por medio del cual se busca *“asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de tales pueblos son permanentes y perdurables, dado el interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado”*².

El Convenio 169 desarrolla gran parte de lo que entendemos como consulta previa, encontrándonos con que los artículos 6° y 7° de dicha convención distinguen dos dimensiones de este derecho: i) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, con el fin que se adopten decisiones frente a determinados planes o programas que les conciernan; y ii) el deber de consulta previsto en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

Es importante destacar que el Convenio anteriormente referido se orienta a obtener que se garanticen a los pueblos oportunidades de participación en la adopción de decisiones que pueda llegar hacer afectados positiva o negativamente por un programa, plan o proyecto.³

Asimismo, este derecho tiene sustento en el artículo 1° de la Constitución, que dispone el ámbito de la democracia participativa; el artículo 2°, conforme al cual debe promoverse la participación de todos en los asuntos que los afecten; el artículo 7°, que ordena que el Estado y las personas protejan la diversidad étnica y cultural de la nación; y el artículo 13 que señala una garantía general de igualdad que proscribire toda forma de discriminación y contempla la obligación de promover las condiciones para que la igualdad se real y efectiva.

En cuanto al deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar a dichas comunidades, la Corte Constitucional ha señalado que es un derecho fundamental que les asiste a dichas comunidades de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura⁴.

1 Es importante explicar que el Convenio 169 adoptado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991 hace parte del Bloque de Constitucionalidad (art. 93 Const.).

2 SU-383 de 2003.

3 C-461 de 2008.

4 C-418 de 2002





Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



Así, el Estado tiene la obligación de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los puedan llegar afectar positiva o negativamente, deber que se concreta explícitamente en los artículos 329 y 330 superior *“que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios”*⁵.

Adicionalmente, el Sistema Interamericano, del cual hacemos parte, ha sido otro escenario central para la exigencia del cumplimiento de la consulta previa en las medidas legislativas o administrativas que se llegue a afectar a las comunidades étnicas. El derecho a la consulta en dicho Sistema se ha visto reflejado en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, particularmente, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁶.

Un caso emblemático de la Corte Interamericana sobre consulta previa fue el del pueblo de Saramaka. En este asunto se analizó la autorización del Estado de Surinam, en la década de los sesenta, de la construcción de una reserva hidroeléctrica en los territorios de los Saramakas sin consultar a esta comunidad. Dicha construcción tuvo como efecto la inundación del territorio tradicional de tal pueblo, lo cual obligó a esta comunidad a desplazarse hacia otros lugares fuera de sus territorios. Adicionalmente, dicha construcción implicó la destrucción de los sitios sagrados de los saramakas, la reducción de sus recursos de subsistencia y el irrespeto hacia los restos enterrados de sus miembros fallecidos. Para agravar la situación, cuando el caso llegó a la Corte, Surinam había otorgado concesiones mineras y madereras, omitiendo también el deber de consulta sobre recursos que se encontraban dentro del territorio de la comunidad tribal, y planeaba incrementar el nivel de la reserva para aumentar los suministros de energía.

Así la Corte Interamericana consideró que al omitir el deber de consulta al pueblo el Estado de Surinam había violado los derechos de este pueblo a usar y gozar de los recursos naturales que se encontraban dentro del territorio que ocupaban tradicionalmente, los cuales eran necesarios para su supervivencia. Por lo anterior, el Tribunal estableció en su decisión que, en el futuro, el Estado sólo podía otorgar concesiones sobre los recursos naturales que se hallan en los territorios del pueblo Saramaka si garantiza la participación de esta comunidad, el cual se concreta, en la realización de consultas previa activas con dicha comunidad.

Otro caso que examinó la Corte Interamericana es sobre la comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay, dicho tribunal consideró que tal Estado no adoptó las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar a la comunidad demandante el uso y goce efectivo de sus tierras, amenazando con ello el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales, y privándolos de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales. De esta

5 Cf. C-030 de 2008, T-769 de 2009 y T-1045A de 2010.

6 Véase, CEDR, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 1999, cap. x; CIDH, Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, 2000, cap. x.





Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



manera, concluyó que se habían violado los derechos a la propiedad, a la protección judicial y a la vida de la comunidad Yakye Axa⁷.

Así, se puede observar como el precedente de la Corte Interamericana, refleja un línea clara a través del estudio de casos concretos, en la cual han desarrollado el alcance del derecho al territorio y a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y tribales, en procura de salvar la integridad étnica y cultural de dichos pueblos, mediante mecanismos como la consulta previa.

Por tal razón, la consulta previa realizada dentro de los territorios de la comunidades étnicas tiene la finalidad de i) dotar a dichos pueblos de conocimiento pleno sobre los proyectos, planes programas o decisiones que se van a realizar, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos, planes, programas o decisiones puede conllevar una afectación positiva o negativamente sobre los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; *“sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto”*⁸.

En consecuencia, la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos étnicos que tienen como propósito que dichas comunidades participen y decidan previamente sobre medidas administrativas y legislativas donde se puedan ver afectados, *“y cuya finalidad es llegar a un acuerdo a través de una diálogo intercultural y horizontal entre pueblos étnicos y actores públicos y privados”*, estableciéndose como un mecanismo de defensa, reconocimiento, protección y respeto a la integridad étnica y cultural de los pueblos⁹.

Ahora bien, analizado el marco jurídico que regula el derecho fundamental a la Consulta Previa, a través de las normas y jurisprudencias nacional e internacional procede esta Oficina Jurídica a estudiar específicamente lo concerniente a la pregunta realizada por la Dirección Territorial de Orinoquia:

¿Es necesario realizar el procedimiento de consulta previa para la reintroducir de caimanes en el Parque Nacional Natural Tuparro con las comunidades indígenas que hacen uso de los recursos del parque a pesar de no están constituidos como resguardo?

7 Corte IDH. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

8 Ver sentencia SU-039 de 1997.

9 *“Memorias del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Palenquero y Raizal”*. Agosto de 2014. Ed. Garcés Carabalí Daniel. Pág. 109.





Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



Al respecto es importante precisar que la mayor parte de las comunidades étnicas tienen un concepto del territorio diferente a la cultura occidental, donde *“la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social y económico”*¹⁰. Por ende, para muchos pueblos indígenas y tribales la propiedad de la tierra no recae sobre un determinado individuo, sino sobre todo el grupo, de modo que adquiere un carácter colectivo.

Atendiendo a la jurisprudencia internacional frente al concepto colectivo de la propiedad de los territorios indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni¹¹, consideró que *“el concepto comunal de la tierra - inclusive como lugar espiritual - y sus recursos naturales forman parte de su derecho consuetudinario; su vinculación con el territorio, aunque no esté escrita, integra su vida cotidiana, y el propio derecho a la propiedad comunal posee una dimensión cultural. En suma, el habitat forma parte integrante de su cultura, transmitida de generación en generación”*.

En similar sentido, la Corte Constitucional en providencia T-693 de 2011, señaló que es importante *“ampliar el concepto de territorio de las comunidades étnicas a nivel jurídico, para que comprenda no sólo las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad... sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra y se contribuya a la preservación de las costumbres pasadas y su transmisión a las generaciones futuras”*.

Frente a lo anterior, es importante recordar la Parte II del Convenio 169 de la OIT, en cuando se 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”*. Así los artículos 14 y 15 de dicho instrumento disponen:

“Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y

10 Cfr. T-379 de 2014 y el artículo 13 numeral 1° del Convenio 169 de la OIT dispone: *“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.”*

11 Corte IDH. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.





Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

En consonancia con lo anteriormente expuesto encuentra esta Oficina Asesora Jurídica que las comunidades étnicas tienen derecho a ser consultados respecto de las medidas administrativas que dentro de los territorios donde habitan sean susceptibles de afectación positiva o negativamente, entendiendo por éstos aquellas áreas no sólo tituladas a una comunidad, como la figura del resguardo, sino también aquellas ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales.

Por último es de vital importancia para esta Oficina recordar el protocolo por medio del cual se establece la reintroducción del Caimán Llanero en las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales¹², donde se estableció los elementos y consideraciones técnicas a tener en cuenta al momento de reintroducir dicho individuo.

¹² Cfr. Resolución 0410 del 7 de noviembre de 2014.





Parques Nacionales Naturales de Colombia
Oficina Asesora Jurídica



Dentro de la línea base de dicho instrumento se indica que se deberá identificar los beneficios e impactos negativos potenciales en los aspectos sociales, ecológicos y económicos, donde se realizará una *“caracterización cultural, económica y social de la relación histórica y actual de las comunidades locales con la presencia o ausencia del caimán”*.

Específicamente tratándose de comunidades étnicas dicho protocolo en el aparte correspondiente sobre el aspecto social es claro en señalar:

“En aquellos eventos en los cuales la reintroducción del Caimán Llanero a un área protegida del Sistema de Parques Nacionales implique afectación directa a un grupo étnico, se deberá adelantar el correspondiente proceso de consulta previa, bajo la coordinación del Ministerio del Interior, con aquellas comunidades que positiva o negativamente se vean afectadas con la medida.”

En consecuencia, es evidente que tratando de pueblos étnicos, para la reintroducción de tal individuo es necesario realizar la consulta previa sin la necesidad que dichas comunidades estén constituidas como resguardo, con el fin de salvaguardar los derechos a la integridad étnica y cultural y la pervivencia de las comunidades étnicas.

El presente concepto se expide bajo los precedentes establecidos por el Concepto 042 del 27 de marzo de 2012.

Cordialmente,

TRAMITADO VÍA ORFEO

BEATRIZ JOSEFINA NIÑO ENDARA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Juliana Sepúlveda Acevedo
Revisó: Beatriz Josefina Niño Endara



Carrera 10 No. 20 - 30 Piso 5 Bogotá, D.C., Colombia
Teléfono: 353 2400 Ext.: 543
www.parquesnacionales.gov.co