



Parques Nacionales Naturales de Colombia

Bogotá, D.C.

MEMORANDO
2014130000483

FECHA: 2014-02-24

PARA: EDNA CAROLINA JARRO FAJARDO
Subdirectora de Gestión y Manejo de Áreas Protegidas

DE : BEATRIZ JOSEFINA NIÑO ENDARA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Concepto/Necesidad de autorización del Ministerio de Salud y Protección Social para realizar experimentos con individuos vivos de fauna silvestre/Publicidad de los permisos de recolección/Decisión de realizar la consulta previa/Procedencia de la consulta previa en el marco de los permisos de recolección/Toma de decisión de exigir consulta previa respecto a permisos de recolección al interior de la entidad/Permisos de investigación diferentes a la diversidad biológica.

FUENTES NORMATIVAS: Ley 84 de 1989, Decreto-ley 2811 de 1974, Ley 99 de 1993, Decreto 1376 de 2013, Decreto 309 de 2000, Resolución 0068 de 2002, Constitución Política, Decreto 2893 de 2011, Decreto 2613 de 2013, Ley 489 de 1998, Ley 21 de 1991, Decreto 3572 de 2011.

Estimada Carolina:

Conforme a lo establecido en el Decreto 3572 de 2011, corresponde a la Oficina Asesora Jurídica conceptuar sobre los temas relacionados con la actividad del organismo y velar por su unificación, actualización, difusión y aplicación, dentro del marco legal que orienta la función pública.

Bajo este entendido se realizará el estudio y análisis de la solicitud formulada mediante memorando No. 20132000009993 en los siguientes términos:

1. Alcance Concepto anterior.



Parques Nacionales Naturales de Colombia

Como primera medida, resulta importante exponer los antecedentes que dieron lugar al alcance requerido en el punto 1 de la solicitud de concepto presentada por la Subdirección de Gestión y Manejo mediante el memorando de la referencia, y que se procede a resolver en el presente concepto:

Por medio de memorando SGM 072 del 21 de febrero de 2012, la Subdirección de Gestión y Manejo de Áreas Protegidas presentó ante esta Oficina, solicitud de concepto en el cual se preguntaba: *¿Existe marco normativo que permita la extracción de organismos vivos en el marco de los permisos de investigación científica en diversidad biológica otorgados en áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales?*

Esta Oficina procedió a emitir el respectivo concepto mediante memorando No. 141 del 8 de agosto de 2012, manifestándose entre otras cosas, que en todo trámite de permiso de estudio con fines de investigación científica se debe observar lo establecido en la Ley 84 de 1989, artículo 17, en cuanto dispone que el sacrificio de un animal no destinado al consumo humano sólo podrá realizarse mediante procedimientos no contemplados como conductas sancionables y que no entrañen crueldad, sufrimiento o prolongación de la agonía. De manera que tratándose de permiso de estudio, solamente se permitirá el sacrificio con fines experimentales, investigativos y científicos, pero de acuerdo con las condiciones señaladas en el artículo 23 de la misma ley, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 23: Los experimentos que se lleven a cabo con animales vivos, se realizarán únicamente con autorización previa del Ministerio de Salud Pública y sólo cuando tales actos sean imprescindibles para el estudio y avance de la ciencia, siempre y cuando esté demostrado:

- a. Que los resultados experimentales no puedan obtenerse por otros procedimientos o alternativas;*
- b. Que las experiencias son necesarias para el control, prevención, el diagnóstico o el tratamiento de enfermedades que afecten al hombre o al animal;*
- c. Que los experimentos no puedan ser sustituidos por cultivo de tejidos, o modos computarizados, dibujos, películas, fotografías, video u otros procedimientos análogos.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Subdirección de Gestión y Manejo de Áreas Protegidas, mediante memorando 20132000009993 solicitó alcance al concepto anterior en los siguientes términos:

“En el Memorando No. 141 del 8 de agosto de 2012 de esa Oficina, relativo a los permisos de Estudio con Fines de Investigación Científica en Diversidad Biológica, se indicó que en todo trámite de este tipo de permisos, se debe observar lo establecido en la Ley 84 de 1989, artículos 17 y 23 que definen los condicionamientos de la experimentación con animales vivos.

Al respecto, es necesario que esa Oficina precise si esta normatividad exige que los investigadores soliciten ante el Ministerio de Salud y Protección Social la autorización para realizar experimentos con individuos vivos de fauna silvestre de manera previa o concomitante al Permiso de estudio?



Parques Nacionales Naturales de Colombia

Si no se expide dicha autorización por parte del Ministerio de Salud, podría otorgarse el Permiso de estudio con fines de investigación científica en diversidad biológica para experimentación con animales silvestres vivos?”

Interpretación Jurídica:

Para dar respuesta a los interrogantes que aquí se plantean, resulta necesario hacer un análisis armónico de las normas que se tratan en el concepto emitido por esta Oficina mediante memorando No. 141 con el fin de determinar si efectivamente la Ley 84 de 1989 resulta aplicable a la recolección de especímenes de especies silvestres al interior de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales o si por el contrario, dicha norma resulta inaplicable para el caso objeto de estudio.

En este orden de ideas, debemos recordar que el artículo 23 de la Ley 84 de 1989, dispone que los experimentos que se lleven a cabo con animales vivos, se realizarán únicamente con autorización previa del ahora Ministerio de Salud y Protección Social, señalando además, que dichas autorizaciones solo resultarán procedentes cuando tales actos fueren imprescindibles para el estudio y avance de la ciencia.

Por otra parte, debemos recordar que el literal b del artículo 332 del Decreto-ley 2811 de 1974, señala entre las actividades permitidas al interior de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, la investigación, siendo importante recordar que la investigación a la que se refiere la norma en cita, tan solo es permitida, cuando la misma tenga como finalidad el conocimiento de ecosistemas y de aspectos arqueológicos y culturales, para aplicarlo al manejo y uso de los valores naturales e históricos del país.

Respecto al tema de permisos de investigación, la Ley 99 de 1993 *“Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.”*, establece como funciones del entonces Ministerio del Medio Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible las siguientes:

“Artículo 5. Funciones del Ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente:

(...)

10. Regular, conforme a la ley, la obtención, uso, manejo, investigación, importación, exportación, así como la distribución y el comercio de especies y estirpes genéticas de fauna y flora silvestres:(...)”

En virtud de dicha competencia, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expidió el Decreto 1376 del 27 de junio de 2013 (que derogó el Decreto 309 de 2000 y la Resolución 0068 de 2002) *“Por*



Parques Nacionales Naturales de Colombia

el cual se reglamenta el permiso de recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de investigación científica no comercial”, que establece **específicamente** el procedimiento a seguir respecto a la concesión de estos permisos, el cual resulta aplicable respecto a los permisos de recolección de especímenes de especies silvestres otorgados por Parques Nacionales Naturales.

En tal sentido, el Decreto 1376 de 2013 establece:

“Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene por objeto reglamentar el permiso de recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de investigación científica no comercial.” (Llamado fuera de texto).

Posteriormente, en su artículo 19, el mencionado Decreto 1376 de 2013 establece el trámite para obtener el permiso de recolección, sin el que el mismo disponga la necesidad de requerir ante el Ministerio de Salud y de la Protección Social autorización alguna.

De lo anterior se concluye que los permisos de recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de investigación científica no comercial cuentan con un **procedimiento especial**, el cual se encuentra establecido en el Decreto 1376 del 27 de junio de 2013, que derogó el Decreto 309 de 2000 y la Resolución 0068 de 2002.

Respecto al procedimiento especial que aquí se aduce, es importante tener en cuenta que el mismo obedece a la universalidad del principio general del derecho de **especialidad normativa**; este principio es definido por el tratadista Norberto Bobbio en los siguientes términos:

“El principio de especialidad normativa hace referencia a la materia regulada, al contenido de la norma, y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género.”¹ (Llamado fuera de texto)

Así las cosas, del análisis efectuado, se concluye que si bien la Ley 84 de 1989 debe observarse en todo momento respecto a la protección de la fauna², el procedimiento para obtener el permiso de

¹ BOBBIO Norberto, Teoría dell'Ordinamento Giuridico. Pág. 100.

² Respecto a la protección de la fauna y flora silvestre en actividades de investigación, recientemente el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, en sentencia proferida el día 26 de noviembre de 2013, dentro del proceso radicado No. 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP) dispuso: “En otras palabras, los humanos pueden servirse de los animales **para su supervivencia, para su compañía, para investigación, en actividades laborales o recreativas, pero sin vulnerar los derechos que les asisten, en especial de no ser tratados simplemente como objetos o cosas, de no ser sometidos a tratos crueles, degradantes, a ser mantenidos en malas condiciones de salud y libertad, a su sacrificio con el menor dolor y sufrimiento posible, a jornadas laborales adecuadas con condiciones que respeten su integridad y descanso, a no ser objeto de sufrimientos innecesarios cuando se experimente con ellos en el campo científico, a garantizar un mínimo de libertad y espacio, a garantizar su adecuada alimentación y cuidado, etc.**”



Parques Nacionales Naturales de Colombia

recolección de especímenes de especies silvestres al interior de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales se encuentra **específicamente** establecido por el Decreto 1376 de 2013, sin que este haga mención alguna al requerimiento de una autorización previa emitida por parte del Ministerio de Salud y Protección Social.

En conclusión, si bien la Ley 84 de 1989 debe tenerse como referente respecto a la protección de la fauna silvestre, la disposición prevista en el artículo 23 de la Ley 84 de 1989 no puede ser exigible a los investigadores que pretendan realizar estudios e investigaciones con individuos vivos de fauna silvestre al interior de Parques Nacionales Naturales, por cuanto tal y como se ha venido señalando, tal disposición normativa no resulta de aplicación para la materia que nos compete, procediendo únicamente el procedimiento y requisitos que al respecto dispone el Decreto 1376 de 2013.

En tal sentido, se precisa por parte de esta Oficina, que los requisitos previstos por el artículo 23 de la Ley 84 de 1989, no resultan procedentes al momento de otorgar permisos de recolección de especímenes de especies silvestres al interior de Parques Nacionales Naturales.

2. Publicación de la solicitud del permiso.

“Dentro del examen de los requisitos de las solicitudes que cursan en esta Subdirección, es necesario definir si se entiende cumplido dicho requisito cuando la publicación se realice en el Diario Oficial y no en un diario de circulación comercial, en donde los costos de publicación son mucho mayores, circunstancias que desalientan a los solicitantes para concluir los procedimientos.”

Interpretación Jurídica:

Si bien al momento de formularse la presente consulta, se encontraba vigente la Resolución 0068 de 2002, es importante recordar, que tal y como se manifestó en la respuesta otorgada en el anterior punto, dicho acto administrativo fue derogado por el Decreto 1376 de 2013.

Realizada la anterior aclaración, procederemos en primer lugar, a hacer un análisis jurídico de la inquietud que se plantea desde la óptica de la derogada Resolución 0068 de 2002, para posteriormente realizarlo bajo la perspectiva del vigente Decreto 1376 de 2013.

La Resolución 0068 de 2002 disponía:

“Artículo Tercero.- Procedimiento.- Al recibir la solicitud la autoridad ambiental competente, deberá verificar si está completa y en caso positivo deberá radicarla.

(...)



Parques Nacionales Naturales de Colombia

Recibida la solicitud del permiso de estudio con el lleno de los requisitos, el interesado deberá publicar en un diario de amplia circulación nacional, regional o local un extracto del formato radicado ante la autoridad ambiental competente y de que tratan el artículo 2° y/o 6° de ésta (sic) resolución, según el caso, el cual deberá contener cuando menos la información del titular, título y ámbito de la investigación o del programa institucional de investigación, área geográfica y los especímenes o muestras de la diversidad biológica objeto de estudio. (Llamado fuera de texto).

Nuestra Carta Política establece en su artículo 209, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en diferentes principios entre los cuales se encuentra el de publicidad.

Con referencia al principio de publicidad, la Corte Constitucional en sentencia C-957 de 1999, señaló que:

“La Carta Política establece la publicidad como principio rector de las actuaciones administrativas, para lo cual, de conformidad con lo preceptuado en su artículo 209, obliga a la administración a poner en conocimiento de sus destinatarios los actos administrativos, con el fin, no sólo de que éstos se enteren de su contenido y los observen, sino que, además, permita impugnarlos a través de los correspondientes recursos y acciones.”

Una vez dejado en claro la importancia que representa el principio de publicidad en nuestro ordenamiento normativo, corresponde entrar a analizar si la obligación de publicidad que preveía el artículo 3 de la Resolución 068 de 2002 a cargo del solicitante del permiso, podía ser cumplida mediante la publicación en el Diario Oficial, o si definitivamente dicha obligación tan solo se entendía cumplida, por medio de una publicación en un diario de índole comercial.

Así las cosas, resulta necesario analizar la naturaleza del Diario Oficial, con el fin de establecer, si el mismo es considerado o no como un diario de amplia circulación nacional. Al respecto, la Imprenta Nacional de Colombia define el Diario Oficial en los siguientes términos:

“Es la publicación institucional de la Imprenta Nacional. Como documento histórico recoge día a día el discurrir legal de la Nación. Esta publicación dio comienzo al periodismo diario en Colombia con la aparición de su primer número el 30 de abril de 1864. Desde entonces no son pocos los aportes que el Diario Oficial le ha hecho al país, pues en él ha quedado registrada la suma jurídica de la Nación; (...)”³ (Llamado fuera de texto).

Teniendo en cuenta su definición, así como que dicho Diario puede ser consultado todos los días, desde cualquier lugar, de manera gratuita, a través de la página web www.imprenta.gov.co; se concluye

³ www.imprenta.gov.co



Parques Nacionales Naturales de Colombia

que efectivamente el Diario Oficial se puede considerar como un diario de amplia circulación, y por lo mismo, puede ser uno de los medios a emplear para cumplir con el requisito de publicidad previsto por el artículo 3 de la derogada Resolución 0068 de 2002.

Una vez abordada la inquietud planteada desde la perspectiva de la Resolución 0068 de 2002, procedemos a realizar el mismo ejercicio desde la óptica del hoy vigente Decreto 1376 de 2013:

El Decreto 1376 de 2013 establece en su artículo 19:

“Artículo 19. Trámite. Para obtener el Permiso de Recolección, se surtirá el siguiente trámite:

1. Recibida la solicitud del Permiso de Recolección con el lleno de los requisitos, la autoridad competente expedirá el auto que da inicio al trámite, conforme al artículo 70 de la Ley 99 de 1993 o la norma que la modifique, sustituya o derogue, dentro de los cinco (5) días siguientes a su recepción y publicará un extracto de la solicitud en su portal de Internet, para garantizar el derecho de participación de posibles interesados.” (Llamado fuera de texto)

De esta manera, con la entrada en vigencia del Decreto 1376 de 2013, se eliminó la publicación a la que hacía referencia el artículo 3 inciso 4 de la Resolución 0068 de 2002, estableciéndose dicha obligación en cabeza de la autoridad competente, autoridad que en virtud de lo previsto por el numeral 1 del artículo 19 ibidem, deberá publicar un extracto de la solicitud en su portal de internet.

No obstante lo anterior, el artículo 31 del Decreto 1376 de 2013 señala:

“Artículo 31. Régimen de transición. Los permisos de estudio con fines de investigación científica otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia del presente Decreto continuarán vigentes por el término de su expedición.

Los investigadores que con anterioridad a la expedición de este Decreto iniciaron los trámites tendientes a obtener los permisos de estudio con fines de investigación científica, continuarán su trámite de acuerdo con las normas en ese momento vigentes. No obstante podrán solicitar la aplicación del procedimiento establecido en el presente decreto y obtener el Permiso Marco o Individual de Recolección.” (Llamado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, quienes a la entrada en vigencia del Decreto 1376 de 2013, hayan iniciado los trámites para obtener el correspondiente permiso de recolección, tendrán la potestad para elegir el procedimiento que les resulte más conveniente, es decir el previsto por la Resolución 0068 de 2002 o el señalado por el Decreto 1376 de 2013 –incluyéndose por supuesto lo relativo al deber de publicación–.



3. Derecho de las comunidades a la Consulta Previa.

Por efectos metodológicos y con el fin de otorgar de manera organizada respuesta a cada uno de los interrogantes que se plantean en este punto, procederemos a realizar un análisis independiente de cada uno de las preguntas.

“1. Las constancias expedidas por el Ministerio del Interior podrían estimarse como suficientes para no exigir la autorización consagrada en el artículo 25 del Decreto 309 de 2000, y no surtir el procedimiento que garantiza el derecho a la consulta previa?”

Interpretación Jurídica:

Para dar respuesta al interrogante planteado en este punto, como primera medida es importante recordar que tal y como se manifestó en respuesta otorgada a la primera pregunta, el Decreto 309 de 2000 y la Resolución 0068 de 2002 fueron derogados por el hoy vigente Decreto 1376 de 2013.

Realizada la anterior aclaración, procedemos a traer a colación el artículo 10 del Decreto 1376 de 2013, el cual dispone:

“Artículo 10. De la consulta previa. En el caso en el que las actividades de recolección requieran cumplir con la consulta previa a los grupos étnicos, la Institución Nacional de Investigación será la única responsable de adelantarla conforme al trámite legal vigente. El cumplimiento de dicho requisito es obligatorio, previo al inicio de la ejecución de cada proyecto, y deberá ser reportado en los informes de que trata el presente artículo.”

Ante el vacío que presenta la norma respecto al interrogante que usted plantea, resulta necesario realizar un análisis desde el punto de vista de las funciones otorgadas al Ministerio del Interior, con el fin de determinar si dicho ente cuenta con la facultad de señalar los eventos en los cuales procede la Consulta Previa y aquellos eventos en los cuales este derecho fundamental no es procedente.

Mediante el Decreto 2893 de 2011 fue creado el Ministerio del Interior, el cual tiene como objetivo *formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública, planes, programas y proyectos en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario, integración de la Nación con las entidades territoriales, seguridad y convivencia ciudadana, asuntos étnicos, población LGBTI, población vulnerable, democracia, participación ciudadana, acción comunal, la libertad de cultos y el derecho individual a profesar una religión o credo, consulta previa y derecho de autor y derechos conexos, la cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el Sector Administrativo.*

Para el cumplimiento de sus competencias y funciones, por medio del artículo 5 ibídem se determinó la estructura de dicho Ministerio, creándose la Dirección de Consulta y definiéndose las funciones de dicha Dirección en el artículo 16 ibídem de la siguiente manera:



Parques Nacionales Naturales de Colombia

“ARTÍCULO 16. FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA. Son funciones de la Dirección de Consulta Previa, las siguientes:

- 1. Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la ley.*
- 2. Asesorar y dirigir, así como coordinar con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías y asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas del Gobierno Nacional en materia de consulta previa y determinar su procedencia y oportunidad.*
- 3. Establecer directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas para realizar los procesos de consulta previa, de conformidad con lo establecido en la legislación sobre la materia.*
- 4. Realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera.*
- 5. Expedir 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.*
- 6. Verificar, antes del inicio de cualquier proceso de Consulta Previa, con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías, y de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, los registros actualizados de la representación legal de las autoridades de los grupos étnicos y conformación legítima de los espacios de concertación propios de cada uno de ellos.*
- 7. Consolidar y actualizar la información del Ministerio del Interior sobre los procesos de consulta y los trámites de verificación, así como promover el conocimiento y difusión de los mismos y de su marco jurídico, por los medios que determine el Ministerio.*
- 8. Hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en desarrollo de los procesos de consulta previa coordinados por esta Dirección y hacer las recomendaciones respectivas.*
- 9. Elaborar estrategias de corto y largo plazo para el manejo de crisis sociales en el entorno de las comunidades y minorías étnicas en las que se desarrollan las consultas previas, en coordinación con las demás dependencias o entidades competentes.*
- 10. Proponer proyectos de ley, de actos o reformas legislativas, así como efectuar el análisis normativo y jurisprudencial en coordinación con la Dirección de Asuntos Legislativos en materia de su competencia.*
- 11. Apoyar el desarrollo y sostenimiento del Sistema Integrado de Gestión Institucional y la observancia de sus recomendaciones en el ámbito de su competencia.*
- 12. Atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de su competencia.*
- 13. Las demás funciones asignadas que correspondan a la naturaleza de la dependencia.”*
(Llamado fuera de texto)



Parques Nacionales Naturales de Colombia

Dentro de las funciones previstas por la Ley, encontramos que el numeral 5 del artículo 16 ibídem estipula de manera muy clara, que con referencia a la expedición de certificaciones de presencia de grupos étnicos, la misma deberá referirse **exclusivamente** a la cartografía y a la ubicación geográfico o espacial, sin que el Decreto 2893 de 2011 establezca en cabeza del Ministerio del Interior-Grupo de Consulta Previa, la importante función de definir la procedencia o no de la obligatoriedad de adelantar el correspondiente proceso de consulta previa.

Por su parte, el recientemente expedido Decreto 2613 de 2013 “*Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa*”, dispone en su artículo 1:

“Artículo 1. Definición y objetivo. Adóptase el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa como mecanismo de coordinación entre las entidades públicas, destinado a facilitar el enlace de las responsabilidades correspondientes y a compartir criterios e información actualizada que sirvan de soporte para la expedición de las certificaciones de presencia de comunidades étnicas y para el desarrollo mismo de la Consulta Previa.” (Llamado fuera de texto)

No obstante no encontrarse establecido por el Decreto 2893 de 2011 como función de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior la facultad de definir el proceder o no de determinada consulta previa, y desconociéndose además lo previsto por el artículo 1 del Decreto 2613 de 2013 respecto al mecanismo de coordinación entre entidades públicas, la Directiva Presidencial No. 10, la cual por cierto por su naturaleza jurídica carece de carácter vinculante, establece sin ningún sustento jurídico que le corresponderá a la Dirección de Consulta Previa a través de la certificación que expida, decidir sobre la necesidad o no de realizar la correspondiente consulta previa.

Al respecto es importante tener en cuenta, que esta clase de aspectos, por tratarse de un derecho fundamental, deberá ser regulado exclusivamente por una Ley de naturaleza Estatutaria; así lo quiso prever nuestros constituyentes al disponer:

“Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) *Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; (...)* (Llamado fuera de texto).

Con referencia al alcance de las Directivas Presidenciales, el Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 18 de noviembre de 1988, Radicación 2808, la cual ha sido reiterada entre otras, en sentencia del 5 de agosto de 1993, Radicación 5991, manifiesta lo siguiente:

“Como ya se ha dicho de modo reiterado, una Directiva Presidencial es pronunciamiento que debe acatarse como norma de conducta, podría decirse, pero en ningún caso puede tener el



Parques Nacionales Naturales de Colombia

alcance de una ley, ni mucho menos el de suspender las disposiciones legales o modificarlas. Se trata de orientaciones, de recomendaciones, de consideraciones sobre determinado aspecto social o político del Gobierno que la expide, pero nunca puede tener el efecto, verbigracia, de enervar la facultad discrecional de los funcionarios administrativos si ésta cuenta con suficiente auspicio legal.” (Llamado fuera de texto).

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que nuestra Constitución Política, establece en su artículo 6 como Principio Fundamental, que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, mientras que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o **extralimitación** en el ejercicio de sus funciones.

En concordancia con lo anterior, la Ley 489 de 1998 “*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.*”, establece en su artículo 5, que las entidades administrativas deberán ejercer exclusivamente las potestades y atribuciones, respecto a los asuntos que les hayan sido expresamente asignados por la ley.

Con referencia al tema, la Corte Constitucional mediante sentencia C-816 de 2011, señaló:

“Específicamente, las autoridades administrativas -como todo servidor público- toman posesión del cargo jurando “cumplir y defender la Constitución” y ejercen sus funciones “en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento” (CP 122 y 123.2). Así, la idea del Estado de Derecho se concreta para la administración en el principio de legalidad, según el cual la actividad administrativa se halla sometida a las normas superiores del ordenamiento jurídico, no pudiendo hacer u omitir sino aquello que le está permitido por la Constitución, la Ley y los Reglamentos pertinentes. La efectividad de tal principio, como deber ser, busca asegurarse a través del control de legalidad, en prevención de actuaciones ilegales o arbitrarias del Poder Ejecutivo o de las autoridades que realizan la función administrativa.” (Llamado fuera de texto).

En este marco de referencia, resulta claro que tanto las entidades públicas como sus servidores, deben desarrollar sus funciones y competencias con un apego estricto a la Constitución y a la Ley, lo cual implica la obligación de no omitir ni extralimitarse en sus deberes.

En este orden de ideas, las constancias expedidas por el Ministerio del Interior, **de ninguna manera podrían estimarse suficientes para no exigir la realización del proceso de consulta previa** -así la certificación prevea lo contrario-, por cuanto tal y como ha quedado plenamente demostrado, dicho Ministerio carece de competencia para establecer la procedencia o no del desarrollo de una determinada consulta previa, -siendo una materia a regular mediante una Ley Estatutaria y no por una Directiva Presidencial- correspondiendo, en virtud de lo previsto por el artículo 1 del Decreto 2613 de 2013, en el marco del protocolo aquí señalado, establecer mecanismos de coordinación entre Parques



Parques Nacionales Naturales de Colombia

Nacionales Naturales de Colombia y el Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa, para definir los eventos en los cuales el interesado en el permiso de recolección, debe realizar la respectiva consulta previa.

Adicionalmente, la experiencia ha demostrado cómo en múltiples ocasiones las decisiones adoptadas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, con referencia a la necesidad o no de realizar la correspondiente consulta, han sido revocadas por vía judicial, derivando en problemas de grandes magnitudes, para las empresas y entidades titulares de los proyectos, obras y actividades, implicándoles varios aspectos negativos tales como el deterioro en el relacionamiento con las comunidades, retrasos y exorbitantes pérdidas económicas.

Así las cosas, tal y como se ha manifestado por parte de esta Oficina en diferentes espacios a la Subdirección de Gestión y Manejo, ante la falta de competencia legal por parte del Ministerio del Interior para decidir sobre la procedencia o no de un determinado proceso de consulta previa, Parques Nacionales Naturales de Colombia, en el marco de su función de administrar y manejar las áreas que conforman el Sistema de Parques Nacionales Naturales, así como el de otorgar permisos, concesiones y demás autorizaciones ambientales para el uso y aprovechamiento de estas áreas, concederá o no el correspondiente permiso siempre y cuando se haya cumplido con el respectivo proceso de consulta previa, cuando ésta resulte obligatoria.

2. En el trámite de Permisos de Estudio con fines de investigación científica en diversidad biológica, en qué casos debe surtirse consulta previa a las comunidades indígenas o afrodescendientes?

Interpretación jurídica:

Para dar respuesta a la pregunta que aquí se plantea, resulta necesario recordar que el literal a. del artículo 6 de la Ley 21 de 1991, por medio de la cual nuestro país adoptó el Convenio 169 de 1989 de la OIT, prevé:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) *Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;(...)*” (Llamado fuera de texto)

Lo anterior ha sido ratificado por la Corte Constitucional en diversas oportunidades al manifestar:

“De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea



Parques Nacionales Naturales de Colombia

una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio.⁴ (Llamado fuera de texto).

Asimismo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-187 de 2011, dispuso con suficiente claridad los presupuestos a tener en cuenta para determinar los sujetos objeto del derecho de consulta previa, así como los eventos en los cuales dicho derecho resulta procedente, veamos:

“El mandato de consulta previa encuentra su fundamento constitucional en el artículo 6, ordinal a, del Convenio 169 “Sobre Pueblos indígenas y Tribales” de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tratado internacional que, según jurisprudencia constitucional reiterada, forma parte de bloque de constitucionalidad –artículo 93 de la Constitución-. La jurisprudencia constitucional ha estimado que de la disposición surge un derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa porque su participación a través de este mecanismo es necesaria para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. Así mismo ha expresado que de la categoría de derecho fundamental surge un correlativo deber estatal de adelantar la consulta previa. En lo que toca con la titularidad de tal derecho, ha indicado la Corte que esta reside, para el caso colombiano, no sólo en las comunidades indígenas sino también en las afrodescendientes de conformidad con el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. Afirmó la Corte en la sentencia C-461 de 2008 que “la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento objetivo, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento subjetivo, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión”. Acudió al artículo 2-5 de la Ley 70 de 1993 que definió a las comunidades afrodescendientes como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos” y, con base en él, concluyó que “las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado”. Añadió que “el término comunidades negras, como lo indica el artículo 1 de la Ley 70 de 1.993 en consonancia con el artículo Transitorio 55 de la Constitución, se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados. Asimismo, a falta de una mención expresa, se deben entender incluidas dentro de las dichas comunidades negras (...) a las agrupaciones raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia, las cuales no sólo comparten con las primeras un origen histórico común en las raíces africanas que fueron transplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta corporación, en consonancia con el artículo

⁴ Sentencia C-169 de 2001.



Parques Nacionales Naturales de Colombia

310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales”. En relación con el ámbito temático de la consulta previa ha precisado la Corte que ésta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a la comunidad étnica. Es decir que la consulta previa no se circunscribe al caso de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas –artículo 330- y al de la delimitación de las entidades territoriales indígenas –artículo 329-, que fueron los expresamente previstos por la Constitución. Ello porque la ratificación del Convenio 169 de OIT por parte de nuestro país, mediante la ley 21 de 1991, amplió su espectro a toda medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas. Nótese que el tenor literal del artículo 6 del mencionado Convenio no contiene restricción temática alguna al referirse simplemente a “cada vez que se prevean medidas (...)”. En lo que respecta al tipo de medidas que deben ser consultadas previamente con las comunidades étnicas, la Corte ha acudido nuevamente al texto del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT para señalar que son no solamente las medidas administrativas sino también las legislativas, y dentro de estas últimas ha incluido las leyes aprobatorias de los tratados internacionales e incluso las reformas constitucionales. Sin embargo, 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.”

Así las cosas, será necesario evaluar minuciosamente cada una de las solicitudes de permisos de recolección, y con base en los lineamientos normativos y jurisprudenciales, así como considerando además los conocimientos y experiencias que tenga la entidad al respecto, determinar aquellos casos en los cuales resulta procedente adelantar el correspondiente proceso de consulta previa.

No podemos olvidar que de ninguna manera se puede pretender hacer coincidir la afectación directa con los territorios que estas comunidades tienen titulados, usan u ocupan, debiéndose tener en cuenta aspectos tales como la cosmovisión y los territorios ancestrales de estos pueblos.

Al respecto dispuso la Corte Constitucional en sentencia T-680 de 2012, citando al autor Sergio Andrés Coronado Delgado, de su obra “El Territorio”:

“A partir de lo hasta aquí expuesto sobresale, pues, el nexo estrecho que existe entre el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y la necesidad de preservar el territorio ancestral de las comunidades y pueblos tribales.”



Parques Nacionales Naturales de Colombia

Se concluye entonces, que no existe una fórmula exacta que nos permita determinar concretamente los eventos en los cuales se deba realizar el respectivo proceso de consulta previa en el marco de los permisos de recolección, siendo necesario considerar en todas y cada una de las solicitudes, los conocimientos que se tengan sobre el área así como de los grupos étnicos que la habitan o hacen uso material y/o espiritual de la misma, para que con base en lo previsto por el literal a. numeral 1. de la Ley 21 de 1991, ratificado en múltiples oportunidades por la Corte Constitucional, se determine la procedencia de la respectiva consulta.

Finalmente, se recuerda que en virtud del compromiso adquirido en reunión realizada el día 6 de septiembre de 2012 entre la Oficina Asesora Jurídica y el Grupo de Trámites y Evaluación Ambiental de la Subdirección de Gestión y Manejo de Áreas Protegidas, se construyeron conjuntamente unas preguntas orientadoras que ayudarían a determinar los eventos en los cuales en el marco de los permisos de investigación científica al interior de los Parques Nacionales Naturales, resultaría obligatoria la consulta previa.

3. Al interior de Parques Nacionales Naturales, cuál es la dependencia que debe hacer ese tipo de evaluaciones jurídicas para determinar que una decisión administrativa requiere consulta previa?"

Interpretación jurídica:

Para dar respuesta a la presente pregunta, es importante recordar que el Decreto 3572 de 2011, dispone dentro de las funciones de la Oficina Asesora Jurídica, asesor a las diferentes dependencias de la entidad en asuntos de carácter jurídico respecto a las funciones propias del organismo, así como realizar los conceptos jurídicos que le sean solicitados por las demás dependencias de la entidad.⁵

Por su parte, el mencionado Decreto 3572 de 2011, a través de su artículo 13 dispone entre las funciones de la Subdirección de Gestión y Manejo de Áreas Protegidas, la de adelantar los trámites administrativos ambientales y proyectar los actos administrativos a que haya lugar para el otorgamientos de permisos.

De lo anterior se deduce, que la función de realizar las evaluaciones jurídicas para determinar cuándo una decisión administrativa requiere de consulta previa en el marco del otorgamiento de los permisos de recolección al interior de la entidad, le corresponde a la Subdirección de Gestión y Manejo de Áreas

⁵ Decreto 3572 de 2011, artículo 10, numerales 1 y 7.



Parques Nacionales Naturales de Colombia

Protegidas; lo anterior teniendo en cuenta que se encuentra en cabeza de esta dependencia adelantar los trámites administrativos por medio de los cuales se otorgan los mencionados permisos –para lo cual cuenta con un equipo interdisciplinario-; no obstante, en virtud de las funciones previstas por el Decreto 3572 de 2011, la Oficina Asesora Jurídica deberá prestar la correspondiente asesoría respecto a asuntos jurídicos, cuando la Subdirección de Gestión y Manejo de Áreas Protegidas lo requiera.

Finalmente, es importante señalar, que si bien esta función se encuentra específicamente en el Grupo de Trámites y Evaluación Ambiental, esta labor debe apoyarse según las competencias asignadas, en los Grupos de Gestión e Integración del SINAP y en el Grupo de Planeación y Manejo; lo anterior, si se tiene en cuenta que el Grupo de Gestión e Integración del SINAP cuenta con la función de consolidar estrategias diferenciadas de participación social en la conservación para el cumplimiento de los objetivos específicos de la entidad y el Grupo de Planeación y Manejo, por cuanto este tiene a su cargo dirigir, formular, actualizar, implementar y realizar el seguimiento de los planes de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, razón por la cual, estos dos grupos en virtud de dichos ejercicios indudablemente cuentan con la información suficiente para apoyar esta importante labor.

Finalmente, es necesario resaltar la importancia que tiene el considerar en estos ejercicios, los Regímenes Especiales de Manejo, los Acuerdos de Uso y Manejo, los Planes de Manejo como tal, así como los avances que haya en la reformulación o actualización de los mismos.

4. Autorizaciones de investigación con fines distintos a la diversidad biológica.

Con referencia a la solicitud planteada en el punto 4, nos permitimos informarle que en el marco de las funciones previstas en el artículo 10 del Decreto 3572 de 2011, esta Oficina esta presta en todo momento para brindar el apoyo jurídico que las diferentes dependencias de la entidad requieran.

Ahora, con respecto al tema concreto, si bien el vacío normativo que presentaba la Resolución 0068 de 2002, en parte fue resuelto por el artículo 6 y 12 del Decreto 1376 de 2013, en cuanto dichas disposiciones se refieren a la recolecta de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica para adelantar proyectos de investigación científica no comercial, tanto por parte de Instituciones Nacionales de Investigación, como por parte de personas naturales o jurídicas; este Decreto por su especialidad, no reglamenta la solicitud de permisos de investigación, cuando los mismos pretenden causas diferentes a la recolecta de especímenes de especies que describe esta norma -tales como las actividades que usted describe: estudios geológicos, sísmicos, geofísicos, etc.-



Parques Nacionales Naturales de Colombia

Por lo anterior, resulta imperioso regular este tema, siendo necesario recordar que en reunión realizada el día 22 de septiembre del año 2013, entre la Oficina Asesora Jurídica y el Grupo de Trámites y Evaluación Ambiental de la Subdirección de Gestión y Manejo de Áreas Protegidas, se adquirió por parte de dicho grupo el compromiso de remitir a esta Oficina en el transcurso de la última semana de septiembre del año pasado, el documento justificativo del instrumento normativo con el contenido de las necesidades de la regulación, el impacto de las investigaciones científicas con fines distintos a la diversidad biológica, volumen de solicitudes y demás elementos técnicos que deberán considerarse en su elaboración, sin que a la fecha se haya recibido dicho documento, que resulta indispensable en el avance de la referida reglamentación.

Cordialmente,

CERTIFICADO

BEATRIZ JOSEFINA NIÑO ENDARA

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Jaime Andrés Echeverría / Proyecto. **BNINEND**

