

Sentencia SU123/18

COMUNIDADES INDIGENAS-Legitimación por activa en los casos que reclaman protección de sus derechos fundamentales por medio de acción de tutela

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Único mecanismo judicial eficaz para garantizar que los pueblos indígenas sean consultados

La Sala considera que los medios de control de nulidad simple, así como de nulidad y restablecimiento del derecho, no son mecanismos judiciales idóneos para proteger el derecho de la consulta previa del cabildo demandante, perteneciente a la etnia Awá. El Gobernador del cabildo indígena formuló argumentos plausibles que podrían evidenciar una omisión en el trámite de consulta previa, procedimiento obligatorio para los proyectos de explotación de hidrocarburos que tienen la virtualidad de causar una afectación directa a la comunidad.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA-Reglas generales

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Naturaleza y alcance

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Protección constitucional e internacional

CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fundamento del derecho a la consulta previa

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Ámbito de aplicación y contenido

CONSULTA PREVIA-Afectación directa para determinar su procedencia

La jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar

directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente.

CONSULTA PREVIA-Asuntos que deben ser consultados o medidas que suponen afectación directa a la comunidad

La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

PROYECTOS DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE RECURSOS NO RENOVABLES-Afectación directa a la comunidad

En el caso específico de proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables, que es el asunto a resolver en el presente caso, esta Corte ha entendido que la afectación directa incluye, el impacto en (i) el territorio de la comunidad tradicional; o (ii) en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo.

CONSULTA PREVIA-Aplicación en caso de afectación directa por intervención del territorio

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y AL TERRITORIO COLECTIVO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Relación

TERRITORIO ETNICO-Concepto

CONSULTA PREVIA-Aplicación en caso de afectación directa basada en perturbación al ambiente, a la salud o a la estructura social, espiritual, cultural o económica de la colectividad

CONSULTA PREVIA Y JUSTICIA AMBIENTAL-Relación

JUSTICIA AMBIENTAL-Reiteración de jurisprudencia

JUSTICIA AMBIENTAL-Concepto

La justicia ambiental puede ser entendida como el “tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales”. La justicia ambiental es entonces un marco analítico que ha permitido terciar ante un conflicto ecológico distributivo, dado que intenta eliminar la discriminación que padecen algunas comunidades en relación con el acceso de servicios ambientales y de la exposición superlativa a los desechos de ciertas industrias. La Corte ha considerado que la justicia ambiental, dentro del marco de la Constitución, está compuesta por cuatro elementos interrelacionados: i) la justicia distributiva; ii) la justicia participativa; iii) el principio de sostenibilidad; y iv) el principio de precaución.

CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO-Deben entenderse en el marco del principio de proporcionalidad y razonabilidad de las medidas

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y DERECHO AL CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO-Diferencias

CERTIFICADOS DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ETNICAS EXPEDIDOS POR LA DIRECCION DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR-Dificultades

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Alcance de la certificación de la presencia de comunidades indígenas proferida por el Ministerio del Interior

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Utilización del estándar de debida diligencia de las empresas

El Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas, ha señalado el deber que tienen los Estados y las empresas de seguir los parámetros mínimos de debida diligencia para la garantía de los derechos de las comunidades indígenas, en particular, la consulta previa. Específicamente, de acuerdo con los informes del Relator,

existen dos tipos de responsabilidades: (a) los deberes generales; y (b) la configuración del estándar mínimo de la protección de las comunidades indígenas (estándar de debida diligencia). En todo caso, para la definición de estos asuntos, son determinantes (i) el deber de debida diligencia en el reconocimiento, (ii) el deber de diligencia sobre las tierras, territorios y recursos naturales, y (iii) el deber de diligencia en consultar incorporados en el referido informe. Para la Sala Plena, al utilizar el estándar de debida diligencia de las empresas en relación con el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas es posible determinar si se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad étnicamente diferenciada para, posteriormente, valorar la posibilidad de ordenar el remedio judicial correspondiente. Los parámetros de debida diligencia permiten, además, adecuar las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares a los principios constitucionales de buena fe (artículo 83 C.P.) y confianza legítima, pues otorgan estabilidad a los actores involucrados en relación con los lineamientos y criterios que deben seguir para cumplir con los mandatos de la consulta previa.

CONSULTA PREVIA-Sentido y alcance de la etno-reparación

ACUERDOS Y DESACUERDOS EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA-Consecuencias

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN PROYECTOS EXTRACTIVOS-Deber de reparar, y dar soluciones judiciales eficaces para proteger el derecho en caso de falta de consulta

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Vulneración por actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en comunidad Awa La Cabaña que generaron afectación directa

Referencia: Expediente No. T- 4.926.682

Acción de tutela presentada por Juvencio Nastacuas Pai, en representación de la Gobernación del Cabildo Indígena AWÁ LA CABAÑA contra el Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, y el Consorcio Colombia Energy, conformado por VETRA E&P Colombia S.A.S, Petrotesting Colombia S.A y Southeast Investment Corporation.

Magistrados Ponentes:

ALBERTO ROJAS RÍOS

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por las Magistradas y los Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo Ocampo, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos; y por los Conjueces Jesús María Carrillo Ballesteros y Rodrigo Uprimny Yepes, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos el 17 de febrero de 2015, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa (Putumayo), Sala Única de Decisión, (primera instancia) y el 16 de abril del mismo año, por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (segunda instancia), que resolvieron la acción de tutela instaurada por Juvencio Nastacuas Pai contra el Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y el Consorcio Colombia Energy, conformado por VETRA E&P Colombia S.A.S, Petrotesting Colombia S.A y Southeast Investment Corporation.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión mediante Auto del veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015)[1]. En cumplimiento del artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015, -Reglamento Interno de la Corte Constitucional-, y debido a la trascendencia del problema jurídico debatido en el asunto de la referencia, el Magistrado Alberto Rojas Ríos puso en consideración de la Sala Plena la posibilidad de que ésta asumiera el conocimiento del asunto.

En sesión del 19 de agosto de 2015, la Sala Plena decidió asumir el conocimiento del expediente de la referencia. En consecuencia, mediante Auto de 21 de agosto de 2015, el Magistrado Sustanciador procedió a suspender los términos para fallar, de conformidad con

lo dispuesto en el artículo 59 del Acuerdo 02 de 2015.

En sesión de Sala Plena de 29 de octubre de 2018 el Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos propuso ponencia múltiple con el Conjuez Rodrigo Uprimny Yepes, en los términos de los artículos 9 y 43 del Reglamento de la Corte -Acuerdo 02 de 2015-, lo cual fue aprobado por unanimidad por la Corporación.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. La comunidad indígena Awá arribó a la jurisdicción del municipio de Puerto Asís, Departamento del Putumayo, hace más de seis (6) décadas, producto de las dinámicas del conflicto armado y la explotación de recursos naturales. A su vez, el colectivo Awá “La Cabaña” llegó, en la década de los setenta (1970), al área donde se encuentra en la actualidad (a 400 metros del proyecto objeto de demanda de tutela, del otro lado del río San Lorenzo), procedente del Departamento de Nariño, cuando adquirió 47 hectáreas de tierra, a título de propiedad colectiva.[2]

1.2. Entre los años 1988 y 1991, en las actividades del Plan Quinquenal de Exploración, ECOPETROL S.A. declaró los campos de Quillacinga, Curinguina y Piñuña como productores en el Área Suroriente, localizada en el Municipio de Puerto Asís del Departamento de Putumayo, lo cual significó la operación directa de la empresa.

1.3. A través de la Resolución 0587 del 2 de julio de 1998, el Ministerio del Medio Ambiente estableció un Plan de Manejo Ambiental, para vigilar y seguir las pruebas extensas de producción en los campos mencionados anteriormente, entre los que se encontraban los pozos Quillacinga 1, Piñuña-1 y Curinguina-1, en el corregimiento de Teteyé del Municipio de Puerto Asís, Departamento del Putumayo. ECOPETROL S.A. sería el titular de ese instrumento de control ambiental[3]. En el citado acto administrativo, de 2 de julio de 1998, se hizo referencia expresa a la presencia del cabildo del Alto Lorenzo, comunidad que se encontraba fuera del área de influencia de la fase I del proyecto. A su vez, se señaló que para la etapa II del plan, denominada “infraestructura de transporte”, se tramitaría un estudio independiente. Con esa decisión, en ese mismo año, se iniciaron las pruebas extensas de producción en la zona y pozos referenciados.

En el marco de dicho trámite, la Dirección de Asuntos Indígenas, por comunicado No 4363 del 1º de septiembre de 1998, advirtió -en relación con el área objeto de estudio de la mencionada Resolución 0587 de 1998- que, en las proximidades del proyecto de explotación de hidrocarburos, se hallaba una comunidad indígena Awá, en la vereda de “La Cabaña”. Preciso que esa colectividad debía ser objeto de consulta previa en la FASE II del programa[4].

La empresa designada como operadora y responsable de la ejecución del proyecto se denominó VETRA Exploración y Producción Colombia S.A.S. y era la encargada de adelantar los respectivos trámites o requerimientos sobre licencias, permisos y otros, de acuerdo con lo establecido en la Ley 99 de 1993[7].

1.5. La comunidad Awá “La Cabaña”, en el año 2002, inició ante las autoridades los trámites de reconocimiento como parcialidad indígena y por Resolución No. 156 del 22 de octubre del 2010[8], la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior y de Justicia declaró que la comunidad Awá “La Cabaña” era una “parcialidad indígena”[9].[10]

1.6. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por Resolución 1358 de 2005, autorizó la cesión del Plan de Manejo Ambiental -establecido a la empresa ECOPETROL S.A. en la Resolución No.587 de 1998-, en relación con las pruebas extensas de producción, en los campos del Área Suroriente (Quillacinga, Curiqinga y Piñuña), de la jurisdicción del corregimiento de Teteyé, municipio de Puerto Asís, departamento de Putumayo, a favor del Consorcio Colombia Energy.

1.7. La Directora de Etnias del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, por oficio 0F106-12806-DET-1000 de 5 de junio de 2006, informó a la Directora de Licencias, Trámites y Permisos Ambientales, del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que el Defensor Delegado para Indígenas y Minorías Étnicas documentó la movilización indígena por la problemática socio-ambiental generada por la empresa petrolera Consorcio Colombia Energy.

Allí se refirió que, en las Resoluciones 3796 de 18 de julio de 1997 y 587 de 2 de julio de 1998, se dejó constancia sobre la necesidad de adelantar la reseñada consulta con la comunidad Awá La Cabaña, fundada en que “siempre que se van a realizar proyectos, obras

o actividades y que se superpongan con territorios de comunidades indígenas para el aprovechamiento y explotación de recursos naturales, que allí existen, lo cual se relaciona en este asunto, ya que los trabajos de prueba extensa se hace sobre unos pozos inactivos que se habían perforado durante los años 1988 a 1991 y en esa área se identificó la presencia de una comunidad indígena”. Así mismo destacó que, conforme los antecedentes del proyecto era necesario adelantar la consulta previa en la Fase II del Proyecto.[11]

1.8. El 27 de junio de 2008, el Consorcio Colombia Energy presentó solicitud formal de Licencia Ambiental Global[12], para la realización del proyecto denominado “producción y Explotación de Hidrocarburos en las Áreas de Interés Quinde, Cohembí y Quillacinga”. Entre los documentos que se allegaron con la petición, la compañía anexó una certificación del INCODER en la que se lee que “el proyecto no se cruza ni traslapa con tierras de Resguardos Indígenas ni con tierras de comunidades negras”. [13]

1.9. El entonces Ministerio del Interior y de Justicia -Dirección de Asuntos Indígenas mediante oficio OF- 4120-E1-136779, de 1° de diciembre de 2008[14], indicó que, de conformidad con la visita realizada por un profesional de esa entidad en agosto de 2006, en el área de influencia directa del proyecto, no había presencia de grupos étnicos, y que no se registraban comunidades indígenas o negras. En todo caso, ese ministerio dejó constancia sobre la presencia de dos comunidades indígenas (Resguardo de Alto Lorenzo y Cabildo Awá La Cabaña), en la zona de influencia indirecta-A II del programa. Así mismo, se refirió en dicho documento que “aunque el proyecto no va a intervenir sobre esas áreas, ni va a interactuar con esas comunidades, el consorcio deberá evitar actividades que los puedan afectar, e implementar acciones de sensibilización y concientización a sus contratistas, sobre la presencia de estos, buscando con ello no afectar a las áreas de su hábitat tradicional y respetar su cultura.”[15]

1.10. En el Auto 004 de 26 de enero de 2009, la Corte Constitucional declaró que, entre otros, el pueblo Awá está en riesgo de ser exterminado cultural y físicamente por el conflicto armado interno, y ha sido víctima de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos y del Derecho Internacional Humanitario, especialmente, al haber sufrido desplazamiento forzado individual y colectivo de sus territorios.

1.11. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó Licencia Ambiental Global al Consorcio Colombia Energy, a través de la Resolución No. 0937 del 2009, para perforar, explotar y operar pozos, adecuar plataformas existentes, construir nuevas locaciones, vías de acceso y líneas de flujo, entre otras. El proyecto estaría localizado en la jurisdicción del Municipio de Puerto Asís, Departamento de Putumayo, área que comprende la vereda “La Cabaña”. En dicha Resolución se estableció que dentro de la zona de manejo ambiental, para el desarrollo de las actividades del proyecto, una de las áreas de intervención con mayores restricciones incluía “...las comunidades indígenas Páez La Libertad, Inga El Palmar y Awá”[16].

1.12. El 30 de noviembre de 2009, el Consorcio Colombia Energy solicitó la modificación de la licencia ambiental global[17] ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-. Allegó para el efecto un “Estudio de Impacto Ambiental para la Modificación Ambiental Global, Oficio del INCODER con radicado 20092170417 del 13 de octubre de 2009, en el cual se certifica que el área de los Bloques Quinde, Cohembí y Quillacinga, no se cruza o traslapa con territorio legalmente titulado a Resguardos Indígenas o con títulos colectivos pertenecientes a comunidades afrocolombianas...”[18].

1.13. Paralelamente, consta que, por acto administrativo No 124053 de febrero de 2010, el Ministerio de Minas y Energía autorizó el inicio “de Explotación de los Campos Quinde, Quillacinga-Curiquinga-Piñuña, y Cohembí del Contrato de Producción Incremental No 43, CPI Área Suroriente”, por lo que en dicho año comenzaron las labores exploratorias en las zonas referenciadas.

1.14. En la Resolución No 1930 del 1 octubre de 2010, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- accedió a la modificación pedida por el Consorcio Colombia Energy y adicionó la construcción de nuevos corredores de acceso, seis plataformas multipozos, la perforación de otros pozos y la ampliación de las locaciones existentes, entre otros aspectos.

1.15. Mediante Auto 174 de 9 de agosto de 2011, la Corte reiteró la necesidad de tomar medidas cautelares urgentes para la protección de los derechos fundamentales del Pueblo Indígena Awá, ubicados en los departamentos de Nariño y Putumayo, y que habían sido ordenadas en el Auto 004 de 2009. En la referida decisión, se recabó que la comunidad

Awá era objeto de un plan de salvaguarda étnica especial, el cual constituía una garantía fundamental para su protección frente al latente riesgo de su extinción.

1.16. El 21 de marzo de 2012, el Consorcio Colombia Energy realizó otra solicitud formal de modificación de la Licencia Ambiental Global -contenida en la Resolución No. 0937 de 2009, y reformada a su vez por la Resolución No. 1930 de 2010-, sobre el proyecto “Desarrollo de Campos Quinde, Cohembí y Quillacinga”. [19]

1.17. En ese trámite, surtido ante la ANLA, se discutió sobre la presencia de las comunidades indígenas en el área de modificación del proyecto. Esto se desató porque la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior constató, una vez más, la presencia de la comunidad indígena Awá La Cabaña en la zona de influencia directa del proyecto y así lo señaló en la Certificación 63 de 2012[20].

El Consorcio Colombia Energy interpuso recurso de reposición[21], en el que solicitó revocar la Certificación No. 63 de 2012, y declarar la no presencia de grupos étnicos dentro del área de influencia del proyecto. En la Resolución No. 633 del 19 de abril de 2012[22], la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior revocó la reseñada Certificación 63, y señaló que la comunidad indígena Awá La Cabaña estaba por fuera -a un kilómetro- del polígono que delimita el área del proyecto. En su lugar, dicha Dirección, profirió la Certificación No. 387 de 9 de marzo del mismo año[23], para declarar que: “no se identifica la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia directa, para el proyecto: Áreas 1A y 1B de Bloque Sur Oriente”[24].

1.18. El 3 de mayo de 2013, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- emitió la Resolución 1225, en la que ordenó la apertura de una investigación ambiental al Consorcio Colombia Energy, en la que se indicó que, con antelación, se impuso medida preventiva de “suspensión inmediata de las actividades de construcción y perforación de la locación de los pozos Cohembí 4, 5 y 6”. [25]

1.19. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con la Resolución No. 0551 del 30 de mayo de 2014 “por la cual se modifica la licencia ambiental otorgada mediante resolución 937 del 22 de mayo de 2009 y se dictan otras disposiciones”, introdujo las siguientes modificaciones a la licencia ambiental global: i) ampliación en el área de interés de desarrollo (áreas de los campos Quinde, Cohembí y Quillacinga); ii) perforación de

nuevos pozos; iii) construcción de plataformas multipozos, vías de acceso y líneas de flujo; iv) exploración de aguas subterráneas; y v) crecimiento de la infraestructura existente y de las condiciones operativas, entre otros ejes temáticos.

1.20. Por razón del desconocimiento de los derechos fundamentales de la comunidad que representa el Gobernador del Cabildo Indígena Awá “La Cabaña” (Puerto Asís, Putumayo), el 5 de febrero de 2015, solicitó la protección de las garantías constitucionales a la consulta previa, a la participación e identidad cultural, pues los accionados iniciaron y adelantaron actividades de explotación de hidrocarburos (en las áreas Quinde, Cohembí y Quillacinga), sin haber concertado con el colectivo.

2. Solicitud de tutela

2.1. Juvencio Nastacuas Pai, en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena “Awá, La Cabaña” interpuso acción de tutela contra el Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, y el Consorcio Colombia Energy (VETRA E&P Colombia S.A.S, Petrotesting Colombia S.A y Southeast Investment Corporation), por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la consulta previa, a otras formas de participación democrática, a la igualdad y a la integridad étnica y cultural de la Nación, al no haberse realizado la consulta previa a su comunidad indígena sobre la exploración y explotación de hidrocarburos que se realiza en su territorio, concretamente, respecto del bloque suroriente, conformado por tres campos, y estos a su vez, por nueve pozos.

2.2. En ese orden pidió tutelar “los derechos fundamentales a favor del cabildo indígena AWÁ La Cabaña en relación con el derecho fundamental de la Consulta Previa sobre el BLOQUE SURORIENTE”, específicamente, los Pozos Quinde, Cohembí 1, 2 y 3, Piñuña 1, 2, 3, 4, 5, y 6, Curiqinga y Quillacinga 1 y la “suspensión de las actividades petroleras adelantadas por la empresa sobre los pozos antes señalados, y toda actividad inconsulta, hasta tanto no se cumpla y culmine el proceso de consulta previa”. Indicó que, como pueblo indígena, le asiste el respeto a la integridad cultural y al derecho fundamental a la consulta previa, ambos afectados por las actividades de producción y explotación de hidrocarburos, que alteran su ecosistema, su ambiente, desconoce sus cosmovisiones y violenta de forma grave las costumbres y tradiciones socioculturales (elementos ancestrales, espirituales y territoriales) y alimenticias. Agregó que “el manejo ambiental ha

causado varios impactos, ruido, luz, militarización a los sitios de cacería y pesca, pero lo más grave, a los sitios sagrados propios, de acuerdo a la cosmovisión de la familia Awá”, y que todo ello ha implicado “el enfrentamiento con los colonos y la junta de acción comunal, por participación en unos cupos de trabajo, no teniendo en cuenta que ese no es el problema, sino el respeto por el derecho fundamental de la consulta previa y al enfoque diferencial como indígenas en vía de extinción”.

2.3. Sostuvo que las empresas “no han reconocido a esta comunidad y por eso no han buscado relacionarse (...) hasta la fecha las empresas no han hecho inversión social voluntaria al cabildo, ni la respectiva concertación de consulta previa”. Censuró que el Ministerio de Ambiente, encargado de autorizar las licencias ambientales, desconociera los derechos de las comunidades indígenas y negras a la consulta previa, en contravía del artículo 76 de la Ley 99 de 1993. Resaltó la presencia continuada de la comunidad Awá “La Cabaña” en el territorio hace décadas y que para cuando se otorgó la ampliación de la licencia, ya habían pedido el reconocimiento legal y el Ministerio contaba con dicha información. Advirtió que la certificación 063 de 2012, expedida a la empresa VETRA E&P Colombia S.A.S y al Consorcio Colombia Energy, por parte del Ministerio del Interior - Dirección de Consulta Previa- reconoció la existencia de grupos étnicos, en el área de influencia del proyecto y que no existían razones valederas para su revocatoria a través de la Certificación No. 633 de 2012[26].

3. Respuesta de las entidades accionadas

a. VETRA Exploración y Producción Colombia S.A.S y Southeast Investment Corporation S.A.

3.1. Informó que ECOPETROL dentro de las actividades del Plan Quinquenal de Exploración en operación directa, completó tres campos como productores en el área suroriente, en los pozos llamados Quillacinga, Curiquinga y Piñuña. Mediante Resolución 0587 del 2 de julio de 1998, el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial estableció un Plan de Manejo Ambiental para vigilar y seguir las pruebas extensas de producción en los campos mencionados anteriormente, siendo titular de estos ECOPETROL S.A.

3.2. Para el año 2001, ECOPETROL adjudicó un contrato para la explotación del Área Suroriente, al Consorcio Colombia Energy, conformado por VETRA y SOUTHEAST INVESTMENT

CORPORATION. El 13 de junio de 2001 suscribieron el Contrato de Producción Incremental No. 438 con fecha efectiva a partir del 12 de julio de 2002.

3.3. Señaló que el Área Suroriente se encuentra ubicada dentro de la jurisdicción del municipio de Puerto Asís, Departamento de Putumayo, concentrada en: “tres campos de producción: Quillancinga, Cohembí y Quinde...”[27] en los que se encuentran los pozos de explotación[28].

3.4. Destacó que la licencia ambiental global del proyecto fue otorgada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por Resolución 0937 de mayo de 22 de 2009. Aquella fue acompañada, como obliga su trámite, por el certificado de grupos étnicos, expedido por el Ministerio del Interior en el año 2008, en el que se señala que no se encuentran comunidades indígenas ni negras en la zona de producción y explotación. Finalmente, anotó que la comunidad indígena nunca buscó comunicación directa con la empresa, salvo por el uso de la vía (carretera) de comunicación existente en el sector, la cual comparten.

b. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

3.5. El 10 de febrero de 2015[29] señaló que el desarrollo del proyecto: “de los Campos Quinde, Cohembi y Quillancinga, localizado en jurisdicción de los corregimientos Teteyé y Puerta Vega, en el Municipio de Puerto Asís, Departamento del Putumayo, el cual está identificado en esta Autoridad con el Expediente LAM4174.”[30] obtuvo licencia ambiental global en el año 2009 y se modificó en los años 2010 y 2014. Acto seguido explicó el procedimiento que debe seguir todo proyecto de explotación de recursos no renovables.

3.6. En relación con los hechos de la demanda, manifestó la ANLA que verificó las certificaciones presentadas por la empresa Consorcio Energy, cuya operadora es VETRA E&P Colombia S.A.S., respecto de la autorización del proyecto en comento. Que la empresa accionada allegó un estudio de Impacto Ambiental para darle trámite a la última solicitud de modificación de la licencia ambiental, que se otorgó por Resolución 551 de 30 de mayo de 2014[31]. Por último, informó que el Consorcio Colombia Energy no estaba obligado a adelantar el proceso de consulta previa pues cumplió las exigencias legales y aportó las certificaciones según las cuales no existían comunidades étnicas en el territorio fijado para el desarrollo del proyecto.

c. Respuesta de las entidades vinculadas[32]

Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia -CORPOAMAZONIA-

3.8. Bajo tal supuesto, refirió que las accionadas cumplieron con la carga que les asistía ante las autoridades competentes, las cuales determinaron que si bien existe presencia de la comunidad indígena en mención, esta se encuentra por fuera del área de explotación del proyecto “Área 1A y 1B del Bloque Sur Oriente, Campos Quinde, Cohembí y Quillacinga, localizado en jurisdicción del municipio de Puerto Asís” que ejecuta la accionada y, finalmente, que realiza el seguimiento respectivo al cumplimiento de las obligaciones ambientales, pero que en materia sancionatoria ambiental quien tiene la facultad para imponer sanciones de tipo administrativo es la autoridad que expidió el permiso o licencia.

Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

3.9. Explicó que la empresa accionada Vetra E&P Colombia S.A.S., operadora del Consorcio Colombia Energy en el proyecto de modificación de la Licencia Ambiental del Campo Suroriente en el área de interés 2, solicitó la certificación de presencia o no de comunidades étnicas según consta en el radicado externo EXTMI 11-62140 del 14 de julio de 2011. De acuerdo con el informe de verificación, se expidió el Acto Administrativo No. 063 de enero de 2012, en el que se declaró que existía presencia de la comunidad en el área del proyecto.

3.10. Destacó que el representante legal de la empresa accionada recurrió[33] la certificación No. 63, y solicitó revocar los ordinales primero y quinto. La Dirección por Resolución No.633 de 19 de abril de 2012, repuso la decisión fundada en que: “Desde el año 1998 la empresa en cuestión ha venido desarrollando actividades petroleras, pero [sic] lo cual ha mediado la solicitud de presencia o no de comunidades étnicas, certificaciones que han sido emitidas por este Despacho de manera negativa, es decir que no se registra presencia de grupos étnicos.«(...) el reconocimiento jurídico de la Comunidad Awá La Cabaña no se controvierte; de acuerdo al informe técnico de la visita en terreno se destaca que se encuentra asentada por fuera del polígono del proyecto a un kilómetro entre la comunidad y el lindero del área del proyecto»”.

3.11. Tras el informe técnico de la visita que adelantó la Dirección de Consulta Previa, emitió el Acto Administrativo No. 387, en el que modificó la certificación 063 y negó la presencia de grupos étnicos en el área correspondiente al proyecto de desarrollo “Áreas 1 A Y 1B del Bloque Sur Oriente, Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga” (folios 535). Al estimar que no existe indicio alguno sobre afectación a la comunidad accionante, pidió declarar la carencia actual de objeto de la acción de tutela

Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER–

3.12. Pidió declarar improcedente la acción de tutela por incumplirse el requisito de subsidiariedad, dado que el accionante no cuestionó la licencia ambiental que autorizó la explotación de hidrocarburos en terrenos de la comunidad indígena Awá La Cabaña. Tampoco se demostró un perjuicio irremediable, o alguna actuación u omisión del INCODER que implicara una transgresión de los derechos fundamentales de la comunidad indígena demandante. Solicitó su desvinculación al carecer de legitimación por pasiva, puesto que, dentro de los hechos de la demanda, el accionante no reprocha alguna actuación de la entidad.

ECOPETROL S.A.

3.13. Indicó que la comunidad accionante estuvo presente en la audiencia pública realizada en el 2014, que se adelantó en el trámite que tendría la finalidad de modificar la licencia ambiental, sin presentar objeción alguna. Lo anterior, se puede corroborar en el acta de la audiencia que posee la ANLA. Reiteró que el Ministerio del Interior certificó que no existían comunidades étnicas de especial protección en el área del proyecto del Bloque Suroriente, por ende, no existió violación alguna a los derechos fundamentales del accionante.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

3.14. Al contestar señaló que no se vulneró el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena Awá La Cabaña con la expedición de la licencia número 0937 del 22 de mayo de 2009, ni con las posteriores modificaciones contenidas en las licencias número 1930 de 1º de octubre de 2010 y 0551 del 30 de mayo de 2014. Estimó que la acción de tutela es improcedente debido a que el accionante puede “demandar los actos administrativos por la vía ordinaria y no por tutela, dado su carácter subsidiario y residual,

toda vez que no hay vulneración de derechos fundamentales, ya que existen permisos concedidos por la Autoridad Administrativa.”

4. Decisiones Judiciales Objeto De Revisión

a) Sentencia de Primera Instancia

4.1. La Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Mocoa, Putumayo, en proveído de 17 de febrero de 2015, negó la tutela de los derechos invocados por el accionante a la consulta previa, a otras formas de participación democrática, a la igualdad y a la integridad étnica y cultural de la Nación.

4.2. Consideró que la comunidad Awá “La Cabaña” no probó que la ejecución del proyecto[35] se hiciera dentro de su territorio y halló demostrado que se encuentra a un kilómetro de distancia del área de injerencia del proyecto. “Dicha comunidad indígena se encuentra ubicada por fuera del polígono del proyecto de operación petrolera desarrollado por la Empresa Consorcio Colombia Energy” (folios 776). Adujo que se incumplió el requisito de subsidiariedad, dado que no se acreditó el agotamiento todas las acciones ante las autoridades competentes, tendientes a que se hiciera una verificación real sobre la situación de la comunidad indígena.

4.3. Para el Tribunal, además, la empresa petrolera adelanta actividades desde el año 1998, antes de que el asentamiento del grupo étnico fuera reconocido, lo que ocurrió hasta el año 2010. Además, analizó las licencias ambientales y señaló que se concedieron con el cumplimiento de los requisitos legales, entre otros, con el concepto sobre la ausencia de comunidad étnicas diversas en la zona del proyecto. En ese contexto, adujo la imposibilidad de desconocer las decisiones de la autoridad encargada de verificar la existencia de comunidades en la zona.

4.4. En todo caso, en el numeral segundo de la parte resolutive, la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa exhortó a las entidades accionadas para que, de forma coordinada, realicen las gestiones necesarias para ejercer facultades de control y vigilancia para el caso, con el objetivo de verificar el cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental del área del proyecto indicado, en los términos que pretenden los actores para obtener su derecho al medio ambiente sano.

b) Impugnación

4.5. La decisión proferida por el Tribunal Superior de Mocoa fue impugnada por el accionante al considerar que careció de congruencia, toda vez que esta no se ajustó a los hechos y antecedentes que motivaron la acción de tutela. Alegó que había existido error de hecho y de derecho en lo concerniente al examen de la petición realizada en la tutela. Aseveró que el fallador omitió cumplir el mandato de garantizar el pleno goce de sus derechos, además, no examinó lo argumentado en la tutela sobre la conducta omisiva por parte de los accionados.

4.6. Expresó que el juez constitucional no advirtió que la presencia de grupos indígenas en el Bloque Suroriente estaba demostrada, pues su cabildo se encuentra ubicado a menos de 300 metros de la escuela de la vereda la cabaña, localizada en el área de influencia del proyecto.[36] Para el accionante es incomprensible que la caseta de la vereda sí sea reconocida dentro del área de influencia directa del proyecto, mientras que a su comunidad indígena no, y que esto repercuta en la negativa de sus derechos. Por último, resaltó que su interés es la inclusión de su grupo étnico en el Plan de Manejo Ambiental.

c) Sentencia de segunda instancia

4.7. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de abril de 2015, confirmó en su totalidad la providencia dictada por el Tribunal. Sobre el derecho a la consulta previa de la comunidad indígena Awá “La Cabaña”, no encontró vulneración, pues se demostró mediante acto administrativo No. 633 de 2012, proferido por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que desde el año 1998 se vienen desarrollando actividades petroleras y certificando de manera negativa la presencia de la comunidad étnica en el proyecto.

4.8. Observó que el informe técnico de la visita, que sirvió de fundamento para expedir el anterior acto administrativo, si bien no contravirtió el reconocimiento jurídico de la comunidad indígena Awá sí indicó “como conclusión que la misma se encuentra asentada por fuera del polígono del proyecto a un kilómetro entre la comunidad y el lindero del área del proyecto” (folios 72). Adicionalmente, estimó que, según el INCODER, en los campos petroleros de Quinde, Quillacinga y Cohembí no se traslapa ningún resguardo o título colectivo de comunidades afrocolombianas indígenas.

4.9. En punto a la afirmación de que el asentamiento Awá se encuentra ubicado a menos de 300 metros de la escuela la vereda La Cabaña, y por ello dentro del área de injerencia, dijo que no se aportó prueba alguna y mucho menos de los perjuicios derivados de las acciones petroleras realizadas por la empresa accionada. Por tanto, “lo que se advierte es la inconformidad de la parte actora con lo resuelto por la autoridad legalmente facultada, respecto de la certificación de su presencia en el área y consecuente obligación de consulta previa”. Culminó con que los actos administrativos expedidos se encuentran revestidos de una presunción de acierto y legalidad y que por tanto no pueden ser desconocidos por el juez constitucional.

5. Trámites posteriores en sede revisión y anexos complementarios a la presente sentencia

5.1. En sede de revisión, la Corte realizó diversos trámites y ordenó distintas pruebas pero para mayor simplicidad remitió su reseña a uno de los anexos de esta sentencia. Por consiguiente, además de los antecedentes expuestos, esta providencia está integrada por los siguientes anexos complementarios: la reseña de la trazabilidad del proyecto, las pruebas recaudadas en sede de instancia y el trámite y actuaciones adelantadas en sede de revisión ante la Corte Constitucional. Los anexos incorporados pueden ser consultados para mayor claridad, en la parte final de este documento.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1.1. Es competente la Sala Plena de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y metodología de la decisión

2.1. Juvencio Nastacuas Pai, en su calidad de Gobernador del Cabildo Indígena “AWÁ LA CABAÑA”, promueve acción de tutela con la finalidad que se le protejan los derechos fundamentales a la consulta previa, a otras formas de participación democrática, a la igualdad y a la integridad étnica y cultural de la Nación, dado que se inició y amplió un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos sin haber concertado con su

comunidad. Señala que la actividad de producción y explotación de hidrocarburos adelantada en las áreas de interés Quinde, Cohembí y Quillasinga debió consultarse con la comunidad indígena Awá La Cabaña, dada la afectación directa que genera en el modo de vivir de dicha parcialidad, ubicada en inmediaciones del mencionado proyecto.

La Sala Única del Tribunal Superior de Mocoa negó el amparo de los derechos fundamentales invocados al estimar que el pueblo indígena accionante se encuentra fuera del perímetro del proyecto de desarrollo y no demostró alguna afectación que tornara procedente la consulta previa. En adición, indicó que el proyecto de desarrollo se viene ejecutando con anterioridad al reconocimiento legal del pueblo Awá La Cabaña. A su vez, exhortó a las entidades accionadas para que ejercieran facultades de control y vigilancia en el caso, con el objetivo de verificar el cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental del área del proyecto indicado, en los términos que pretenden los actores para obtener su derecho al medio ambiente sano.

2.2. Impugnada la sentencia de primera instancia por parte de los actores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, confirmó la decisión. Expuso que las autoridades administrativas, competentes y técnicas en la materia, certificaron que la comunidad indígena accionante está fuera del área de influencia del proyecto, lo que implica que no se afecta el modo de vida de la parcialidad indígena. Señaló ese Alto Tribunal que no se probó la injerencia o cercanía del proyecto de desarrollo con la comunidad. Concluyó que los actos administrativos expedidos en el proceso gozan del principio de legalidad y buena fe y no pueden ser revocados vía acción de tutela.

2.3. Conforme con los hechos y planteamientos expuestos en los antecedentes, la Corte debe comenzar por establecer la procedibilidad del amparo. Para ello, esta Corporación debe determinar si la acción de tutela es procedente para solicitar la protección del derecho a la consulta previa derivado de la ausencia de acuerdo en un proyecto de actividades de hidrocarburos en la vereda La Cabaña del Municipio Puerto Asís, Departamento del Putumayo, en particular teniendo en cuenta que las licencias ambientales[37], son actos administrativos que tienen medios ordinarios de control. En caso de que la respuesta a dicho interrogante sea afirmativa, la Corte deberá emprender el examen de fondo del caso.

3. La procedibilidad de la acción de tutela

3.1. La Sala entrará a evaluar la procedibilidad de la acción de tutela, al verificar los siguientes elementos: i) legitimidad de las partes, en especial la dimensión activa del caso de la referencia; ii) la subsidiariedad de la demanda de tutela; y iii) la inmediatez de la misma.

3.2. La Corte ha precisado que “la legitimación en la causa por activa en los procesos de acción de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados”[38]. Con base en los artículos 7 y 70 de la Constitución, la Corte ha reconocido que las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales, entre ellos la consulta previa[39]. Además, ha indicado que las autoridades ancestrales, de manera directa o por medio de apoderado, tienen la legitimidad para interponer las acciones de tutela con el fin de garantizar la protección de sus derechos[40]. El artículo 10 del Decreto 2581 de 1991 establece la posibilidad de que la demanda de amparo de derechos sea incoada “a través de representante”[41].

3.3. En el caso concreto, la Sala Plena observa satisfecho el requisito de legitimidad por activa, debido a que la comunidad Awá La Cabaña es titular de derechos colectivos. Además, mediante la Resolución 156 de 2010, la Dirección de Asuntos Indígenas de Minorías y Rom reconoció a la colectividad “La Cabaña” del Municipio de Puerto Asís, Departamento del Putumayo, como Parcialidad Indígena. Ese grupo es titular del derecho a la consulta previa, que se denuncia como conculcado, pues se ejecutó una exploración y explotación de hidrocarburos que supuestamente afecta a la comunidad, sin haber acordado con ésta. De similar forma, se advierte que el señor Nastacuas Pai está acreditado como autoridad ancestral del grupo y tiene la facultad de representar sus intereses. Se remitió al proceso la Resolución No 12 de 2015, proferida por la Alcaldía Municipal de Puerto Asís. En ese acto administrativo se reconoció al ciudadano mencionado como Gobernador del grupo étnico demandante.

3.4. El sujeto pasivo es a quien se adjudica la vulneración de los derechos fundamentales. En el caso sub judice, la legitimidad en la causa por pasiva se encuentra cumplida, de conformidad con las razones que se enuncian a continuación: La colectividad accionante cuestionó al Ministerio del Interior por haber certificado su inexistencia en la zona del

proyecto. Esa autoridad es la encargada “de 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”, según establece el artículo 16.5 del Decreto 2893 de 2011. Por ende, puede atribuírsele de manera directa la vulneración de sus derechos fundamentales.

Así mismo, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales puede ser objeto de demanda, porque expidió todas resoluciones que han autorizado la explotación de hidrocarburos en las áreas de Quinde, Cohembí y Quillacinga en el Departamento del Putumayo. El grupo peticionario censuró la emisión de las licencias ambientales, dado que permitieron una actividad que menoscaba a la comunidad, sin que se hubiese acordado previamente. El Consorcio Colombia Energy, integrado por las empresas VETRA E&P Colombia S.A.S, Petrotesting Colombia S.A y Southeast Investment Corporation, cumple con la legitimidad por pasiva, en la medida en que es el operador de la actividad extractiva cuestionada.

3.5. Como regla general, el Decreto 2591 de 1991 y la Corte Constitucional han indicado que la acción de tutela es procedente, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. Lo anterior, en razón de que el amparo no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico[42]. La citada norma tiene dos excepciones, que comparten como supuesto fáctico la existencia del medio judicial ordinario, a saber[43]: i) instaurar la acción de tutela de forma transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y ii) promover el amparo como mecanismo principal, situación que ocurre en el evento en que las acciones ordinarias carecen de idoneidad o de eficacia para defender los derechos fundamentales del accionante[44].

3.6. Esta Corporación ha precisado que las acciones contenciosas carecen de idoneidad para salvaguardar el derecho a la consulta previa, en el evento en que las autoridades avalan actuaciones ausentes de consulta previa y que afectan a esas colectividades[45]. Esa conclusión no varió con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011[46].

De acuerdo con el precedente vigente[47], esas herramientas procesales no ofrecen una respuesta clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad, ni siquiera, ante la posible imposición de medidas provisionales, pues si la suspensión provisional del

acto queda en firme de manera expedita, continuará la impotencia de esa institución para salvaguardar integralmente los derechos de las comunidades indígenas o tribales. La protección que ofrecen las acciones contenciosas del derecho a la consulta previa es insuficiente, porque “estudiar la legalidad de un acto administrativo no implica que se adopten modos de resarcimiento que serían propios del juez de amparo de derecho, rol que obedece a su función protectora de los derechos fundamentales”[48].

3.7. En el caso concreto, la Sala considera que los medios de control de nulidad simple, así como de nulidad y restablecimiento del derecho, no son mecanismos judiciales idóneos para proteger el derecho de la consulta previa del cabildo demandante, perteneciente a la etnia Awá. El Gobernador del cabildo indígena formuló argumentos plausibles que podrían evidenciar una omisión en el trámite de consulta previa, procedimiento obligatorio para los proyectos de explotación de hidrocarburos que tienen la virtualidad de causar una afectación directa a la comunidad.

3.8. La flexibilización de la procedibilidad de la medida cautelar de suspensión provisional sobre las licencias ambientales que autorizaron la explotación de los hidrocarburos, no descarta el hecho de que la eliminación momentánea de los efectos de las licencias ambientales jamás restaurará la ausencia de diálogo, ni reemplazará la participación que pueden tener los grupos demandantes con la consulta previa. Tampoco tienen estas acciones la potencialidad de reparar adecuadamente los posibles daños culturales que pudieron sufrir y los perjuicios a la cotidianidad de la vida de la colectividad. La acción de tutela es entonces el medio de control preferente para salvaguardar la supervivencia de los sujetos étnicos diferenciados.

3.9. El principio de inmediatez exige que la acción de tutela sea promovida dentro del plazo razonable al hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales de las personas[49]. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de inmediatez surge de la naturaleza de la acción de tutela, pues la finalidad última del amparo es proteger de forma inmediata los derechos constitucionales.

3.10. La Sala Plena estima que la demanda de amparo de derechos cumple el requisito de inmediatez, debido a que se formuló dentro de un tiempo razonable a los hechos acusados de vulnerar las prerrogativas fundamentales, es decir, 5 meses después de la expedición de

la Resolución 1017 del 5 de septiembre de 2014, acto administrativo que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 0551 de mayo de 2014, la cual autorizó la modificación de la licencia ambiental global del proyecto “Desarrollo de los Campo Quinde, Cohembí y Quillacinga”. La decisión inconsulta quedó ejecutoriada con la respuesta del recurso de reposición. La razonabilidad del plazo se presenta teniendo en cuenta las condiciones de vulnerabilidad de los actores, la especialidad de la materia analizada, la vacancia judicial en los meses de diciembre del año 2014 y enero de 2015, así como la ausencia de obligación de notificar esos actos administrativos a la comunidad Awá La Cabaña.

3.11. Además, se considera que la presunta perturbación de los derechos de la comunidad es actual. Según el representante de la colectividad hay deterioro creciente en el ambiente y en sus prácticas culturales, producto de la explotación de hidrocarburos. El pueblo Awá La Cabaña continúa en la zona circundante a la zona de actividades. También, el representante de la colectividad indicó que había formulado diversas peticiones con la finalidad de obtener la protección.

3.12. En relación con la censura de las Resoluciones No.0937 de 2009, 1930 de 2010 y el inicio de actividades en el año 2010, la Corte precisa que se observa el requisito analizado, toda vez que podría continuar el desconocimiento del derecho a la consulta previa y éste puede ser restablecido, por lo cual la acción cumplió con el requisito de inmediatez pues fue presentada dentro del plazo razonable a la eventual vulneración del derecho a la consulta previa.

3.13. La Sala advierte que la presente acción de tutela también es procedente para analizar la eventual vulneración del derecho fundamental al ambiente sano, en atención a que la comunidad indígena Awá “La Cabaña” aseveró que las fuentes de afectación directa es la de los impactos negativos ambientales que ha causado la explotación de hidrocarburos en el ecosistema que habita, y por ello deberá estudiarse para definirse íntegramente el debate constitucional. Por consiguiente, aunque en general la acción popular es la procedente para amparar el derecho al medio ambiente, por tratarse de un derecho colectivo, en este caso la acción de tutela es procedente también para estudiar la eventual vulneración al derecho al ambiente sano junto con la violación al derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad peticionaria.

4. Los asuntos materiales bajo revisión

4.1. Una vez resuelta la procedibilidad de la presente acción de tutela, entra la Corte a analizar el problema material planteado, para lo cual deberá resolver si debía o no haberse realizado la consulta previa con la comunidad Awá La Cabaña, por la exploración y explotación de hidrocarburos que ha realizado el Consorcio Colombia Energy con el proyecto denominado “desarrollo de los Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga”.

Adicionalmente, la Sala Plena deberá resolver si la certificación emitida por la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior en el asunto debatido, en la que se indica que en el área de influencia directa del proyecto no existe presencia de comunidades étnicas, eximía del deber de adelantar la consulta previa. En caso de que la Corte encuentre que existió vulneración del derecho a la consulta previa del pueblo indígena accionante, deberá analizar cuál es el remedio judicial apropiado frente a esta situación, en particular teniendo en cuenta que el proyecto ya está iniciado, para lo cual deberá esta Corporación en particular determinar si procede o no suspender la explotación de estos hidrocarburos. Los cuestionamientos enunciados implican analizar si los impactos ambientales configuraron, además, una vulneración al derecho al ambiente sano de la comunidad Awá “La Cabaña”.

4.2. Para resolver los anteriores interrogantes, deberá la Corte analizar la procedencia y características de la consulta previa a los pueblos indígenas frente a proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos, y los remedios judiciales en caso de violación de este derecho fundamental. Ahora bien, al tratarse de una Sentencia de Unificación en relación con el derecho fundamental a la consulta previa, la Corte considera necesario realizar una presentación sistemática y, en caso necesario, una clarificación y complementación de sus criterios jurisprudenciales relativos a la consulta previa a los pueblos indígenas y a las comunidades afro descendientes.

Antes de analizar el caso concreto, procede entonces la Corte a precisar y sistematizar sus criterios jurisprudenciales sobre los siguientes temas: (i) la naturaleza y fundamento normativo del derecho fundamental a la consulta previa; (ii) los principios que orientan la forma de realización de las consultas; (iii) la procedencia de la consulta previa y el concepto de afectación directa, y en especial las (iv) afectaciones referidas a la intervención en los

territorios indígenas o por (v) impactos directos en la salud, el ambiente y la estructura social, espiritual y económica de los grupos étnicos; esto llevará a la Corte a (vi) mostrar la relación entre consulta previa y justicia ambiental.

Los análisis precedentes permitirán a la Corte (vii) recordar sus criterios sobre la relación entre la intensidad de la afectación, el principio de proporcionalidad y la relación entre la consulta previa y los casos de necesidad de consentimiento libre e informado del grupo étnico. La Corte también desarrollará (viii) sus criterios sobre la debida diligencia y las responsabilidades diferenciadas del Estado y de los particulares en materia de consulta previa, lo cual le permitirá también (ix) precisar su jurisprudencia en relación con el valor de la certificación expedida por el Ministerio del Interior sobre presencia de pueblos indígenas. La Corte (x) analizará la operatividad de la consulta previa en el tiempo para, finalmente, (xi) sistematizar los criterios para determinar cuál es el remedio judicial apropiado en caso de violación de ese derecho fundamental. Con base en el anterior marco normativo y jurisprudencial, la Corte precederá entonces a resolver el caso concreto.

5. Naturaleza y fundamento normativo del Derecho Fundamental a la Consulta Previa

5.1. El derecho fundamental a la consulta previa se funda en la defensa de los pueblos indígenas y tribales y en la eliminación de las exclusiones históricas que han padecido. Establece un modelo de gobernanza, en el que la participación es un presupuesto indispensable para garantizar los demás derechos e intereses de las comunidades, como ocurre con la integridad cultural, la libre determinación, el territorio y el uso de los recursos naturales etc., por lo cual tiene un carácter irrenunciable e implica obligaciones tanto al Estado como a los particulares. Este derecho implica que las comunidades indígenas y tribales deban ser consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre la forma y las razones en las que se cimienta o en las que se fundó una determinada medida, pues esta incide o incidirá claramente en sus vidas.

5.2. La consulta previa se desprende de que Colombia se constituye como una república democrática, participativa y pluralista (C.P. art. 1), que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional (C.P. arts. 7 y 70) y que las comunidades étnicas gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales. Además la Constitución

reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas en sus territorios (CP art. 330), por lo cual Colombia es un Estado multicultural y multiétnico, y la consulta previa es un instrumento y un derecho fundamental para amparar esos principios constitucionales. Por eso esta Corte ha establecido que “la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad (...) que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.”[50] (Subraya fuera del texto).

5.3. En particular, la exploración y explotación de los recursos naturales en el subsuelo, en sintonía con las normas que protegen la diversidad cultural y el medio ambiente en la Constitución, deben ser compatibles con el nivel de protección que el Estado y la comunidad internacional exigen para preservar la integridad de las comunidades nativas y su existencia digna así como la diversidad étnica y cultural de Colombia, que deben ser armonizados con el desarrollo económico del país, la protección de las riquezas naturales y la multiculturalidad del Estado-Nación. Por consiguiente, no es posible desconocer esos valores constitucionales con una simple alusión al contenido abstracto de interés general.

5.4. Además, el derecho a la consulta previa se incorpora vía bloque de constitucionalidad[51], a través de varios instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los cuales se destacan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo[52] –en adelante Convenio 169 OIT–, el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos –en adelante PIDCP–, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –en adelante PIDESC–, y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos –en adelante CADH–. Dichos instrumentos son vinculantes para la definición de las controversias y además marco de acción para garantizar la consulta de los Estados con los pueblos indígenas, como un principio de derecho internacional público. Adicionalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Resolución 61/295 y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial junto con la Recomendación General Nº 23 de 1997 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, permiten darle alcance al contenido del derecho fundamental a la consulta previa.

5.5. El Convenio 169 OIT prescribe que los principios de participación y consulta son fundamentales. En su artículo 6º, se establece el deber general del Estado de consultar a los pueblos indígenas y tribales que sean susceptibles de verse afectados directamente por la expedición de medidas administrativas o legislativas. Dispone que la consulta previa debe adelantarse con herramientas y procedimientos pertinentes y adecuados para llegar a un acuerdo con las autoridades representativas de la comunidad y el artículo 7.3 prevé que los Estados posibiliten la realización de estudios en cooperación con los pueblos interesados para evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente, que puedan recaer ante las actividades que se desarrollen.

5.6. Por su parte, el PIDCP y el PIDESC tienen un artículo común que se refiere al derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, que implica que estos determinan su desarrollo económico, social y cultural, y pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. Este derecho ha sido interpretado en forma pacífica por la jurisprudencia internacional, en especial gracias a la labor del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que son los intérpretes autorizados de estos tratados, como normas aplicables a los pueblos indígenas, sin que esto implique la posibilidad de independencia política de estos pueblos frente a los Estados de los cuales hacen parte (autodeterminación externa) pero si un derecho a tomar decisiones relativas a su desarrollo económico, social y cultural y a disponer de sus riquezas y recursos naturales en sus territorios, conforme a sus usos y costumbres, dentro de los límites constitucionales y el respeto a la integridad territorial de los Estados (autodeterminación interna). Esto apareja, entre otros, el deber de los Estados de demarcar y proteger adecuadamente los territorios de estos pueblos y consultarlos en relación con las medidas que los impactan directamente.

5.7. En la CADH no hay un artículo expreso de la consulta previa. Sin embargo, con sustento en los mandatos de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante Corte IDH-, en el caso Sarayaku vs Ecuador, advirtió que la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas o tribales es un principio de derecho internacional público. La Corte IDH ha indicado que estas consultas con las comunidades indígenas y tribales tiene una relación directa con el artículo 1.1, que establece la obligación general de garantizar el libre pleno ejercicio de los derechos conocidos en la Convención[53]. También ha advertido que la consulta y

participación de las comunidades garantizan los demás derechos, por ejemplo, territorio, ambiente e integridad cultural, y esto le ha permitido ligar la consulta con el artículo 23 de la CADH[54].

6. Principios que rigen la realización de las consulta

6.2. Entre otras, en las sentencias T-129 de 2011, C-389 de 2016, SU-133 de 2017, SU- 217 de 2017, T-298 de 2017 y T-103 de 2018, esta Corte ha explicado que el objetivo de la consulta es intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten directamente (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.)[55]. Así mismo se ha decantado que el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta y que por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva[56] de los pueblos interesados. Sobre este tópico la jurisprudencia ha explicado que el significado de la participación activa es que no pueda admitirse como tal a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas. Que esa participación sea efectiva significa que el punto de vista de los pueblos debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas.

6.3. La Corte igualmente ha señalado que la consulta constituye un proceso de diálogo intercultural entre iguales, en el entendido de que esto significa que ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión[57] sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tiene igual dignidad y valor constitucional (CP art 70). Esto no significa que, desde el punto de vista fáctico, los pueblos indígenas o las comunidades afro descendientes tengan un igual poder a los particulares o al Estado en este proceso de consulta pues usualmente se encuentran en una situación de desventaja frente a ellos por la discriminación a que han sido sometidos. Por eso el Estado tiene el deber de tomar las medidas compensatorias necesarias para reforzar la posición de estos pueblos en estos procesos de consulta para que efectivamente opere ese diálogo intercultural entre iguales.

6.4. La jurisprudencia también ha indicado que la consulta debe ser flexible[58] de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, sin que esto se pueda desconocer con la simple alusión del interés general, pues debe atenderse a la diversidad de los pueblos indígenas y de las comunidades afro descendientes. Además, la consulta debe ser informada[59], por lo cual no puede tratarse de un asunto de mero trámite formal sino de un esfuerzo genuino del Estado y los particulares implicados por conocer las perspectivas de los pueblos afectados y por efectivamente lograr un acuerdo. Es entonces imperativo respetar la diversidad étnica y cultural[60] lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes.

7. Procedencia de la consulta previa y el concepto de “afectación directa”

7.1. Para determinar qué debe consultarse a las comunidades étnicas la jurisprudencia constitucional ha indicado[61], de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y con los desarrollos del derecho internacional, que deben consultarse las medidas legislativas o administrativas que tengan la susceptibilidad de impactar directamente a los pueblos étnicos. El presupuesto clave para la activación del deber de consulta previa es entonces que una determinada medida sea susceptible de afectar directamente a un pueblo étnico. Por economía de lenguaje suele hablarse del concepto de “afectación directa”[62], que si bien es un concepto indeterminado, no significa que carezca de contenido, pues ha sido delimitado por el Convenio 169 de la OIT, por la legislación interna, y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte IDH.

7.2. La jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como el impacto positivo[63] o negativo[64] que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica[65]. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente.

7.3. La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales[66]; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del

territorio de la minoría étnica[67]; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento[68] y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio[69]. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

7.4. En particular, en relación con las leyes o las medidas de orden general, la Corte ha señalado que la consulta previa procede si la medida general afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicos. Así, la sentencia C-075 de 2009 destacó que en principio “las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa”, por lo cual en general no procede la consulta previa frente a ellas pero que esta es necesaria “cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”. Esto significa que “no toda medida legislativa que de alguna manera concierna 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”.

7.5. En el caso específico de proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables, que es el asunto a resolver en el presente caso, esta Corte ha entendido que la afectación directa incluye, el impacto en (i) el territorio de la comunidad tradicional[70]; o (ii) en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo[71]. Cuando se trata de esta última hipótesis, la afectación debe resolverse a partir del concepto de justicia ambiental, criterio que se explicará ulteriormente.

7.6. La Corte también ha destacado[72] que el concepto de afectación directa difiere del de área de influencia de un proyecto. Este último concepto se refiere a un requisito meramente

técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos, en tanto la afectación directa, como se indicó, es un concepto esencial para determinar cuándo se activa la consulta previa y se identifican los impactos que se ocasionan a las comunidades étnicas, tanto en su territorio, como en su ambiente, salud y estructuras sociales y culturales[73], como se explica en el cuadro a continuación:

Afectación directa

Área de influencia

Concepto

Identificación de medidas que impactan o amenazan los derechos e intereses de las comunidades indígenas desde el punto de vista territorial, cultural, social, espiritual o económico.

Instrumento solicitado en las licencias ambientales para identificar los impactos de los proyectos de exploración y explotación en el ambiente y la sociedad. (Decreto 1076 de 2015, ARTÍCULO 2.2.2.3.1.1).

Propósito

Identificar medidas que perturben a los indígenas en sus derechos, intereses y en sus ámbitos territorial, cultural, político, espiritual, ambiental y de salud, para celebrar Consulta Previa. Se identifica a través de un diálogo intercultural.

Fijar unos criterios técnicos para delimitar el área de los proyectos en relación con la valoración de los impactos sociales, ambientales y económicos de los mismos.

Fuente normativa

Convenio 169 OIT, PIDESC, PDCP, UNIDRIP, Constitución Política.

Consagración legal y reglamentaria.

7.7. Por razón de los hechos del presente caso, procede la Corte a sistematizar con mayor detalle los dos criterios de afectación directa en proyectos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables: (i) impactos sobre los territorios de los pueblos indígenas y sobre (ii) la salud, el ambiente y las estructuras social y cultural de estos pueblos.

8. La afectación directa por intervención del territorio

8.1. El territorio se encuentra vinculado al concepto de afectación directa y en consecuencia a la aplicación de la consulta previa. No existe duda ni disputa sobre la regla precisada. La dificultad de aplicación es porque la noción de territorio étnico va más allá de un espacio físico formalmente demarcado, como un resguardo, y se vincula a elementos culturales, ancestrales así como espirituales (artículo 14 Convenio 169 OIT).

8.2. Desde la Asamblea Nacional Constituyente se reconoció que el territorio y las comunidades indígenas poseen una relación simbiótica[74], esencial y constitutiva, que no puede ser equiparada a la que se deriva de la titularidad del derecho de propiedad clásico. Esa dimensión cultural del territorio se replica en el sistema regional de protección de derechos humanos.

8.3. En múltiples decisiones, la Corte IDH advirtió que en relación con los pueblos indígenas debe superarse el concepto físico de propiedad del derecho civil clásico. Por ejemplo, en los casos de las comunidades Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua[75], Yakye Axa vs. Paraguay[76], Sawhoyamaxa vs. Paraguay[77], Xákmok Kásek vs. Paraguay[78], Moiwana vs. Surinam[79], Saramaka vs Surinam[80], Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador[81], Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras[82] así como Kaliña y Lokono vs Surinam[83], se subrayó el vínculo que tiene la tierra con la cultura, la espiritualidad, la integridad de la colectividad, la supervivencia económica y la preservación de su ethos para las generaciones futuras. Así “el territorio tradicional de la [sociedad indígena o tribal

abarca] aldeas, zonas de caza, pesca, lugares de entierro, fuentes de plantas medicinales y puntos relevantes en su historia[84]. También se indicó que dentro de los derechos de propiedad se comprende el uso y goce de los recursos naturales en sus territorios[85].

8.4. De manera que, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, que la Corte Constitucional comparte integralmente, la titularidad de ese derecho surge de la ocupación de un espacio determinado por parte de la minoría étnica y no de la formalización del derecho de propiedad que reconoce la administración, verbigracia un registro[86]. La posesión tradicional reemplaza el título que otorga el Estado[87]. La visión cultural de posesión y ocupación de tierras no corresponde con el concepto occidental de propiedad, pues tiene una significación colectiva y cultural, que merece ser salvaguardada, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana[88].

El Tribunal internacional ha indicado entonces que la relación de los pueblos indígenas con el territorio debe analizarse en cada caso particular y dependiendo de los siguientes criterios[89]: i) las características de la comunidad así como de las circunstancias en que ésta se encuentra; y ii) la posibilidad de que el grupo mantenga el vínculo con la tierra. El nexo puede expresarse con la presencia tradicional del pueblo, los lazos espirituales o ceremoniales, los asentamientos, los cultivos ocasionales, el uso de recursos naturales ligados a su costumbre y las formas tradicionales de subsistencia, por ejemplo la caza, la pesca, la relación estacional o nómada con las tierras[90]. Ello se acompaña con la verificación de que la comunidad tuvo la opción de realizar sus prácticas sociales y culturales, de manera que no existían barreras de acceso[91].

8.5. La Corte IDH ha destacado que los derechos de propiedad comprenden el uso y goce de los recursos naturales que se encuentran en las tierras que tradicionalmente han poseído o en los terrenos adyacentes a los mismos. Esa salvaguarda permite que un colectivo pueda “continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas”[92]. Obviamente, como la autodeterminación de los pueblos indígenas y comunidades afro descendientes reconocida constitucionalmente y por el derecho internacional es un derecho a la autodeterminación interna, que es distinto al derecho a la autodeterminación externa que opera en otras hipótesis, estos derechos de estos pueblo sobre sus recursos naturales deben ejercerse dentro del marco de la

Constitución y el respeto a la integridad territorial del Estado (CP art 1).

8.6. Directamente ligado a las particularidades del presente caso, es claro que el territorio al que se desplazan las comunidades étnicas, por razones como el conflicto armado o por las grandes obras de infraestructura, también es protegido, cuando estos pueblos se han reconstituido claramente en esos nuevos espacios y desarrollan allí sus prácticas de supervivencia.[93] Esto es evidente por cuanto estos nuevos territorios al que han sido llevados los pueblos étnicos representan el soporte material de su diversidad cultural que el Estado tiene el deber de proteger.

8.7. Con tales derroteros la jurisprudencia constitucional ha reconocido dos conceptos de territorio, a saber: i) el geográfico, que comprende el espacio reconocido legalmente bajo la figura del resguardo[94] u otras figuras semejantes, como la de territorios colectivos de las comunidades afro descendientes; y ii) el territorio amplio, que incluye las zonas que habitualmente ha ocupado la comunidad indígena, al igual que los lugares en donde tradicionalmente los mencionados sectores de la sociedad han desarrollado sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales[95].

8.8. La Corte entiende que la noción de territorio amplio implica posibilidades de situaciones complejas e incluso territorios complejos. Por eso, para determinar el alcance de este territorio amplio y si procede la consulta previa por efecto de la posibilidad de afectación directa por una determinada medida, las autoridades deben tomar en consideración en el caso concreto los elementos económicos, culturales, ancestrales, espirituales que vinculan a un pueblo étnico a un determinado espacio como soporte material de su existencia y diversidad cultural.

Igualmente, conforme al principio de proporcionalidad, en este territorio amplio es posible que las autoridades competentes, para determinar si existe o no afectación directa por impacto en el territorio, tomen en consideración la intensidad y permanencia efectiva con la cual un pueblo étnico ha ocupado o no un determinado espacio específico, el grado de exclusividad con el cual ha ocupado esas porciones territoriales, al igual que sus particularidades culturales y económicas como pueblo nómada o sedentario, o en vía de extinción.

Esto es así por cuanto los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio amplio no

tienen el mismo alcance que aquellos que poseen y ejercen en el territorio geográfico. Por consiguiente, no toda medida que pueda tener algún impacto en el territorio amplio de un pueblo étnico implica automáticamente que exista una afectación directa que haga exigible la consulta previa. Será necesario que las autoridades en el caso concreto, y tomando en cuenta factores como los mencionados anteriormente (grado de permanencia y ocupación exclusiva en un territorio del pueblo respectivo, sus características propias) evalúen si la medida implica realmente una afectación directa, entendida, como ya se explicó (cfr. supra Fundamento 7.2.), como el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. El análisis de estos elementos, de intensidad, permanencia o exclusividad, debe guiarse por un enfoque étnicamente diferenciado en la valoración de la afectación directa. Igualmente, para realizar dicho análisis y evaluación, la Corte considera que resulta particularmente relevante lo dispuesto en el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT, según el cual los “gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

8.9. Con base en esa delimitación conceptual, la jurisprudencia ha explicado que el territorio es un criterio para determinar la afectación de una comunidad e identificar la procedibilidad de la consulta previa[96]. En la jurisprudencia se ha decantado que:

(i) El territorio de las comunidades se define con parámetros geográficos y culturales. La demarcación es importante para que el derecho de propiedad de las comunidades pueda tener una protección jurídica y administrativa. Sin embargo, ello no puede soslayar que esa franja se expande con los lugares religiosos o culturales. En efecto, estas áreas tienen protección así estén o no dentro de los terrenos titulados. (Sentencias T-525 de 1998, Sentencia T-693 de 2011, T-698 de 2011, T-235 de 2011 y T-282 de 2012).

(ii) Los argumentos sobre la ausencia de reconocimiento oficial de una comunidad son insuficientes para que el Estado o un privado se nieguen a consultar una medida con una comunidad étnica. (Sentencias T-372 de 2012, T-693 de 2012, T-993 de 2012, T-657 de

2013 y T-172 de 2013).

(iii) La propiedad colectiva se funda en la posesión ancestral, de manera que el reconocimiento estatal no es constitutivo. Por lo tanto: la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho; y la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye, en sí misma, una violación al derecho. (Sentencias T-693 de 2011 y T-698 de 2011).

(iv) La interferencia que padecen los grupos étnicos diferenciados en sus territorios comprende las zonas que se encuentran tituladas, habitadas y exploradas y todas aquellas franjas que han sido ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales. En esta concepción amplia de territorio adquieren importancia los lugares sagrados que no se encuentran al interior de los resguardos, pues en ellos la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura y mantener su identidad.

8.10. De manera que, conforme lo explicado, no es posible restringir el concepto de territorio a reglas abstractas y formalistas, sin atender las particularidades de cada comunidad étnica[97] pues el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas implica respetar su concepción sobre el territorio o establecer las razones de su reasentamiento, y por ello además deberá indagarse en la ley consuetudinaria de la colectividad o derecho mayor y con la comunidad en los términos del artículo 7.3 del Convenio 169 OIT[98] sin que, en ningún caso pueda establecerse un criterio uniforme rígido de delimitación territorial[99].

9. Afectación directa basada en perturbación al ambiente, a la salud o a la estructura social, espiritual, cultural o económica de la colectividad

9.1. Como se explicó la afectación directa es determinante para establecer si procede o no la consulta previa. Además de la perturbación al territorio, se ha establecido que también se concreta si existe evidencia razonable de que, con la medida, se perjudique i) la salud, así como el ambiente, representado en la inequidad frente a la distribución de cargas y beneficios ambientales; y ii) las estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales en un colectivo[100], que no pueden ser percibidos por estudios técnicos ambientales.

9.2. Sobre el primer tópico la Corte IDH[101] y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General N° 24)[102] han afirmado que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan de manera directa el goce de los derechos humanos. En el caso concreto de las comunidades étnicas, han manifestado que la relación entre el ambiente y la protección de algunas garantías, como los derechos de propiedad y de consulta previa permiten salvaguardar a las comunidades y garantizar la continuidad del estilo de vida de esos pueblos. Adicionalmente, los grupos indígenas se ven afectados de manera desproporcionada porque se enfrentan a obstáculos especiales para acceder a los mecanismos de rendición de cuentas y reparación.[103]

9.3. Entre otras, en las Sentencias T-129 de 2011, T-693 de 2011, T-359 de 2015, T-704 de 2016, T-730 de 2016, T-272 de 2017 y T-733 de 2017[104], esta Corte ha considerado que ocurre afectación directa de una comunidad indígena en el evento en que la explotación del proyecto apareja un impacto negativo ambiental, el cual causa un reparto inequitativo de los bienes y cargas de los nichos ecológicos. Esto por cuanto se produce un desconocimiento de los artículos 79 y 13 Superiores, al lesionar los derechos a la salud, al goce del ambiente sano y a la igualdad, puesto que impide el “acceso equitativo a los bienes ambientales y un reparto igualmente equitativo de las cargas contaminantes, al igual que un mandato de especial protección para los grupos sociales discriminados o marginados”[105]. Esa ruptura es la que obliga a que se produzca una retribución y compensación como resultado de los daños originados en las actividades lícitas que se desarrollan en ejercicio del interés general.

9.4. Ahora bien, en cuanto al segundo tópico, relacionado con la afectación directa por perturbaciones en la estructura social, espiritual, cultural o económica de los pueblos indígenas o tribales, en las Sentencias T-1045A de 2010 y SU-133 de 2017 la Corte concluyó que era obligatorio proceder a la consulta previa, comoquiera que la suscripción de una concesión minera o la autorización de una cesión de derechos de explotación constituía una afectación directa, al poner en riesgo la supervivencia cultural y económica de las colectividades, dado que éstas derivaban su sustento de la minería, actividad que quedaba en incertidumbre por los actos mencionados.

10. Consulta previa y justicia ambiental

10.1. En caso de afectaciones ambientales, el derecho a la consulta previa tiene conexiones íntimas con la justicia ambiental, como lo ha mostrado esta Corte, pues ante la perturbación ambiental de los pueblos indígenas y tribales ha activado la consulta previa para recomponer, a través de la participación, el reparto desigual de las cargas y los beneficios ambientales.

10.2. La justicia ambiental ha sido entonces utilizada por esta Corte para resolver asuntos de distribución inequitativa de cargas ambientales entre los diferentes grupos sociales y defender la participación de colectividades afectadas. Esta construcción teórica ha servido para identificar afectaciones directas a una comunidad como resultado de un proyecto productivo que trae consecuencia o efectos a los ecosistemas.

10.3. Según la Sentencia T-294 de 2014, la justicia ambiental puede ser entendida como el “tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales”. La justicia ambiental es entonces un marco analítico que ha permitido terciar ante un conflicto ecológico distributivo, dado que intenta eliminar la discriminación que padecen algunas comunidades en relación con el acceso de servicios ambientales y de la exposición superlativa a los desechos de ciertas industrias. La Corte ha considerado que la justicia ambiental, dentro del marco de la Constitución[106], está compuesta por cuatro elementos interrelacionados: i) la justicia distributiva; ii) la justicia participativa; iii) el principio de sostenibilidad; y iv) el principio de precaución.

10.4. El componente de justicia distributiva[107] respalda el reparto equitativo de las cargas y beneficios ambientales para los habitantes de un Estado, sin que sea aceptable diferenciar algún sector de la población en razón de su origen étnico, de su género o de su condición socioeconómica. Una justicia participativa[108] significa que en las decisiones ambientales se exige la intervención activa y significativa de las personas que resultan afectadas por la ejecución de determinada actividad. El principio de sostenibilidad, reclama que los sistemas económicos y sociales deben ser reproducibles sin el deterioro de los ecosistemas en que se apoyan, esto es, la viabilidad ecológica. Conforme a este principio, las actividades humanas tienen la obligación de respetar los límites de absorción y de regeneración del ambiente, de modo que no se comprometa su disfrute para las

generaciones futuras y para otras especies vivas no humanas[109]. En este escenario, se construyó un “imperativo ambiental”. El principio de precaución prescribe que los agentes ambientales deben abstenerse de ejecutar una actividad que causa una perturbación ambiental inaceptable, siempre y cuando exista una duda razonable de que el acto pueda causar un daño a la naturaleza. Este principio se convierte entonces en una guía de acción humana para comportarse ante la incertidumbre de perjuicio en un ecosistema y prevenir ese riesgo. Además, reconoce la falibilidad de la ciencia, lo cual impone al ser humano la obligación de ser prudente ante la incertidumbre de una eventual lesión. El principio de precaución materializa los deberes de protección y salvaguarda del medio ambiente.

10.5. En las sentencias T-294 de 2014, SU-133 de 2017, SU-217 de 2017 y T-272 de 2017, la Corte consideró que el derecho a la consulta previa puede ser entendido, entre otras cosas, como una garantía procedimental para lograr justicia ambiental para las minorías étnicas. La razón: la justicia ambiental permite referirse a la administración y al manejo de las acciones humanas que impactan en el ambiente, la distribución de los costos negativos que causan los actos productivos de las personas, y el acceso a los recursos naturales, como sucede en los casos de exploración y extracción de recursos bióticos no renovables, ya sea minería o hidrocarburos-.

11. La intensidad de la afectación, el principio de proporcionalidad y los niveles de consulta con los grupos étnicos

11.1. La consulta previa es constitucionalmente exigida cuando una medida puede afectar directamente a un grupo étnico. Pero ¿qué sucede si existe afectación al grupo étnico pero es de menor intensidad, al punto de que no pueda ser calificada de afectación directa? O, por el contrario, ¿qué sucede en otros eventos en donde estamos en presencia de una afectación tan intensa que puede llegar, por ejemplo, a comprometer la existencia del pueblo indígena? Esta pregunta es relevante frente al caso concreto pues la Corte deberá interrogarse acerca del eventual nivel de afectación del pueblo indígena que presentó la tutela. Ahora bien, en todos los casos, existe un cierto derecho de participación de los pueblos indígenas cualquiera que sea la afectación, como manifestación del derecho a la participación pero, conforme al principio de proporcionalidad, el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional han entendido que los tipos de participación son diversos.

11.2. Las opciones son la participación de la colectividad en igualdad de condiciones al resto de ciudadanos, el derecho a la consulta previa o la necesidad de la obtención del consentimiento previo libre e informado (CPLI). Esa diversificación por escalas es el resultado de una comprensión de los derechos de las comunidades indígenas en clave del principio de proporcionalidad. Se trata entonces de establecer límites en la aplicación de los derechos fundamentales, entre ellos los de los grupos étnicos diversos en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos naturales y participación, a partir del balance adecuado entre los principios.

11.3. Cuando la medida no afecte directamente al pueblo étnico[110], la participación corresponderá al estándar de intervención básico que se relaciona con la inclusión de las comunidades en los órganos decisorios nacionales o la mediación de sus organizaciones en cualquier escenario que les interese[111].

Cuando la medida sea susceptible de afectación directa al pueblo étnico, se aplican todas las reglas de deliberación con las comunidades tradicionales, conforme al derecho a la consulta previa y con el propósito genuino de llegar a un acuerdo. En caso de que la consulta sea adecuadamente realizada pero no conduzca a un acuerdo, la administración deberá implementar la medida con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad[112].

La afectación directa intensa aplica cuando una medida amenace la subsistencia de la comunidad tradicional, por lo cual, en principio, la ejecución de la medida requiere el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades tradicionales y en caso de no llegar a un acuerdo, prevalecerá la protección de las comunidades tradicionales. Se da en estos tres casos excepcionales, conforme a los desarrollos jurisprudenciales y del derecho internacional[113]: (i) Traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento[114]; (ii) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios[115]; (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia[116].

11.4. No obstante, en algunos casos la Corte se ha abstenido de calificar el grado de afectación, pese a que ha identificado la existencia de una perturbación de la entidad suficiente para ordenar la consulta previa. Esa determinación se ha sustentado en que la

comunidad debe ser quién determine ese aspecto en el marco de la consulta previa[117]. En otras situaciones, el Tribunal ha verificado la afectación directa, pero ha modulado el grado de afectación ante la existencia de intereses constitucionales en tensión, verbigracia la seguridad nacional[118].

11.5. El siguiente cuadro señala las distinciones fundamentales entre el derecho a la consulta previa y el derecho al consentimiento libre e informado.

CONSULTA PREVIA

CONSENTIMIENTO PREVIO LIBRE E INFORMADO

CONCEPTO

Es el derecho que tiene los pueblos indígenas de ser consultados ante medidas (legislativa o administrativa) que los afecten de manera directa. Se trata de un instrumento de diálogo entre las comunidades indígenas, gobiernos, sociedad civil y agentes productivos en aspectos y decisiones que causen afectación en este sector de la población.

Es derecho que tiene los pueblos indígenas a que la implementación de una medida (legislativa o administrativa) que los afecta de manera intensa y requiera su consentimiento previo, libre e informado.

FINALIDAD

Un esfuerzo genuino por lograr un acuerdo con las comunidades indígenas frente a las medidas que les causan una afectación directa y obtener su consentimiento.

Garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física-cultural) de las comunidades étnicas diversas

SUJETOS QUE INTERVIENEN

Las autoridades ancestrales de la comunidad, y los representantes del Estado y del agente productivo

Las autoridades ancestrales de la comunidad, y los representantes del Estado y de la agente productivo

CRITERIOS MÍNIMOS

Buena fe, participación activa y eficaz de la comunidad, diálogo entre iguales y, procedimiento flexible y adecuado.

Buena fe, participación activa y eficaz de la comunidad, diálogo entre iguales y, procedimiento flexible y adecuado.

HIPÓTESIS DE ACTIVACIÓN

Medidas legislativas y administrativas que afecten de manera directa a una comunidad indígena

Aplica ante las medidas que se enuncian a continuación: i) el traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; ii) medidas que implican un alto impacto social, cultural y ambiental alto que pone en riesgo su subsistencia; o iii) las relacionadas con el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos -tóxicos- en sus tierras y territorios.

VINCULACIÓN DE LA DECISIÓN

En caso de que haya acuerdo, el Estado y el agente económico tiene la obligación de materializar y cumplir lo pactado.

Si no hay acuerdo, el Estado puede tomar e implementar la medida, siempre y cuando su decisión: i) esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo, ii) esté basada en criterios de 'razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación; iii) tome en consideración hasta donde sea posible las posiciones expresadas por las partes, y en

especial el pueblo étnico, durante la consulta; iv) respete los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 OIT; y v) prevea mecanismos para atenuar los efectos negativos de la medida.

El Estado en principio sólo tiene la facultad de implementar la medida si obtiene el consentimiento, previo, libre e informado de la comunidad indígena.

La anuencia del pueblo étnico diverso es en principio vinculante, puesto que, sin éste, la implementación de la medida entraña una violación de los derechos de estos colectivos. En casos excepcionales, la medida podrá ser implementada sin el consentimiento de los pueblos, pero el Estado deberá en todo caso garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física-cultural) de las comunidades étnicas diversas y deberá realizar las correspondientes reparaciones a los pueblos por esta determinación

12. El deber estatal de respetar y garantizar el derecho fundamental a la Consulta Previa y el problema de los certificados de presencia de las comunidades étnicas

12.1. Una vez recordados los criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza de la consulta previa y los principios que rigen su procedencia y su forma de realizarse, la obvia pregunta que surge es a quién corresponde respetarla y garantizar su observancia.

12.2. Conforme a la Constitución y al derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad esencial corresponde al Estado, quien debe no sólo respetar el derecho a la consulta previa, esto es, evitar que sus agentes desconozcan ese derecho, sino también proteger y garantizar ese derecho de los pueblos indígenas incluso frente a actuaciones de los particulares, y en especial de las empresas. Esto significa que es deber del Estado tomar todas las medidas necesarias para amparar ese derecho de los grupos étnicos, lo cual incluye, entre otras, una adecuada demarcación de sus territorios y la existencia de una institucionalidad capaz de asegurar que las consultas sean realizadas en debida forma en aquellos casos exigidos por la Constitución.

12.3. La mejor forma de compatibilizar el derecho irrenunciable a la consulta previa de los

grupos étnicos con la importancia de lograr seguridad jurídica y proteger la confianza legítima de los inversionistas que quieren desarrollar proyectos de inversión es que exista una demarcación adecuada de los territorios étnicos y que el Estado esté dotado de una institucionalidad robusta en este campo que permita que una autoridad competente certifique rigurosamente que la consulta fue debidamente realizada o no es requerida frente a un determinado proyecto.

12.4. En este contexto, la Corte no puede dejar de recordar los problemas prácticos derivados de las certificaciones expedidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que han sido constatados en numerosas sentencias de esta Corporación, como la T-693 de 2011 o la T-298 de 2017, entre muchas otras.

12.5. La primera dificultad radica en la debilidad administrativa y financiera y la precaria independencia técnica de esa dirección, que le impide muchas veces realizar adecuadamente sus funciones, por lo cual en casos decididos por esta Corte esa dirección ha certificado equivocadamente que no existían grupos étnicos en territorios en donde efectivamente había presencia de esos grupos, con lo cual no fue realizada una consulta previa que era requerida constitucionalmente. Estas situaciones afectan los derechos de los grupos étnicos y generan inseguridad jurídica para los inversionistas. La Corte concluye que es necesario fortalecer la capacidad institucional del Estado en esta materia, por lo cual exhortará en la parte resolutive de esta sentencia al gobierno y al congreso a que tomen las medidas institucionales para que exista una institucionalidad sólida e independiente en relación con la expedición de este tipo de certificaciones, que compatibilice así el derecho a la consulta de los grupos étnicos con la seguridad jurídica a los inversionistas

12.6. La segunda dificultad consiste en que dicha certificación tiene como objetivo establecer si en el área de interés del proyecto, obra o actividad que pretende desarrollar una empresa, se registra o no la presencia de una comunidad étnica sobre la cual se debería garantizarse el derecho fundamental a la consulta previa. De acuerdo con el artículo 3º[119] del Decreto 1320 de 1998[120], le corresponde al Ministerio del Interior –Dirección de Consulta Previa– adelantar el procedimiento de verificación de la presencia de las comunidades indígenas y afro-descendientes en “el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad”. Como se explicó en el apartado correspondiente de esta sentencia de unificación, para determinar la procedencia de la consulta previa no es

suficiente la constatación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad. El criterio adecuado e indispensable para establecer la aplicación de la consulta previa es el de afectación directa.

Lo anterior, porque los estudios técnicos en los que se basa el concepto de “área de influencia” no dan cuenta de los impactos ambientales, a la salud, culturales, sociales o espirituales que pueden ocasionarse sobre los pueblos indígenas o tribales. “Por ello, el área de influencia directa de una medida (especialmente, de medidas ambientales) es un criterio de gran importancia para evaluar si existe una afectación directa, pero no es una condición definitiva, ni el único elemento de juicio para los operadores jurídicos”[121]. En otras palabras, el área de influencia no establece toda la afectación directa ni la comprende, pues no tiene ese propósito. Por el contrario, el concepto de afectación es el criterio determinante para establecer si procede la consulta previa, por lo que es esencial para este derecho fundamental.

12.7. Los problemas de dicha distinción han sido reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde las Sentencias T-880 de 2006[122], T-547 de 2010[123], T-693 de 2011[124], T-284 de 2014[125], T-849 de 2014[126], T-549 de 2015[127], T-436 de 2016[128] y T-298 de 2017[129]. En esos casos las Salas de Revisión concluyeron que el certificado expedido por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, carecía de eficacia jurídica, comoquiera que no tenía en cuenta todos los parámetros que establece el Convenio 169 de la OIT para identificar la afectación directa que sufren las comunidades con un proyecto. En esos casos, las decisiones administrativas asimilaron el concepto de área de influencia del proyecto con el de afectación directa.

12.8. La Corte considera que, con el fin de eliminar la inseguridad jurídica en esta materia, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior debe interpretar su competencia conforme a los principios constitucionales relativos al derecho a la consulta previa de los pueblos étnicos, por lo cual no debe limitarse a señalar la presencia o ausencia de dichos pueblos dentro del territorio correspondiente al área de afectación del proyecto, sino que debe incorporar dentro de los certificados que expida un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar el proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas con independencia de la limitación del área de influencia. Dicho estudio debe seguir las reglas fijadas en relación con el concepto de afectación directa

señaladas en la presente sentencia.

12.9. La Corte también considera que el Ministerio Público, conforme a sus atribuciones legales y constitucionales, tiene responsabilidades en el procedimiento de expedición de certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas. La Corte entiende entonces que la Defensoría del Pueblo[130] y la Procuraduría General de la Nación[131], en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en el trámite de certificación de presencia, estarán habilitados para advertir y adelantar, con base en las medidas de control que les corresponde, las eventuales omisiones en el deber de identificación de la posible afectación directa de una determinada comunidad étnica.

12.10. Adicionalmente, para determinar la presencia y afectación de las comunidades étnicas, las autoridades competentes deberán, cuando sea relevante, recurrir a las entidades territoriales, a las corporaciones regionales y a las instituciones académicas, culturales o investigativas especializadas (p.e. el Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICAHN- o el Instituto Geográfico Agustín Codazzi -IGAC-) con el fin de obtener la información que permita establecer con la mayor seguridad jurídica si un pueblo indígena o afrocolombiano se encuentra o podría resultar afectado por un proyecto o actividad dentro de un determinado territorio. Esta consulta a las entidades territoriales y a las instituciones especializadas se justifica por cuanto ellas poseen en muchas ocasiones la información más actualizada y precisa sobre la presencia y características de los grupos étnicos en los territorios.

13. La debida diligencia de los particulares y en especial de las empresas frente al derecho a la consulta previa

13.1. Aunque la responsabilidad esencial frente a la consulta previa es del Estado, eso no implica que los particulares, y en particular las empresas, no tengan deberes frente a este derecho fundamental. Esta conclusión deriva no sólo del efecto frente a terceros que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano sino también en el reconocimiento por el derecho internacional de los derechos humanos de que las empresas tienen ciertas obligaciones frente a los derechos humanos, que no son equivalentes a las de los Estados pero que distan de ser menores e irrelevantes.

13.2. La Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos

(conocidos como los “Principios Ruggie”), que fueron avalados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas[132], confirman la máxima bien establecida del derecho internacional de que (i) los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos, por ejemplo, contra violaciones cometidas por las empresas comerciales y otras terceras partes, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; pero que las (ii) las empresas deben respetar los derechos humanos, actuando con la debida diligencia para no vulnerar los derechos humanos o contribuir a vulnerarlos; y que existe (iii) la necesidad de que sean establecidas vías de recurso efectivas para reparar las violaciones cuando se producen. El Principio 17 de esta Declaración, relativo a “la debida diligencia en materia de derechos humanos”, señala que sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos, a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades.[133]

13.3. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, a través de la Observación General número 24[134] indicó que los Estados tienen ciertas obligaciones en el contexto de la actividad empresarial. Señaló que se debe velar por que, cuando proceda, los efectos de las actividades empresariales en los pueblos indígenas (en particular, las consecuencias adversas reales y potenciales sobre los derechos a la tierra, los recursos, los territorios, el patrimonio cultural, los conocimientos tradicionales y la cultura de los pueblos indígenas) se incorporen de manera específica en las evaluaciones del impacto en los derechos humanos.[135] Adicionalmente, la Observación General señaló que las empresas deben seguir el estándar de “diligencia debida” en materia de derechos humanos, con base en el cual deberán celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de las instituciones representativas de los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de iniciar actividades. Esas consultas deben permitir la identificación de los posibles efectos negativos de las actividades y de las medidas a fin de mitigarlos y contrarrestarlos. También deben propiciar la creación de mecanismos de participación en los beneficios derivados de las actividades.

13.4. Igualmente, en el ámbito interamericano, la Corte IDH, en el caso Pueblos Kaliña Lokono contra Surinam, sentencia del 25 de noviembre de 2015, tuvo en cuenta los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos” de Naciones Unidas para

señalar los deberes de debida diligencia de las empresas frente a los derechos humanos en general y, en particular, frente a los derechos de los pueblos indígenas, que incluye el derecho a la consulta previa.

13.5. En el mismo sentido, el Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas[136], ha señalado el deber que tienen los Estados y las empresas de seguir los parámetros mínimos de debida diligencia para la garantía de los derechos de las comunidades indígenas, en particular, la consulta previa. Específicamente, de acuerdo con los informes del Relator[137], existen dos tipos de responsabilidades: (a) los deberes generales; y (b) la configuración del estándar mínimo de la protección de las comunidades indígenas (estándar de debida diligencia). En todo caso, para la definición de estos asuntos, son determinantes (i) el deber de debida diligencia en el reconocimiento, (ii) el deber de diligencia sobre las tierras, territorios y recursos naturales, y (iii) el deber de diligencia en consultar incorporados en el referido informe.

13.6. La Corte considera que en los casos de consulta previa, estos parámetros son referentes razonables para valorar la actuación de las empresas en relación con el deber de desarrollar la consulta previa. Lo anterior, teniendo en cuenta que, como ha explicado la jurisprudencia constitucional[138], los pronunciamientos de las instancias internacionales, encargadas de interpretar los diferentes instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. La Corte, en aplicación de la función interpretativa del bloque de constitucionalidad, de forma reiterada ha utilizado las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los comités de monitoreo de tratados de Naciones Unidas (como el PIDESC) así como las recomendaciones de los comités de monitoreo de Naciones Unidas, las recomendaciones generales de estos mismos órganos y los reportes emitidos en el marco de los sistemas interamericano y Universal, entre otros, como criterio hermenéutico relevante para establecer el alcance de la protección de los derechos fundamentales.[139]

13.7. Para la Sala Plena al utilizar el estándar de debida diligencia de las empresas en relación con el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas es posible determinar si se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad étnicamente diferenciada, para,

posteriormente, valorar la posibilidad de ordenar el remedio judicial correspondiente. Para el efecto resulta necesario, primero, verificar si el comportamiento de las empresas fue diligente para la protección los derechos de los pueblos tradicionales, con base en los estándares expuestos anteriormente. Una vez verificado el cumplimiento del deber de diligencia por parte de las empresas, corresponde al juez constitucional, en segundo lugar, verificar, a través del principio de proporcionalidad si es procedente o no adoptar determinada medida frente a las actividades de exploración y explotación, teniendo en cuenta los valores constitucionales en tensión. En otras palabras, la verificación de la debida diligencia sirve para que las autoridades, en un eventual ejercicio de ponderación, puedan determinar cuáles han sido ejercidos legítimamente.

13.8. Estos criterios de valoración (el estándar de debida diligencia y el principio de proporcionalidad) son necesarios, además, para encausar la discrecionalidad del juez a la hora de asignar los remedios eficaces para proteger el derecho a la consulta previa. Asimismo, constituyen el balance adecuado para evaluar si se está ante intereses privados o ante valores protegidos por la Constitución. Es pues el justo medio entre la vulnerabilidad de la comunidad indígena, la función ecológica de la propiedad, la función social de la economía, el desarrollo sostenible y la seguridad jurídica.

13.9. Para la Sala Plena, al utilizar el estándar de debida diligencia de las empresas en relación con el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas es posible determinar si se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad étnicamente diferenciada para, posteriormente, valorar la posibilidad de ordenar el remedio judicial correspondiente. Los parámetros de debida diligencia permiten, además, adecuar las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares a los principios constitucionales de buena fe (artículo 83 C.P.) y confianza legítima, pues otorgan estabilidad a los actores involucrados en relación con los lineamientos y criterios que deben seguir para cumplir con los mandatos de la consulta previa.

14. La consulta previa en el tiempo, su operatividad y el deber de reparar con perspectiva étnica (etnoreparaciones)

14.1. La consulta previa, como su nombre lo indica, debe anteceder a la medida que sea susceptible de afectar al pueblo indígena sea tomada, y obviamente antes de que el

proyecto económico haya sido iniciado. Es por ello que la jurisprudencia tiene establecido que es obligatorio que el Estado defina junto con las comunidades el modo como será realizada la consulta misma, por lo cual debe existir una preconsulta o consulta de la consulta[140].

14.2. Una dificultad surge cuando se evidencia la existencia de una afectación directa sobre una comunidad y el proyecto que debía ser consultado ya se encuentra en fase de ejecución o ya se cumplió con su implementación total.

14.3. Obviamente esta situación implica una violación del derecho a la consulta previa. No obstante cuando es pretermitida el deber de consulta no desaparece con la iniciación del proyecto pues la jurisprudencia constitucional ha explicado que su obligatoriedad debe regir todas las etapas de la materialización de los programas y planes, de manera que existe una obligación de mantener abierto los canales de diálogo durante todo el seguimiento del proyecto[141]. Bajo tal entendido, la consulta sobre actividades que afectaron a los pueblos indígenas y que no fueron sometidos a consulta previa opera, incluso (i) después del inicio de la ejecución de la actividad, o (ii) pese a su implementación total.

14.4. En el primer caso, es decir, cuando ya se ha iniciado la implementación del proyecto, la obligación de consulta persiste y pese a su omisión no se invalida, pues se trata de la vulneración de un derecho humano fundamental cuya afectación es continua en el tiempo. Adicionalmente, en caso de existir un cambio sustancial en las condiciones del proyecto, que implique la adopción de nuevas medidas o la alteración del significado concreto de medidas ya tomadas, el deber de consulta se renueva pese a que el proyecto se encuentre en desarrollo.[142] En estas circunstancias, la jurisprudencia ha indicado que esta obligación exige la identificación de las nuevas afectaciones que surjan en la realización de la actividad, al igual que las fases restantes del proyecto[143].

14.5. En el segundo evento, es decir cuando el proyecto ha finalizado, la consulta se dirige a buscar los remedios para reparar, recomponer y restaurar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, los cuales, deben responder a la clase de daño sufrido por la comunidad étnica. Tal regla tiene fundamento no solo en el principio general del derecho según el cual todo daño antijurídico debe ser reparado, sino porque el juez constitucional no puede avalar la vulneración de los derechos fundamentales o declarar la ocurrencia de un

daño consumado en materia de consulta previa, pues se crearía un incentivo indebido para evadir esta obligación constitucional.

14.6. En todo caso, la jurisprudencia tiene bien establecido que, independientemente de cuál sea la vía procesal apropiada, el desconocimiento del derecho a la consulta previa implica en general un deber de reparar, por lo cual corresponde a las autoridades identificar los daños causados, las medidas de restauración y recomposición para mitigarlos y, en general, los remedios que se deban adoptar.[144] En particular, la Corte ha señalado que esas reparaciones deben ser establecidas e implementadas con un enfoque étnico diferencial (etnoreparaciones), que tome en cuenta, entre otros, la particular identidad cultural del pueblo específico, la dimensión colectiva de las violaciones ocurridas y de las medidas reparatorias, las necesidades particulares de esos pueblos y que les permita un control de su implementación[145].

15. Consecuencias de los acuerdos y desacuerdos en materia de consulta previa

15.1. En la consulta previa debe advertirse que existe la obligación de materializar y cumplir los acuerdos protocolizados y pactados[146]. Lo anterior, en razón de que las partes se obligan voluntariamente al acuerdo como única forma de garantizar la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de las comunidades étnicas minoritarias, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones.

15.2. Ahora bien, existen otras reglas cuando no se alcanza un consenso en el marco de la consulta. En esos eventos el Estado tiene la posibilidad de establecer los términos de la medida, siempre y cuando su decisión[147]: i) esté desprovista de arbitrariedad; ii) esté basada en criterios de ‘razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación; iii) tome en consideración hasta donde sea posible las posiciones expresadas por las partes, y en especial aquellas del pueblo étnico, durante la consulta; iv) respete los derechos sustantivos de los pueblos reconocidos en la Constitución y específicamente en el Convenio 169 OIT; y v) prevea mecanismos ajustados para la atenuación de los efectos desfavorables que seguramente traiga consigo o pueda producir la medida a ser adoptada en la comunidad,

sus miembros y su lugar de asentamiento .

15.3. En aquellos casos en donde la intensidad de la afectación al pueblo indígena requiera que haya CPLI, el Estado en principio sólo tiene la facultad de implementar la medida si obtiene el consentimiento, previo, libre e informado de la comunidad indígena. La anuencia del pueblo étnico diverso es entonces en principio vinculante, puesto que, sin éste, la implementación de la medida entraña una violación de los derechos de los derechos de estos colectivos. Sin embargo, en casos excepcionales, como puede ser la necesidad de relocalizar un pueblo para prevenir o mitigar un desastre natural, la medida podrá ser implementada sin el consentimiento de los pueblos, pero el Estado deberá en todo caso garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física-cultural) de las comunidades étnicas diversas y deberá realizar las correspondientes reparaciones a los pueblos por esta determinación.

16. La falta de consulta, el deber de reparar y las soluciones judiciales eficaces para proteger el derecho a la consulta previa en proyectos extractivos

16.1. El juez constitucional tiene la obligación de dictar remedios judiciales eficaces para garantizar los derechos vulnerados. La principal medida para salvaguardar el derecho a la consulta previa es disponer su celebración con la observancia de los criterios fijados en la jurisprudencia. También debe dejar sin efecto los certificados del Ministerio o disponer la modificación de las licencias ambientales, producto de los acuerdos de la deliberación. Las disputas más críticas se relacionan con la orden de suspensión de proyectos, debido a que entran en tensión el ámbito de protección de los derechos de los pueblos indígenas con el interés general -seguridad o desarrollo económico-.

16.2. La jurisprudencia ha resuelto ese tipo de situaciones a través de la ponderación de los derechos en juego. Aquí se debate sobre los ámbitos de protección del derecho y el alcance que debe otorgarse al mismo, lo cual no es una tarea fácil, pues, a la dificultad de fijar un remedio judicial eficaz, se suma la necesidad de entablar un diálogo que sea capaz de trazar estándares mínimos en el escenario constitucional de la consulta previa. Bajo ese contexto, la Sala considera importante precisar las reglas o criterios que pueden regir la atribución o no del remedio judicial de suspensión en un caso determinado. Jamás se pretende cercenar ni restringir la autonomía judicial a la hora de identificar las medidas

protectoras y reparadoras de los derechos humanos.

16.3. En el caso de la comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz Vs Honduras, la Corte IDH manifestó que el derecho a la propiedad colectiva no es absoluto, por lo que puede ser restringido por los Estados, siempre que se observen una serie de condiciones, las cuales deben ser establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y con el fin de lograr un objetivo legítimo en una democracia. Ello supone la opción de someter a ponderación los derechos de las comunidades étnicas con otros principios. Aunque, se dejó a salvo la idea de que la interferencia a los derechos tienen el límite de una denegación de subsistencia del pueblo tribal.

A nivel nacional, en Sentencia T-298 de 2017, la Corte Constitucional indicó que el derecho a la consulta previa muestra un equilibrio o ponderación entre: “(i) el interés general, representado en los proyectos o medidas que potencialmente pueden incidir en los derechos de los pueblos indígenas, y (ii) el goce efectivo de estos últimos derechos, particularmente, en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación.” Las Sentencias SU-383 de 2003, T-080 de 2017 y T-236 de 2017 ponderaron entre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y la seguridad nacional en la implementación de las políticas de erradicación de cultivos ilícitos por medio de fumigación de glifosato. En esas ocasiones, el resultado de ese análisis concluyó que las facultades del Estado se condicionan a esta ponderación, de modo que debe tener en cuenta la efectiva protección de los derechos de las comunidades indígenas. De ahí que se indicara que la garantía de ese interés general no puede llegar a menoscabar los derechos de estos colectivos. En todos los casos se dispuso celebrar consulta previa con los pueblos étnicos diversos, debido a que los programas de aspersión se efectuaron en los territorios indígenas.

En este mismo escenario normativo, la Sentencia T-005 de 2016 consideró que el concepto de seguridad nacional debía garantizarse respecto del derecho de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, quienes vieron perturbado un territorio sagrado con la construcción de un batallón del Ejército Nacional en la década de 1950. Sin embargo, esa decisión no significó la anulación del derecho de los pueblos indígenas, dado que, también, se ordenó que se asegurara para sociedad Arhuaca el acceso al sitio sagrado. Se llegó a un equilibrio donde permanecía la edificación y salvaguardaba los derechos

espirituales y de territorio amplio de la comunidad. Aunado a lo antepuesto, se ordenó el proceso consultivo.

En materia de construcción de carreteras, la Sentencia T-428 de 1992 ponderó, por primera vez, el principio de interés general y el de protección de la diversidad, integridad y autonomía de los grupos étnicamente no dominantes, y se sustentó en que “La norma que establece la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos. Aquí, en esta imposibilidad, radica justamente uno de los grandes avances de la democracia y de la filosofía política occidental en contra del absolutismo y del utilitarismo. La persona es un fin en sí mismo; el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona. La protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado”.

16.4. De la reseña jurisprudencial expuesta, se advierte que es posible ponderar el derecho a la consulta previa con otros intereses. Sin embargo, este ejercicio del derecho se efectúa para precisar el alcance de los remedios y no para discutir el orden de precedencia de los derechos o decidir si los derechos de la comunidad ceden ante los demás. De ahí que esa ponderación recae sobre el ámbito de protección del derecho, sin afectar el supuesto de hecho del mismo.

Las Salas de Revisión suspendieron las labores extractivas ante el incumplimiento de la consulta previa que debía realizarse por la afectación directa al territorio físico, cultural o espiritual de los pueblos tribales (Sentencias T-880 de 2006, T-769 de 2009 y T-129 de 2011). Las razones expuestas para tomar esa determinación se justificaron en que los demandados de ese entonces realizaron actividades en manifiesta oposición con los artículos 1°, 7°, 8°, 9°, 10°, 93, 94, 290, 329 y 330 de la Constitución Política. A su vez, se advirtió que ese remedio judicial había sido usado en otras oportunidades, en las cuales se presentaron graves problemáticas generadas por los proyectos que afectan los territorios de las comunidades étnicas. Lo propio sucedió ante la excesiva contaminación del ambiente que causa la actividad de explotación o de exploración (Sentencia T-359 de 2015). A su vez, se tomó esa misma decisión como resultado del menoscabo de las condiciones laborales y de subsistencia de la comunidad indígena para conseguir el cumplimiento de fallo (T-1045 A

de 2010).

En contraste se han negado las suspensiones de los proyectos con base en las siguientes razones: i) la medida se ejecutó totalmente (Sentencia T-693 de 2011); ii) la orden implica la afectación del interés público representado en beneficios económicos y sociales que trae la actividad para el país y sus pobladores (Sentencias T-693 de 2011 y T-730 de 2016); iii) el remedio conlleva a desconocer los derechos de los trabajadores de las empresas extractivas (Sentencia T-730 de 2016); iv) la actuación de buena fe de las compañías afectadas con la suspensión (Sentencia T-730 de 2016); v) la detención de la actividad desconocería la seguridad jurídica de los explotares y exploradores de minera e hidrocarburos. (Sentencia T-730 de 2016); y vi) el objeto de la consulta recayó sobre reales afectaciones y no sobre los posibles perjuicios (Sentencia T-272 de 1998).

16.5. La Sala Plena observa que no han existido criterios uniformes para adoptar la decisión de suspender la ejecución de actividades extractivas de recursos naturales. La alternativa de detener las labores se ha sustentado en las particularidades del caso en relación con grado de afectación que sufrió la comunidad. La negativa de detener los proyectos se fundamentaron en razones de conveniencia económica, de implementación de la medida, de conductas de las empresas privadas y de objeto de la consulta. De ahí que sea pertinente acudir a la normatividad constitucional ambiental o étnica para identificar las hipótesis donde hay prohibición de realización de actividades, así como evidenciar el grado de afectación que padecen las comunidades y tomar la decisión de suspender los proyectos. También será relevante revisar el nivel de afectaciones que causa el plan en el caso concreto.

Otro parámetro que debe ser tenido en cuenta es la conducta de los agentes económicos, para evaluar si son o no diligentes y hasta qué punto opera el principio de confianza legítima. Sin embargo, ese escrutinio no se puede realizar con figuras del derecho civil, porque éstas son ciegas a los derechos de las comunidades indígenas y a su forma de comprender el mundo. Para tener un parámetro de medición en clave de derechos humanos, se deberá acudir a los parámetros de responsabilidad de las empresas en relación con el derecho de los pueblos indígenas.

Después de valorar todos esos estándares normativos y constatar que no hubo el

desconocimiento de los mismos y se demuestre que actor el privado actuó con la diligencia propia que supone respetar los derechos de las comunidades indígenas, se podrá aplicar el modelo de ponderación.

16.6. Ese estadio se tendrá en cuenta las circunstancias particulares del caso. A la hora de determinar el remedio judicial correspondiente y valorar las actuaciones que se desarrollan en el marco de la consulta previa, solo se pueden permitir limitaciones que sean constitucionalmente legítimas, es decir, que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.[148]

Para el efecto se deben ponderar y explorar los siguientes elementos: (i) la posición y las propuestas de los actores, (ii) el comportamiento de la empresa y en particular si ésta tuvo o no la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico, (iii) cuál es la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, (iv) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; (v) los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o, por el contrario, por la continuación del proyecto, y (vi) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano.[149]

17. Conclusión: síntesis de las reglas aplicables en materia de consulta previa

17.1. Dado que se trata de una sentencia que tiene como uno de sus propósitos esenciales unificar la jurisprudencia constitucional, procede entonces la Corte a sintetizar los conceptos, principios y reglas que surgen del examen de la jurisprudencia colombiana y que coinciden plenamente con los criterios evolutivos desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos.

17.2. En relación con su naturaleza y finalidad este Tribunal Constitucional ha indicado que la consulta previa es un derecho fundamental, que protege a los pueblos indígenas y tribales y tiene carácter de irrenunciable. Esto implica que: (i) el objetivo de la consulta previa es intentar lograr en forma genuina y por un diálogo intercultural el consentimiento

con las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas que las afecten; (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes; (iii) por medio de la consulta se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados; (iv) la consulta debe ser un proceso intercultural de diálogo en el que el Estado debe entonces tomar las medidas necesarias para reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan tener los pueblos étnicos; (v) en este diálogo intercultural ni el pueblo tiene un derecho de veto ni el Estado un poder arbitrario de imposición de la medida prevista; (vi) la consulta debe ser flexible, es decir, adaptarse a las necesidades de cada asunto; (vii) la consulta debe ser informada, esto es dispensar a los pueblos indígenas y tribales la información suficiente para que ellos emitan su criterio; (viii) la consulta debe respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes.

17.3. Como se indica en esta sentencia la consulta previa procede siempre que exista la posibilidad de afectación directa del grupo étnico. La afectación directa es un concepto jurídico indeterminado que hace referencia al impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. En el caso concreto de la afectación directa por proyectos de exploración y explotación de recursos no renovable incluye: (i) el impacto en el territorio de la comunidad tradicional; o (ii) el impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo.

17.4. El concepto de afectación directa difiere del de área de influencia, este último se refiere a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos, en tanto la afectación directa, como se indicó, es un concepto esencial para determinar cuándo se activa la consulta previa y se identifican los impactos.

17.5. El concepto de territorio de las comunidades étnicas trasciende el espacio físico (concepto geográfico de territorio) y se vincula a elementos culturales, ancestrales así como espirituales (concepto amplio de territorio), de manera que no es posible equipararlo al concepto de propiedad del derecho civil.

17.6. El concepto geográfico de territorio comprende el espacio reconocido legalmente

bajo la figura del resguardo. El concepto amplio de territorio incluye las zonas que habitualmente ha ocupado la comunidad indígena, al igual que los lugares en donde tradicionalmente los mencionados sectores de la sociedad han desarrollado sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales. Esta hipótesis comprende también el territorio al que se desplazan las comunidades étnicas, por razones como el conflicto armado, grandes proyectos ambientales, o por las grandes obras de infraestructura, cuando allí desarrollan sus prácticas de supervivencia. Además, la jurisprudencia ha precisado que la ausencia de reconocimiento oficial de una comunidad es insuficiente para que el Estado o un privado se niegue a consultar una medida con una comunidad étnica.

17.7. Para determinar el alcance de este territorio amplio, las autoridades deben tomar en consideración en el caso concreto los elementos económicos, culturales, ancestrales, espirituales que vinculan a un pueblo étnico a un determinado espacio. Es igualmente posible que las autoridades competentes, para establecer si existe o no afectación directa por impacto en el territorio, tomen en consideración la intensidad, la permanencia efectiva y la exclusividad con la cual un pueblo étnico ha ocupado o no un determinado espacio específico, al igual que sus particularidades culturales y económicas como pueblo nómada o sedentario o en vía de extinción. Para el efecto, será determinante verificar la intensidad, permanencia efectiva o grado de exclusividad de las prácticas culturales, ancestrales, espirituales o económicas de la comunidad en el territorio amplio, lo cual realizarán las autoridades públicas, en diálogo con las autoridades indígenas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT.

17.8. La afectación directa se presenta si existe evidencia razonable de que, con la medida, se perjudique i) la salud, así como el ambiente, representado en la inequidad frente a la distribución de cargas y beneficios ambientales; y ii) las estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales en un colectivo, que no pueden ser percibidos por estudios técnicos ambientales. Por tal razón el derecho a la consulta previa se encuentra vinculado a los imperativos de justicia ambiental, que busca un reparto equitativo y participativo de los costos y beneficios de los proyectos con impactos ambientales diferenciados.

17.9. Para determinar la posible afectación de los mandatos de la consulta previa, la Corte considera necesario tomar en cuenta los parámetros (deberes) de debida diligencia del

Estado y las empresas, previstos en la Observación General número 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos[150] (Principios Ruggie), y los informes del Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas, a través de sus informes[151], dado que constituyen criterios relevantes de interpretación normativa para valorar su actuación, en relación con el deber de desarrollar la consulta previa.

17.10. A la luz del principio de proporcionalidad, la consulta previa como manifestación del derecho a la participación se presenta en diferentes niveles: participación básica, consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado. Una afectación intensa requiere del consentimiento previo, libre e informado y procede ante: i) el traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; ii) medidas que implican un alto impacto social, cultural y ambiental que ponga en riesgo su subsistencia; o iii) las relacionadas con el almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos -tóxicos- en sus tierras y territorios. En los demás casos procederá, por regla general, la consulta previa, salvo en el caso en el que se evidencia que no existe afectación directa de la comunidad, situación en la que se deberá aplicar el estándar básico de participación.

17.11. En relación con la operatividad de la consulta previa y su aplicabilidad en el tiempo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la consulta debe ser previa, por lo cual debe existir una preconsulta, pero que en todo caso opera en todas las fases del proyecto, obra o actividad. En este sentido, todo cambio sustancial en las condiciones del proyecto que implique la adopción de nuevas medidas o altere significativamente el sentido de las medidas ya tomadas renueva el deber de consulta previa.

17.12. De manera especial, la consulta procede aun cuando el proyecto esté en marcha, e incluso, cuando haya finalizado. En este caso, se dirige a la adopción de actividades, obras o medidas de contingencia para reparar, recomponer, restaurar o recuperar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, según el daño sufrido por la comunidad étnica. Las medidas reparatorias deben realizarse con un enfoque diferencial que tome en cuenta las particularidades del pueblo afectado (etno-reparaciones).

17.13. En cuanto a la validez de la certificación que expide el Ministerio del Interior sobre la no presencia de comunidades indígenas y tribales en el área de influencia de un

proyecto, esta sentencia precisa que esta no es válida para eximirse de la consulta previa cuando se advierta o acredite una afectación directa a un pueblo étnico. El operador administrativo será responsable en este trámite por incumplimiento de las normas del Convenio 169 OIT. Por tal razón, la Corte considera que los certificados de presencia de las comunidades étnicas deben incluir un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar un proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas, con independencia de la limitación del área de influencia.

17.14. En cuanto a los acuerdos, se precisa que el Estado y el agente económico tienen la obligación de materializar y cumplir lo pactado. En caso de que la consulta haya sido realizada en debida forma y no haya acuerdo, el Estado puede tomar e implementar la medida, mediante decisión motivada, siempre y cuando su decisión: (i) esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo, (ii) esté basada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación; (iii) tome en consideración, hasta donde sea posible, las posiciones expresadas por las partes, y en especial el pueblo étnico, durante la consulta; (iv) respete los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 OIT; y (v) prevea mecanismos eficaces, idóneos y eficientes para atenuar los efectos negativos de la medida.

17.15 Cuando se requiera CPLI, el Estado en principio sólo tiene la facultad de implementar medida si obtiene el consentimiento, previo, libre e informado de la comunidad indígena. Sin embargo, en casos excepcionales, la medida podrá ser implementada sin el consentimiento de los pueblos, pero el Estado deberá en todo caso garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física-cultural) de las comunidades étnicas diversas y deberá realizar las correspondientes reparaciones a los pueblos por esta determinación.

17.16. A la hora de determinar el remedio judicial correspondiente y valorar las actuaciones que se desarrollan en el marco de la consulta previa, solo se pueden permitir limitaciones que sean constitucionalmente legítimas, es decir, que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. Para el efecto se deben ponderar y explorar los siguientes elementos: (i) la posición y las propuestas de los actores, (ii) el comportamiento de la empresa y en particular si ésta tuvo

o no la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico, (iii) cuál es la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, (iv) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; (v) los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o, por el contrario, por la continuación del proyecto, y (vi) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano.

IV. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

18. El asunto por analizar

18.1. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, los actores, miembros de la comunidad indígena Awá La Cabaña, formularon acción de tutela contra el Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y el Consorcio Colombia Energy, por cuanto se adelanta la explotación petrolera, en los pozos áreas Quinde, Cohembí y Quillacinga, sin haber realizado la consulta previa con esa colectividad.

18.2. Denunciaron que las actividades de hidrocarburos los han afectado, comoquiera que les impide el ejercicio libre y pleno de sus garantías, al afectar su ecosistema, y con él sus costumbres y usos, lo que ha deteriorado, aún más, sus condiciones de vida. Por tal razón solicitaron la realización de la consulta previa, así como la suspensión de las actividades en dichos pozos.

18.3. En relación con la medida censurada, se debe precisar que, entre los años 1988 y 1991 ECOPETROL S.A. desarrolló la exploración en los referidos pozos, y dejó constancia sobre la existencia de comunidades indígenas. En el año de 1998, las autoridades ambientales expidieron el plan de manejo ambiental para que iniciaran los trabajos exploratorios, documento que se otorgó a favor de ECOPETROL. En el año 2001, la última compañía firmó un contrato de producción incremental con el Consorcio Energy, con el fin de realizar labores el programa objeto de disputa. Por medio de la Resolución No.0937 de 2009, se otorgó licencia ambiental al Consorcio Energy para que ejecutara el proyecto denominado “desarrollo de los Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga, empero las labores extractivas iniciaron en el año 2010. A través de las Resoluciones No.1930 de 2010 y 551 de

2014 de 2014, se modificó la licencia ambiental original.

18.4. Los jueces de instancia negaron el amparo de ese derecho fundados en que la comunidad indígena se encontraba fuera del perímetro del área de influencia, de acuerdo con la Resolución No 633 de 2012. A su vez, manifestaron que no se comprobó que la comunidad estuviese sufriendo alguna afectación con la medida.

18.5. Con base en los anteriores elementos de juicio, la Sala definirá si la medida censurada era o no susceptible de afectar de manera directa a la comunidad Awá La Cabaña, de manera que debió adelantarse un procedimiento consultivo y si se afectó el ambiente sano. Para resolver esos problemas jurídicos, se caracterizará brevemente el pueblo indígena Awá. Acto seguido, se evaluará de fondo la presunta vulneración de derechos fundamentales denunciada por parte de los actores.

19. Caracterización y protección constitucional del pueblo indígena Awá

19.1. El pueblo Indígena Awá se encuentra ubicado en la frontera colombo-ecuatoriana en la parte occidental del macizo andino y comprende desde la cuenca del río Telembí hasta el norte de Ecuador. En Colombia, se localizan principalmente en los Departamentos de Nariño, Putumayo y Amazonas; se estima que su población mayoritaria reside en los municipios de Cumbal, Mallama, Ricaurte, Barbacoas y Villagarzón.[152] Los Indígenas Awá se agrupan a través de resguardos, cabildos u otras formas de asociación étnica que puedan estar reconocidas o no por el Estado[153].

19.2. El pueblo indígena Awá Kwaiker se concentra en el Departamento de Nariño, donde habita el 86,6% de la población (22.351 personas). Le sigue el Departamento del Putumayo con el 11,3 % (2.908 personas) y el Departamento de Amazonas con el 0,8 % (200 personas). En estos tres lugares se concentran el 98,6 % de la población Awá; quienes habitan en zonas urbanas representan el 7,2 % (1.866 personas)[154].

19.3. El pueblo indígena Awá habla el idioma awá-pit clasificado hoy en día como un dialecto aislado, el cual según autores como Adolfo Costenla Umaña está ubicado dentro de la familia lingüística barbacoa, integrada a su vez, por cuatro lenguas que ocupan un área bastante continua que se extiende del nordeste del Departamento del Cauca hasta la provincia de Pichincha en el Ecuador: el guambiano, el cuaquier, el cayapa y el

colorado[155]. Por su parte, el cientista social Benhur Cerón Solarte sostiene que el origen de las lenguas del Pacífico Nariñense, entre ellas las de los Awá actuales, es Mesoamericano, a través del dialecto Malla de los indígenas Sindaguas.[156]

19.4. Los actuales Awá mantienen y reproducen un cúmulo de tradiciones orales transmitidas en su lengua (Awá pit), como creencias, costumbres, mitos y medicina natural, además de expresiones rituales como velorios de adultos y niños (chigualo), curaciones medicinales (chutún) y fiestas, entre otras.[157]

19.5. Para interpretar la organización social de esta comunidad es necesario establecer la relación simbiótica entre sus integrantes y su hábitat, dado que para los indígenas Awá debe coexistir una armonía con la naturaleza y la utilización de sus recursos. Su entorno se circunscribe a las principales actividades culturales de subsistencia basadas en la caza, pesca, recolección de frutos y domesticación de animales.

19.6. En cuanto a la caza, los Awá han desarrollado trampas eficientes para capturar animales incluidos en su dieta. Entre ellos están el ratón puyoso, raposa o zarigüeya, armadillos, cuatines, pacas, conejos, cusumbes y perezosos. En relación con la pesca, éste grupo étnico conoce ampliamente el hábitat de los peces, los ciclos estacionales de los ríos y el extenso inventario de especies útiles para su alimentación.

19.7. Con respecto al desarrollo social y cultural de este grupo poblacional se evidencia un conflicto referente a dos aspectos generales: de un lado, la intervención económica del Estado en los recursos naturales debido a su constante explotación y degradación; del otro, el ejercicio de los usos y costumbres ancestrales de la comunidad en el entorno en que habitan, reflejados en el respeto a la madre tierra y el cuidado proporcionado a ésta.

19.8. En el entorno socio-político de la comunidad Awá, se tiene por sentado que “el hombre vive a partir de lo que la naturaleza le ofrece; por tanto, su formación social se ha estructurado en concordancia con las exigencias del medio ambiente. Por tal razón, la organización sociopolítica de los Awá-cuaiquer se enmarca en un modelo de poblamiento disperso, con una distancia de una casa a otra de una o dos horas de camino. Lo anterior constituye una forma de manejo sostenido del frágil ecosistema donde habitan y de las relaciones sociales características del grupo; es decir, existe un amplio sentido de territorialidad que se controla mediante prácticas culturales de orden material y

espiritual.”[158]

19.9. Las prácticas culturales de los Awá tienen la finalidad de lograr una proporción entre el consumo de alimentos y la preservación de los recursos utilizados, como los suelos, la vegetación y la fauna. El equilibrio, que los integrantes de la comunidad Awá buscan dar a su entorno está basado en la producción natural de recursos y en la práctica de actividades de conservación natural. Atesoran como costumbre el sistema de “Tumba y Pudre” que consiste en talar los árboles pequeños que están por cumplir su ciclo de vida para que los nutrientes producidos por su descomposición alimenten los cultivos.

19.10. Sin embargo, dicho equilibrio ecológico, mantenido con la recolección del material vegetal se ha visto truncado, toda vez que la tala masiva e indiscriminada realizada por miembros distintos a la comunidad indígena referida, ha superado la recuperación natural del entorno. En razón a ello, diversas especies animales nativas fueron ahuyentadas o capturadas por terceros para su venta y el ecosistema fue alterado de forma permanente, motivo por el cual los indígenas Awá se vieron forzados a trasladarse a terrenos más altos.

19.11. La Corte Constitucional mediante Auto 004 de 2009, identificó a la comunidad indígena Awá en peligro de extinción cultural y física como consecuencia del conflicto armado interno, determinando que es un sujeto víctima de gravísimas violaciones al Derecho Internacional Humanitario y de afectaciones individuales en sus derechos fundamentales. Esto, ha producido un masivo desplazamiento forzado individual y colectivo de sus miembros.[159]

19.12. Además, el Alto Tribunal Constitucional determinó que el pueblo Awá está afectado por varios factores estructurales que en su conjunto amenazan su integridad étnica y cultural: (i) altas migraciones de no indígenas (afrodescendientes, colonos, mestizos y campesinos) al territorio original de los nativos; (ii) la llegada de la coca, el narcotráfico y las fumigaciones que afectan de modo sustancial la vida en comunidad; (iii) la violencia extrema producto del conflicto armado; y (iv) el desplazamiento forzado, situaciones que inciden directamente sobre su composición social y su subsistencia. El componente estructural más amenazante de la cultura indígena Awá es el incremento del narcotráfico, conexo al cultivo de la coca y a la estrategia de erradicación a través de la fumigación;

aspectos denunciados públicamente por los indígenas”[160].

19.13. Además de los fenómenos de violencia armada, la Corte también expuso los efectos sobre la población Awá del “desarrollo de actividades lícitas de explotación de recursos naturales, en forma irregular, por actores económicos del sector privado o por los grupos armados ilegales -tales como explotación maderera indiscriminada, siembra y explotación de monocultivos agroindustriales, explotación minera irregular, y otras actividades afines-. A menudo estas actividades afectan los lugares sagrados de los grupos étnicos, con el consiguiente impacto destructivo sobre sus estructuras culturales; de por sí, se ha reportado que generan altos índices de deforestación y daño ambiental dentro de sus resguardos” [161]-subrayado fuera de texto-.

19.14. La Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, mediante Auto 174 de 2011, reiteró en su parte resolutive que el Pueblo Indígena Awá, asentado en los Departamentos de Nariño y Putumayo, de acuerdo con lo expuesto en el Auto 004 de 2009 y con lo dicho en precedencia, está en grave peligro de ser exterminado física y culturalmente, a causa del conflicto armado interno y a la omisión de las autoridades en brindarle una adecuada y oportuna protección. Además, entre otros, dispuso remitir al Ministerio del Interior y de Justicia -de manera periódica-, toda la información pertinente sobre actividades, obras y proyectos de exploración, explotación o construcción que se adelanten en el territorio del pueblo Awá o en sus cercanías.

20. La vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad Awá La Cabaña

20.1. Conforme a lo verificado en el expediente, la Sala, para resolver los problemas jurídicos planteados, comenzará por definir si la comunidad accionante era susceptible de verse afectada directamente con el proyecto denominado “desarrollo de los Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga”. Acto seguido, se evaluarán las conductas de las entidades encartadas.

El proyecto de explotación de hidrocarburos denominado “desarrollo de los Campos Quinde, cohembi y Quillacinga” podía afectar de manera directa a la Comunidad Awá La Cabaña

20.2. En el recaudo probatorio adelantado en sede de revisión, obra que la comunidad Awá

arribó al área donde se encuentra en la actualidad, vereda La Cabaña del corregimiento de Teteyé del Municipio de Puerto Asís -Putumayo[162]- (a 400 metros del proyecto del otro lado del río San Lorenzo) en la década de 1970, procedentes del Departamento de Nariño, cuando compraron 43 hectáreas como propiedad colectiva. La fecha de llegada de la colectividad a esa zona se demostró con los siguientes medios de convicción: i) el informe aportado por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH-[163]; y ii) el Concepto Etnológico de la Comunidad Awá La Cabaña, elaborado por el Ministerio del Interior y de Justicia[164].

20.3. En visita in situ adelantada por la Defensora Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas[165], se informó que el Cabildo Indígena accionante se encuentra ubicado “en la zona rural del corredor de Puerto Vega-Teteyé, en la vereda La Cabaña, corregimiento La Carmelita del Municipio de Puerto Asís, Departamento del Putumayo”.

20.4. También se reseñó que la comunidad accionada se encuentra en frente de los pozos 4, 8 y 11 de Cohembi, esto es, aproximadamente 1700 metros, separada por el lecho del río Lorenzo, “(...) en una orilla del río Lorenzo se encuentra el territorio colectivo Awá, y al frente sobre la otra orilla a muy pocos metros está ubicada la plataforma de los pozos COHEMBI 4, 8 y 11. Para corroborar esta información, las funcionarias de la Defensoría se desplazaron por la vía carretable hasta la plataforma en mención (...)”. Ese territorio se localiza en el borde de las 43 hectáreas colectivas que adquirió el pueblo Awá hace aproximadamente 40 años.

20.5. Adicionalmente, es necesario reiterar que la comunidad Awá está en riesgo de extinción por ser víctima del desplazamiento forzado por el conflicto armado, como lo ha señalado esta misma Corporación en los Autos 004 de 2009 y 174 de 2011.

20.6. Al revisar el material probatorio que obra en el expediente, se evidencia que las autoridades registraron la presencia de la comunidad Awá en el lugar referido. Las Resoluciones 0937 del 22 de mayo de 2009, 1930 de 1910 y 551 de 2014[166] advirtieron que el proyecto se localizaría “en las veredas Los Ángeles, Buenos Aires, Montañitas, Cristales, Nuevo Porvenir, La Cabaña, La Carmelita, Campo Alegre, La Manuela, Santa María Medio y Remolino en jurisdicción del municipio de Puerto Asís, Departamento de Putumayo”.

20.7. Además, zonificaron el sitio donde se encuentra asentada la comunidad Awá “La Cabaña” como un área de intervención con restricciones mayores, dado que tiene influencia indirecta[167] sobre la colectividad. “En ese sentido, aunque el proyecto no va a intervenir sobre esas áreas ni va a interactuar con esas comunidades [se incluye la comunidad Awá La Cabaña], el Consorcio deberá evitar actividades que los puedan afectar e implementar acciones de sensibilización y concientización a sus contratistas sobre la presencia de estos buscando con ello no afectar a las áreas de su hábitat tradicional y respetar su cultura”[168].

20.8. Desde la expedición del plan de manejo ambiental de la explotación del proyecto en el año de 1998, se tenía evidencia de la presencia de la comunidad Awá en el área del programa. En la Resolución 0587 del 2 de julio de 1998, se advirtió que para la Fase II del plan de exploración debía realizarse otro trámite de verificación para determinar si era aplicable la consulta previa, dada las afectaciones que eventualmente podrían generarse. Al respecto, en comunicado No 4363 del 1º de septiembre de 1998, la Dirección de Asuntos Indígenas de Ministerio manifestó que se hallaba una comunidad indígena Awá en la vereda de “La Cabaña”.

20.9. De la misma forma, la Directora de Etnias del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, por oficio OF106-12806-DET-1000 de 5 de junio de 2006, informó a la Directora de Licencias, Trámites y Permisos Ambientales, del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que el Defensor Delegado para Indígenas y Minorías Étnicas documentó la movilización indígena por la problemática socioambiental generada por la empresa petrolera Consorcio Colombia Energy, y que desde 1997 se había reseñado que la comunidad indígena Awá “La Cabaña” debió ser consultada según los datos que obraban desde esa fecha por parte del Ministerio del Interior.

20.10. En ese sentido las autoridades estatales, así como las empresas que suscribieron el contrato de producción incremental tenían conocimiento de los documentos en los que constaba la posible afectación de las comunidades, entre ellas las relacionadas con el medio ambiente y, además, en repetidas oportunidades fueron requeridas por la comunidad Awá La Cabaña para establecer un diálogo en torno a resolver los impactos de la explotación.

21. La acreditación de la afectación directa a la comunidad Awá

21.1. Pues bien, como se señaló en las reglas jurisprudenciales que se explicaron en precedencia, el concepto de susceptibilidad de afectación directa es el parámetro determinante para concluir que una medida legislativa o administrativa debe ser objeto de consulta y, en el caso de los proyectos de explotación y exploración de recursos no renovables, la Corte ha encontrado que las comunidades son susceptibles de afectarse directamente con (i) la perturbación al ambiente[169], la salud o la estructura social, económica o cultural: este tipo de afectación impide que el colectivo acceda a los medios de subsistencia o mantenga su identidad de minoría étnica así como su estilo de vida, por ejemplo las prácticas como la caza, la pesca y la recolección de plantas medicinales, entre otros; y (ii) el territorio geográfico, cultural, ancestral y espiritual de la comunidad.[170]

El análisis de la eventual violación de la consulta previa se centra entonces en determinar si las medidas cuestionadas eran o no susceptibles de afectar directamente a la comunidad concernida. En el caso que estudia, para la Corte es tan claro que las medidas relativas al proyecto “Desarrollo de los Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga” eran susceptibles de afectar directamente al ambiente y a la salud de la comunidad Awá “La Cabaña” que efectivamente, por la presencia de dicho proyecto, esas afectaciones ocurrieron en la realidad, por lo cual esas medidas debieron haber sido consultadas antes de ser adoptadas. Por eso, sin que la Corte pretenda realizar una evaluación de daños o responsabilidades del Estado o de la empresa, que en principio no corresponde abordar en sede de tutela puesto que ésta no es una acción indemnizatoria, procede la Corte a mostrar las evidencias palpables de que la presencia del proyecto petrolero terminó ocasionando afectaciones directas a la comunidad accionante.

21.2. Asimismo, la Sala ha considerado relevante, para establecer si existe afectación directa (i) la lesión a la salud de los pueblos, originada por la contaminación que genera la explotación de minerales e hidrocarburos; y (ii) la exigibilidad de la licencia ambiental para desarrollar una actividad es un indicio fuerte de la necesidad de consulta previa, toda vez que evidencia impactos ambientales -que constituyen una afectación directa-.

21.3. Bajo tales derroteros, para la Sala no existe duda de que la comunidad Awá La Cabaña se ha visto afectada directamente con el proyecto “Desarrollo de los Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga”, localizado en jurisdicción del municipio de Puerto Asís en el departamento de Putumayo, pues conforme lo acreditado en el expediente (i) la explotación

petrolera ha impactado de manera negativa el ambiente y la salud de la colectividad, y (ii) ha dificultado la reproducción de sus prácticas culturales, sociales y económicas, como la caza y pesca.

21.4. De un lado, el Ministerio Público registró un derrame masivo de crudo y desechos de la explotación de petróleo había contaminado los ríos San Miguel, Putumayo, El Cohembi, Lorenzo, los Caños, el Azul, Agua Blanca, los Cristales, La Montañita, Buenos Aires, El Diamante, El Chivo, el Muchilero, Siani, la Amarilla, Citara, La Corunta, El Vargas, Cohembicito, Guajaras 1, 2 y 3, Uitoto, Toaya y varios humedales. Todas esas fuentes hídricas atraviesan o se encuentran ubicadas en el corredor de Puerto Vega Teteyé y son de consumo básico para la comunidad campesina e indígena de la región, por lo que se impide el acceso al líquido vital. Ese daño ambiental trae consecuencias para la comunidad Awá. La contaminación extrema puede observarse en las siguientes imágenes:

21.5. Como se explicó en la parte motiva de esta providencia, las comunidades indígenas sufren con mayor intensidad las consecuencias negativas ambientales que otros grupos sociales, en razón del vínculo que tienen con su territorio, por el uso directo de estos recursos naturales y por su cosmovisión. Esto se hace evidente en el caso de la comunidad Awá La Cabaña.

21.6. Sobre este punto, el Gobernador suplente del Cabildo Indígena referenció las siguientes afectaciones en la lógica vital de los Awá La Cabaña: “(...) la contaminación de las fuentes hídricas derivada de los derrames de crudo y residuos del petróleo en el río Lorenzo, sus afluentes y en los humedales que rodean el territorio colectivo, generan una de las principales fuentes de vulneración de su derecho a un medio ambiente sano y a la seguridad y soberanía alimentaria. Afirmó que los impactos ambientales les afecta en forma permanente, así el territorio colectivo de la comunidad no se traslapa con el área donde están ubicados los pozos de petróleo. Señaló que por cuenta de la contaminación, la comunidad presenta problemas de salud, como diarrea, vómito y dolor de cabeza, y desnutrición; especialmente los niños y adultos mayores, por el consumo del agua y pescado contaminado.

21.7. Así mismo, en relación con las fuentes hídricas, y su incidencia en la comunidad que

representa, en torno a su seguridad alimentaria, destacó que “(...) el río Lorenzo era una fuente hídrica muy importante para la subsistencia de la comunidad, porque les suministraba el pescado para el consumo, alimento básico de su dieta alimenticia. Actualmente no es posible el consumo de pescado debido a que presenta un fuerte sabor a petróleo por la contaminación del río. Las perforaciones subterráneas que realizan para la explotación del petróleo, causantes de la contaminación y de la reducción del caudal del río, han impedido los ciclos de subienda y desove para que se desarrollen nuevas crías de pescado (...) Las fuentes de agua perdieron volumen, así como los humedales, charcos y nacederos donde se desarrollaba el proceso incubación -sic- y desarrollo de las crías de pescado para la alimentación de las familias”[171].

21.8. La explotación petrolera representa para la comunidad indígena Awá “La Cabaña”, no solo la afectación de su ambiente y salud, sino la imposibilidad de acceder a lugares de importancia cultural en los cuales el pueblo obtiene las medicinas tradicionales y transmite las costumbres a las generaciones futuras[172]. Esta situación genera una pérdida de valores, usos y costumbres en la comunidad indígena Awá “La Cabaña”, toda vez que se les impide: “... acceder a las plantas medicinales que nacían en estas fuentes hídricas, dificultando la práctica de la medicina tradicional y ancestral para curar enfermedades (...) la comunidad junto con sus autoridades acostumbraban a salir al bosque y fuentes de agua aledañas para enseñar a los niños y jóvenes la importancia cultural, ancestral y medicinal de las plantas, como también la importancia del cuidado de las fuentes hídricas”.[173]

21.9. De conformidad con el informe allegado por la Defensora Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas[174], se advierte que diferentes especies animales y vegetales que constituyen el sustento -mínimo vital- y el ecosistema identitario del pueblo indígena Awá “La Cabaña”, han desaparecido desde la iniciación de las actividades de exploración y explotación hidrocarburífera.

21.10. Esta situación también afecta la seguridad alimentaria de la comunidad, al dificultar las labores de pesca, caza y recolección de plantas medicinales, que está en conexión tanto con el elemento cultural, como con la protección a la salud y al ambiente de la comunidad. Como agravante existe constancia de la contaminación del aire por polución, producto del constante trayecto de carrotanques que transportan petróleo crudo en la vía de Puerto Vega Teteyé, y en este caso la comunidad se encuentra a 400 metros de la vía, una distancia

cercana para percibir el impacto negativo en el aire, que además deteriora sus cultivos, animales y las actividades que realizan diariamente. Además, se limita el uso de los recursos naturales conexos, se genera la contaminación auditiva, la quema de gas, los vertimientos de petróleo en el agua que consumen, y en los ríos en donde pescan.

21.11. En la Audiencia realizada el 31 de enero de 2014, en el marco del procedimiento de licenciamiento ambiental que concluyó con la expedición de la Resolución 551 de 2014, varios intervinientes reiteraron el deterioro del ecosistema de la zona como resultado de la ejecución del programa de explotación.

21.12. El Personero Municipal de Puerto Asís reseñó que las comunidades perturbadas con el proyecto se encuentran inconformes, debido a que su desarrollo ha causado un detrimento en el ambiente, sin aparejar una inversión o beneficio alguno para estas. El señor López Méndez, presidente de la junta de la vereda Nueva Floresta, advirtió que las actividades de perforación y construcción de locaciones han tenido impacto sobre los humedales, la fauna, la flora y las quebradas así como aguas subterráneas[175]. Expuso que alrededor de los pozos Cohembi 2, 4 y 6 se han producido una gran mortandad de peces o migración de fauna por efectos de la contaminación. El señor Reinero Geipu, miembro de la comunidad indígena La Cabaña, indicó que su colectividad no puede disfrutar de la naturaleza, de la pesca ni algún beneficio del entorno.

21.13. Además, las autoridades ambientales han ejercido sus facultades de control sobre la explotación de hidrocarburos, al advertir lesiones en los nichos ambientales. A través de la Resolución No 509 de junio de 26 de 2012, la ANLA impuso medida preventiva al Consorcio Colombia Energy consistente en la suspensión de actividades de perforación y construcción en los pozos Cohembi 4, 5 y 6. Por medio de la Resolución 1225 de 2013, dispuso la apertura de investigación ambiental por ese hecho. Posteriormente dentro del mismo procedimiento administrativo, en el acto administrativo 00093 del 17 de enero de 2017, esa autoridad ambiental formuló cargos contra el Consorcio Colombia Energy por intervenir áreas excluidas que correspondían al río San Lorenzo. Este cuerpo de agua, como se mencionó, es una fuente hídrica de gran importancia para subsistencia de la comunidad Awá, como señalaron las autoridades indígenas a la Defensora Delegada de Asuntos Indígenas y étnicos.

21.14. Aunado a lo anterior, la Sala hace énfasis en el hecho de que el requerimiento de la licencia ambiental en el proyecto de explotación petrolera “desarrollo de los Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga” bajo los parámetros de la Ley 99 de 1993 daba cuenta de que los impactos de esa actividad constituían potencialmente una afectación directa, tal como lo ha expuesto la jurisprudencia. Las Resoluciones No 0937 de 2009, 1930 de 2010 y 551 de 2014 reconocieron la existencia de impactos ambientales en la vegetación, en la atmosfera y en las aguas cercanas al proyecto, y que han recaído sobre el hábitat en donde vive la comunidad Awá “La Cabaña”.

21.15. Los actos administrativos que autorizaron las actividades de hidrocarburos ubicaron a la comunidad Awá “La Cabaña” en el área de influencia del programa. Tal ubicación daba cuenta de una posible perturbación a la colectividad, que dependería de la propagación de los impactos de las labores extractivas a franjas externas al área de influencia directa en el ecosistema.

21.16. El análisis del acervo probatorio recaudado evidencia que tales impactos ambientales (negativos) se diseminaron desde los campos petroleros a las zonas exteriores al área de influencia directa, situación que configuró la afectación directa a la comunidad Awá.

21.17. La afectación es evidente, teniendo en cuenta que un proyecto de esta magnitud (36.529 hectáreas), tiene repercusiones para quienes están localizados en las cercanías de su área de influencia. En este caso, de una comunidad minoritaria y autosostenible como los Awá, a quienes la ejecución de las actividades les impacta gravemente en su ambiente y salud.

21.18. Además, la explotación petrolera ha incidido de manera diferenciada en su cultura en comparación con el resto de la población del Putumayo, pues se trata de una comunidad con una cosmovisión particular sobre el ambiente y sus recursos y que se encuentra en riesgo de extinción. Sobre este aspecto, la Corte reitera que las comunidades indígenas padecen con mayor fuerza la contaminación ambiental.

21.19. Así por ejemplo, los flujos de la pesca, la deforestación de sus bosques y plantas medicinales, la restricción de sus costumbres, como lo informó la Defensoría, la afectación de la tradición oral que en la comunidad Awá “La Cabaña” acostumbraban a transmitir los ancianos en las caminatas con los más pequeños, ha sido afectada por la operación de los

pozos adyacentes a su territorio. Como se señaló al caracterizar a este pueblo, los Awá-Kwaiquer se organizan en un modelo de población disperso, con una distancia de una casa a otra de una o dos horas de camino. De ahí que tengan un amplio sentido de territorialidad que se ejerce a través de las prácticas culturales. Por tal motivo, los escasos 400 metros del territorio colectivo Awá a la explotación petrolera, o los 1.7 Km que existen entre el punto de infraestructura más cercana de ésta y los caseríos de la comunidad, son una distancia que contrario a descartar la afectación, la demuestran.

21.20. La Corte enfatiza que la explotación de hidrocarburos y sus impactos han recaído sobre el río Lorenzo, sitio de vital importancia para la supervivencia y el desarrollo de las prácticas cotidianas del colectivo demandante, así como de sus espacios tradicionales y cotidianos en donde el pueblo Awá adelanta sus actividades sociales, económicas y espirituales. Se trata, por tanto también, de una afectación directa al derecho de territorio que sufre el colectivo actor.

21.21. En síntesis, las afectaciones directas verificadas sobre la comunidad indígena Awá La Cabaña, causadas por las medidas administrativas ambientales que autorizaron la ejecución del proyecto sin la consulta previa de la comunidad, vulneraron los intereses constitucionales y la calidad de vida ambiental Awá La Cabaña, habida cuenta de que se menoscabó: i) el ecosistema del que derivan su subsistencia; ii) modo de vida e identidad cultural; iii) sus valores y tradiciones sociales, culturales y espirituales; iv) sus cosmovisiones y la relación inescindible característica con los recursos naturales; v) la preservación de sus modos de producción y la economía tradicional; vi) el acceso y locomoción a zonas aledañas que utiliza la comunidad; vii) el traspaso de historias, tradiciones y otras manifestaciones culturales de generación en generación; y viii) el empleo y la producción de sus medicinas tradicionales y la conservación de sus plantas y animales esenciales. Por tanto, existía y existe la obligación de realizar la consulta previa con la comunidad Awá La Cabaña.

22. La validez de las certificaciones sobre presencia de la comunidad Awá

22.1. Las autoridades ambientales y la empresa accionada eran conscientes de la presencia de la comunidad Awá “La Cabaña” y de los impactos que podría causar la explotación de hidrocarburos. Las resoluciones que autorizaron y modificaron el proyecto objeto de

demanda, desde el año 1997, señalaron que la comunidad Awá se encontraba ubicada dentro el área de influencia indirecta, zona que se reconoce como un espacio de intervención con restricciones mayores.

22.2. La delimitación final de la zona de influencia se basó en una concepción formal de territorio que no tuvo en cuenta las perturbaciones a los lugares donde la comunidad desarrolla su vida cotidiana. En contraste, el estudio etnográfico realizado por el Ministerio del Interior muestra que los Awá tienen una relación simbiótica entre sus integrantes y su hábitat, dado que, para este pueblo indígena, debe coexistir una armonía con la naturaleza y la utilización de sus recursos naturales. Además, la misma administración reconoció que el lugar de asentamiento del pueblo Awá “La Cabaña” era un área susceptible de perturbación.

22.3. Teniendo por probado que la certificación que omitió la presencia de la comunidad accionante, no se ajustó al derecho material y a los parámetros o reglas que ha fijado esta Corte, el Consorcio Colombia Energy, el Ministerio del Interior y la Autoridad Ambiental competente no podían eximirse de adelantar la consulta previa con la comunidad indígena Awá La Cabaña, toda vez que conocían de antemano que las actividades de explotación y exploración de petróleo que se llevarían a cabo en los campos colindantes de Quinde, Cohembí y Quillacinga, eran susceptibles de afectar directamente una minoría étnica, protegida de manera especial por la Constitución Política, tanto así que la incluyeron en el “área de intervención con restricciones del proyecto”.

22.4. Salta a la vista del caso, el registro fotográfico aportado en sede de revisión y la estrecha proximidad de la parcialidad con el proyecto de exploración y explotación petrolero, estos dos elementos permiten demostrar que los Awá La Cabaña comparten un hábitat natural con el área de influencia del proyecto adelantado por el Consorcio Colombia Energy, el cual se encuentra altamente deteriorado por las actividades hidrocarburíferas.

22.5. En particular, la Sala recuerda que la Resolución 063 de 2012, que se expidió para tramitar la licencia ambiental del proyecto, certificó la presencia de la comunidad Awá “La Cabaña” en el área de influencia del proyecto. Esa decisión se basó en un estudio cartográfico y visita de campo. En el informe de la diligencia que reporta el traslado al lugar del proyecto, se concluyó que la comunidad indígena Awá del resguardo La Cabaña se

encontraba fuera del área influencia del plan. Sin embargo, por medio de la Resolución 633 de 2012, el Ministerio del Interior revocó la anterior decisión e indicó que la comunidad se hallaba fuera del polígono del proyecto, es decir, más allá del área de influencia directa.

22.6. Esta Corporación considera equivocados, en términos constitucionales, los dos argumentos que justificaron la decisión de revocar el certificado de presencia de comunidades indígenas. El primero, porque no se basó en la verificación de si el proyecto causaría una afectación directa a la colectividad Awá “La Cabaña”. La certificación se limitó a revisar si el polígono del proyecto se cruzaba con el territorio de la comunidad. No obstante se mantuvo la ubicación de la comunidad actora en un área de influencia “indirecta” de mayores restricciones, es decir, se reconoció la potencialidad que tenía la medida de causar un menoscabo al pueblo indígena accionante. El segundo, en razón a que los certificados que fungieron como antecedente administrativo[176] fueron expedidos antes del reconocimiento del grupo Awá “La Cabaña” como parcialidad indígena, de modo que era difícil que se certificara su presencia, cuando algunos de esos estudios se redujeron a revisar las bases de datos de comunidades reconocidas[177]. Tales análisis y visita en campo se limitaron a verificar la presencia -formal- de pueblos indígenas y no a hallar una afectación directa.

22.7. Debe recordarse que, conforme las reglas jurisprudenciales atrás explicadas, el certificado sobre la no presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, no es válida para eximirse de la consulta previa cuando se advierta o acredite la afectación directa a un pueblo indígena o afrodescendiente.

22.8. Cuando la certificación hace una constatación meramente formal, carece de idoneidad para demostrar la afectación de esos grupos étnicos, pues lo que debe realizarse es un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar un proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas, con independencia de la limitación del área de influencia. Así, la consulta es obligatoria cuando, pese a la certificación de ausencia de colectividad, se verifica la afectación, como sucedió en este caso.

22.9. Por lo anterior, la Corte Constitucional considera que el Ministerio del Interior, la ANLA y el Consorcio Energy vulneraron el derecho a la consulta previa de la comunidad demandante, en razón de que no se constató efectivamente que el proyecto de explotación

petrolera podía afectar a la comunidad indígena Awá La Cabaña.

El Ministerio del Interior, la ANLA y el Consorcio Colombia Energy desconocieron el derecho a la consulta previa de las comunidades e incumplieron con el estándar de debida diligencia en la materia

22.10. A juicio de la Sala, las autoridades y la empresa demandadas estaban en la obligación de adelantar la consulta previa con la comunidad indígena Awá, comoquiera que el proyecto de explotación “Desarrollo de Campos Quinde, Cohembí y Quillacinga” podía causar una afectación directa en dicha colectividad.

22.11. Como se indicó en los fundamentos de esta decisión, la obligación de consulta opera en todas las fases de implementación de la medida, por lo que se debió entablar el diálogo con el pueblo indígena desde el diseño del plan hasta su ejecución. Ese deber se actualizaba en cada fase, si no se ha discutido dentro del proceso de diálogo. Lo propio sucede cuando se renuevan o extienden los permisos de extracción, al igual que en el evento en que se presentan modificaciones jurídicas y fácticas sustanciales a los proyectos.

22.12. En el caso sub judice, se presentaron momentos en donde se debía acordar con la comunidad, empero no se hizo. Dicha vulneración fue repetida y continuada por parte del Ministerio del Interior y el Consorcio Colombia Energy. De ahí que, que la colectividad demandante se encontrara habilitada para presentar la acción de tutela de la referencia, inclusive, 6 años después de la expedición de la Resolución 0938 de 2009.

22.13. En particular, los momentos en que surgió y se renovó el deber de consultar son: i) la expedición de la Resolución No 0937 de 2009, que otorgó la licencia ambiental del proyecto; ii) la emisión de la Resolución No 124053 de 2010, proferida por el Ministerio de Minas y Energía que autorizó el inicio “de Explotación de los Campos Quinde, Quillacinga-Curiquinga-Piñuña, y Cohembí del Contrato de Producción Incremental No 43, CPI Área Suroriente”; iii) el decreto de las Resoluciones No 1930 de 2010 y No 0551 de 2014, las cuales modificaron el acto administrativo 0937 de 2009; y iv) el inicio de actividades producto de los cambios sustanciales o adiciones del permiso de labores.

22.14. Con base en esas presiones, la Sala considera que no son válidos los argumentos

formulados por parte del Consorcio Colombia Energy según los cuales la persistencia en el tiempo de la explotación de hidrocarburos era un indicio de ausencia de afectación directa que descartaba la celebración de la consulta previa. Por el contrario, se presentaron múltiples hechos que renovaron el deber de diálogo, por lo que no se podía alegar esa antigüedad en el tiempo a fin de desconocer ese derecho de las comunidades étnicas.

22.15. Así mismo, se aclara que la aplicabilidad del Convenio 169 OIT y del derecho a la consulta previa para Colombia ocurrió desde la entrada en vigencia de la Constitución en el año 1991, por lo que carece de sustento la afirmación del concesionario que descarta la aplicación de esa garantía al caso concreto, porque la explotación comenzó antes del año de 1997[178].

22.16. La compañía demandada, señaló que las Sentencias C-030 de 2008 y C-253 de 2013 indicaron que la consulta previa era un derecho fundamental innominado a partir de 1997, cuando la jurisprudencia otorgó esa calidad a la consulta previa. No obstante, en la providencia de 2008 la Sala Plena reseñó un gran número de casos que decidieron circunstancias fácticas anteriores al año de 1997. Además, como lo advirtió la Corte IDH en el caso Sarayaku Vs. Ecuador, ese tratado internacional (el Convenio 169) “aplica en relación con los impactos y decisiones posteriores originados en proyectos petroleros, aún cuando éstos hubieran sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo.”[179]

22.17. Habiendo realizado esas precisiones, la Corte Constitucional concluye que la Agencia Nacional de Licencias Ambientales desconoció los derechos de la parcialidad indígena Awá “La Cabaña”, al emitir las Resoluciones No.0937 de 2009, 1930 de 2010 y 551 de 2014 de 2014 por las cuales se autorizó el proyecto denominado “desarrollo de los Campos Quinde, cohembí y Quillacinga”-, porque no atendieron las informaciones de la comunidad y de otras instituciones sobre la afectación que traería el programa de extracción y la necesidad de realizar el trámite de consulta previa. Ello sucedió, porque la autoridad ambiental concedió la licencia con base en un concepto formal de área de influencia que desconoció la afectación directa en el territorio de la comunidad.

22.18. Por su parte, el Ministerio del Interior desconoció los derechos mencionados de la comunidad Awá “La Cabaña”, porque certificó que el proyecto de explotación petrolera no

causaba afectación alguna a dicho pueblo. El concepto de ese ministerio no tuvo en cuenta los parámetros jurisprudenciales para establecer la afectación directa relacionada con los impactos ambientales y de salud producidos a las comunidades adyacentes al proyecto y tampoco el concepto amplio de territorio, criterios que dan origen a la aplicación de la consulta previa.

22.19. De conformidad con las certificaciones expedidas el 16 de mayo y el 10 de octubre de 2007, por el Ministerio del Interior y el INCODER, respectivamente, no existe ningún resguardo titulado en favor de la comunidad indígena Awá La Cabaña y además su localización se encuentra por fuera del área de influencia del proyecto de desarrollo, “(...) el área de los Bloques Quinde, Cohembi y Quillacinga, localizado en el municipio de Puerto Asís, Departamento de Putumayo, no se cruza o traslapa con territorio legalmente titulado a Resguardos Indígenas o títulos colectivos pertenecientes a comunidades afrocolombianas.” [180]

22.20. Como se señaló con anterioridad, no se podía restringir el análisis de la afectación directa al área de influencia del proyecto, basado en el simple traslape con el territorio de la comunidad Awá, pues con ello se desconoció que la ejecución de las actividades del Consorcio demandado generaron impactos ambientales y de salud, que activaban la aplicación de la consulta previa. En suma, la asimilación de los conceptos de área de influencia y afectación directa, es incorrecta y problemática, como se reiteró en los fundamentos de esta sentencia, pues hace idénticos dos conceptos que, si bien pueden coincidir (por ejemplo cuando el territorio de una comunidad se encuentra dentro del área de influencia de un proyecto), tienen una finalidad distinta.

22.21. Lo anterior conllevó a que los actos administrativos de carácter particular, otorgados para desarrollar el proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos en favor del Consorcio Colombia Energy, no contaron con la debida realización de una consulta previa y, por tanto, afectaron de forma diferenciada a la comunidad indígena Awá La Cabaña, quién deriva su sustento del ecosistema perturbado por la explotación petrolera[181]. Esto es así, debido a que la colectividad satisface sus necesidades, desarrolla su forma de vida y su cosmovisión en el territorio circundante a los pozos de explotación.

23. El incumplimiento del estándar de debida diligencia de la consulta previa,

por parte de las entidades accionadas

23.1. Con base en los parámetros (deberes) de debida diligencia del Estado y de las empresas, previstos en la Observación General No 24 del Comité DESC, la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Ruggie) y los informes del Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas que constituyen criterios relevantes de interpretación, es claro que el Consorcio Colombia Energy no cumplió con los parámetros de debida diligencia que le correspondían.

23.2. La empresa desconoció el deber de debida diligencia en el reconocimiento pues a partir de un reconocimiento limitado que se realizó en las certificaciones del Ministerio del Interior – Dirección de asuntos étnicos (Resoluciones 633 de 2012 y 387 de 2012), vulneró el estándar internacional mínimo de identificación de comunidades que sufren afectación directa producto de la ejecución de proyectos extractivos.

23.3. La empresa demandada también incumplió el deber de diligencia de reconocimiento, porque no identificó de antemano la existencia del pueblo Awá “La Cabaña”, quién era potencialmente afectado por la explotación petrolera en los campos Quinde, Cohembí y Quillacinga. Ese deber era exigible si se tiene en cuenta que en varios documentos estatales se había registrado la presencia de ese colectivo, como en el plan de manejo ambiental del programa de extracción de recursos (Resolución 587 de 1998) en el que ya se mencionaba la presencia y afectación de la comunidad Awá.

23.4. Así mismo, Colombia Energy no observó el deber de diligencia sobre las tierras, territorios y recursos naturales, al sostener que no debía consultar a la comunidad, porque las tierras de la comunidad se encontraban fuera del polígono del proyecto (área de influencia). Así desconoció que la inexistencia de titulación de la propiedad colectiva no puede servir de argumento para negar los impactos que la ejecución del proyecto tenía sobre el territorio de los Awá.

23.5. La compañía demandada tampoco actuó conforme con el deber de diligencia en consultar, pues no tuvo en cuenta la normatividad que establece el deber de consultar cuando existe una afectación directa. En este sentido, inobservó el parámetro que establece que la consulta no es un acto singular y que es necesario realizarla cuando se renueve o se

modifique sustancialmente alguna de las condiciones o etapas del desarrollo del proyecto. De tal manera que, al pasar por alto que con cada resolución, nacía el deber de volver a informar y consultar con la comunidad Awá, Colombia Energy desconoció este mandato.

23.6. Para la Corte, el incumplimiento de estos deberes de debida diligencia vulnera los contenidos esenciales del derecho fundamental a la consulta previa y ponen en tela de juicio la buena fe con que deben actuar las compañías explotadoras dedicadas a la actividad minero-extractiva.

24. Cuestión adicional: el estándar de participación de la consulta previa no es equiparable al de las audiencias de licencias ambientales

24.1. La Sala Plena considera indispensable agotar un último estudio, el cual es accesorio a los análisis presentados en precedencia. Ello se relaciona con los argumentos de algunos intervinientes que sostienen que la participación de la consulta previa con la comunidad se agotó con las audiencias públicas celebradas para emitir la Resolución 551 de 2014, que modificó la licencia ambiental global del proyecto.

24.2. En su jurisprudencia[182] este Tribunal Constitucional ha explicado que las audiencias públicas realizadas en el trámite de expedición de licencias ambientales (art. 72 de la Ley 99 de 1993 y art. 33 de la Ley 489 de 1998) y la consulta previa con las comunidades étnicas diversas (Convenio OIT 169), guardan diferencias que impiden concluir que una se pueda considerar cumplida si se adelanta la otra. Lo anterior, porque los escenarios de participación son distintos, pues corresponden a un grado de afectación diferente.

24.3. En las audiencias efectuadas en el procedimiento de otorgamiento de una licencia ambiental, la legitimidad es abierta, por lo que sólo se requiere la inscripción para participar en la sesión, sin que sea indispensable acreditar algún interés. En contraste, en la consulta previa, únicamente puede participar la comunidad indígena afectada con el proyecto. La segunda forma de participación se refiere a un sujeto colectivo específico. Además, el interlocutor cuenta con un estatus particular: debe ser una autoridad tradicional. En otras palabras el desarrollo de la consulta previa debe presentarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida.

24.4. A su vez, esos mecanismos cuentan con procedimientos distintos. El Decreto 330 del

año 2007 reguló el procedimiento de las audiencias públicas ambientales, que se compone de la solicitud, la convocatoria, la preparación de la sesión con la publicidad de los estudios ambientales, la inscripción y su desarrollo. Por el contrario, el desarrollo de la consulta previa es acordado con la comunidad, por lo que “[n]o existe, un procedimiento único para que las consultas se lleven a cabo. La idea es que se determine, en cada caso, qué tipo de escenario sería el más propicio para abordar el tema, para confrontar las posiciones de los participantes y para plantear las observaciones pertinentes, en unas condiciones que, se repite, favorezcan el consenso”[183].

24.5. Además, las manifestaciones del principio de participación tienen funciones disímiles. Las audiencias públicas buscan informar a los ciudadanos sobre los pormenores del proyecto a desarrollar, son un mecanismo de socialización. La comunidad emite su opinión para que sea considerada por la autoridad ambiental, pese a que esta no es vinculante. En contraste, la consulta previa tiene por objetivo que, a través de la deliberación, se alcance un acuerdo “con las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc)”[184].

24.6. En la siguiente tabla puede resumirse las diferencias presentadas:

Consulta previa

Audiencias ambientales

Legitimidad para intervenir

Diálogo con las autoridades ancestrales reconocidas por la comunidad indígena. Se parte de una afectación directa.

Abierta. Sólo requiere inscripción para participar en la audiencia pública.

Desarrollo

Preconsulta – consulta – postconsulta. Trámite flexible.

La solicitud, la convocatoria, la preparación de la sesión con la publicidad de los estudios ambientales, la inscripción y su desarrollo.

Finalidad

Deliberación y diálogo para concertar una medida

Informar e intervenir sobre los pormenores del proyecto

24.7. En el caso sub-judice, el 31 de enero de 2014 se realizó una audiencia pública ambiental en el trámite de modificación del licenciamiento ambiental en los campos Quinde, Cohembi y Quillacinga. La sesión se adelantó en el aula máxima de la Institución Educativa Técnico Industrial San Francisco de Asís como resultado de la petición de más de 100 personas, que pertenecen a las 58 Juntas de Acción Comunal del Corredor Puerto Vega – Teteyé. Ahí intervinieron el Gobernador del Departamento de Putumayo, el Personero Municipal de Puerto Asís, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía –CORPOAMAZONÍA, el representante de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la comunidad en general.

24.8. Las autoridades mencionadas indicaron que se había decretado la calamidad sanitaria en el Municipio como resultado de las voladuras de oleoductos y alteraciones del orden público por parte de grupos armados al margen de la ley. Por tanto, manifestaron que se requería la recuperación de los daños ambientales causados. Reconocieron que la población requería del compromiso de las empresas privadas para desarrollar proyectos sociales y de trabajo.

24.9. El presidente de la empresa Consorcio Colombia Energy presentó el proyecto, mostró la ubicación y señaló los cambios que sufriría la licencia ambiental. Además, habló de la influencia ambiental y social del programa en la zona. Acto seguido, el peticionario de la audiencia intervino, al igual que otros integrantes de la comunidad y organizaciones como el sindicato campesino SINTRACFROMAYO. Indicaron que los habitantes de la zona estaban en desacuerdo con la modificación para la ampliación de la licencia de explotación petrolera. Censuraron que la ANLA no hubiera suministrado copias de los actos administrativos expedidos en el marco de la actuación administrativa. También referenciaron cartas donde las comunidades campesinas habían expresado su rechazo

sobre la ampliación de la licencia ambiental, en razón de que causaría impactos ambientales negativos en la fauna y flora del área. Inclusive, señalaron los daños que había sufrido el ecosistema por el derrame de petróleo del Oleoducto Trasandino y la contaminación de agua.

24.10. Además, advirtieron que el proyecto había traído una grave crisis humanitaria que consistió en la vulneración sistemática de derechos humanos de los habitantes de la región. Por ejemplo, asesinatos de líderes sociales, estigmatización de la protesta, intimidaciones a la comunidad, bombardeos indiscriminados y persecución del Ejército contra líderes comunales. En este grupo de intervinientes se pronunció el señor Reinerio Geipu, miembro de la comunidad indígena Awá, quien manifestó que su resguardo se encontraba ubicado en la vereda Teteyé con 24 familias y que venía de las montañas de Mocoa; adujo que la colectividad no podía disfrutar de la naturaleza y de la pesca; informó que habían sido señalados de guerrilleros, porque provenían de la selva; y rechazó la licencia ambiental.

24.12. De la descripción de la audiencia, la Sala Plena estima que, si bien esta sesión materializó uno de los mecanismos de participación de la comunidad en general, tal escenario no puede en manera alguna asimilarse a la consulta previa que ahora invoca la comunidad Awá La Cabaña. El mecanismo apropiado de participación para salvaguardar los derechos de una comunidad étnicamente diferenciada es la consulta previa. En el caso estudiado, la modificación de la licencia de explotación implicó el desarrollo de una actividad que afectó directamente a la comunidad Awá La Cabaña. Ante esa vulneración, el juez constitucional debía proteger el derecho fundamental a la consulta previa y desechar cualquier argumento que buscara reducir la intensidad del ámbito de protección del amparo.

25. Soluciones judiciales: las órdenes a impartir en la presente decisión

25.1. La Sala Plena de Revisión revocará, por las razones expuestas en esta providencia, las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa, que negaron la acción de tutela de la referencia. En su lugar, concederá el amparo a los derechos fundamentales a la consulta previa y al ambiente sano.

25.2. En consecuencia, la Sala ordenará al Ministerio del Interior, Dirección de Consulta

Previa, que adelante un proceso consultivo con la comunidad Awá “La Cabaña”, el cual tendrá dos objetivos: (i) identificar los impactos ambientales, espirituales, culturales y sociales que la explotación petrolera en los Campos Quinde, Cohembí y Quillacinga haya generado sobre la comunidad indígena Awá “La Cabaña”; y (ii) adoptar las medidas requeridas para prevenir, mitigar, corregir, recuperar o restaurar los efectos de esa actividad extractiva, tomando en cuenta los elementos relevantes de justicia ambiental desarrollados por la jurisprudencia constitucional. La consulta se presentará entre la comunidad Awá “La Cabaña”, el Consorcio Colombia Energy, la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, bajo la coordinación del Ministerio del Interior.

25.3 La Corte considera que un tiempo apropiado para que el Ministerio del Interior realice la convocatoria de esta consulta es tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia. Igualmente, la Corte considera que un término razonable para el proceso consultivo ordenado es seis (6) meses, contado a partir de su convocatoria, término que podrá ser prorrogado por una sola vez por otro lapso igual. Como es obvio, el proceso deberá respetar los principios que rigen la consulta previa que han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional y que fueron sistematizados en esta sentencia de unificación. Y para garantizar el cumplimiento de esos principios, la Corte considera que debe haber un acompañamiento a cargo de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, por lo cual la Corte les solicitará dicho acompañamiento y que en desarrollo de esa labor remitan cada cuatro meses un informe sobre el cumplimiento de la presente decisión al Tribunal Superior de Mocoa, juez de primera instancia de este proceso.

25.4. Para que los resultados de la consulta permitan amparar verdaderamente los derechos de la comunidad, es necesario que las medidas específicas que se adopten en beneficio del pueblo accionante para prevenir, recomponer, mitigar, recuperar o restaurar las afectaciones contengan, como mínimo, los parámetros que se enuncian a continuación: (i) fechas y plazos precisos que permitan hacer un seguimiento de las medidas de prevención, recomposición, mitigación, recuperación o restauración a implementar; (ii) prever mecanismos de control y evaluación, que faciliten el monitoreo sobre el avance de las alternativas y sus grados de cumplimiento ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa; y (iii) tener por objeto promover el derecho de la comunidad Awá La Cabaña a acceder y disponer de un ecosistema y de recursos naturales que permitan su existencia

digna.

25.5. Ahora debe la Corte determinar si procede o no la suspensión de las actividades de exploración y explotación petrolera, debido a la vulneración del derecho a la consulta previa, para lo cual tiene en cuenta que: i) en dos escritos, con posterioridad a la solicitud de tutela, el representante de la comunidad señaló explícitamente que su interés no es detener la explotación de hidrocarburos; ii) que la empresa adujo que un número importante de trabajadores podría ver afectado su empleo en caso de que esa explotación fuera suspendida; iii) que según informe de ECOPETROL S.A. este campo petrolero da al Estado colombiano y al departamento de Putumayo recursos financieros importantes para la satisfacción de los derechos de la comunidad; y iv) que según la accionada no es evidente que la suspensión de la explotación petrolera sea necesaria para restaurar los derechos de este grupo étnico. No obstante, la Corte no puede tampoco ignorar que: i) la empresa no obró con la debida diligencia frente a los derechos de la comunidad indígena Awá “La Cabaña”; quien además ii) ha sufrido intensos perjuicios ambientales y culturales debido a la presencia de estos pozos petroleros; y iii) hace parte de un pueblo indígena en peligro de extinción. Esos factores sugieren que la explotación debería ser suspendida.

25.6. En estas condiciones la Corte considera que en las presentes circunstancias, lo más razonable será dar prevalencia a la voluntad de los representantes de la comunidad, según la cual su interés no es detener la exploración petrolera, y al hecho de que, conforme a las pruebas del proceso, no es evidente que dicha suspensión sea necesaria para restaurar los derechos de este grupo étnico. Por ello, en la parte resolutive de esta sentencia, no se ordenará la suspensión de la exploración petrolera. Deberá ser en el marco del propio acuerdo de consulta previa en donde se determine si es procedente o no la suspensión de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos que se desarrollan en los pozos Cohembi 4, 8 y 11. Lo anterior, comoquiera que hace parte del objeto mismo de la consulta pues se trata de una consecuencia de las afectaciones ambientales y de salud sufridas por la comunidad Awá “La Cabaña”. Adicionalmente, el proceso consultivo deberá determinar si es necesario o no modificar los actos administrativos que dieron lugar tanto al plan de manejo ambiental (Resoluciones 587 de 1998, 704 de 1998 y 1358 de 2005), como a las licencias -ambientales- que autorizaron el desarrollo y modificación del proyecto (Resoluciones No.0937 de 2009, 1930 de 2010 y 551 de 2014 de 2014), pues son medidas que, consecuentemente, deberán responder a los eventuales ajustes acordados. Por eso la

Corte ordenará a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– que, en caso de que sea necesario, en el término de diez (10) días siguientes a la protocolización de los acuerdos derivados del trámite de la consulta con la comunidad accionante, modifique el plan de manejo ambiental y los actos administrativos que sea necesario ajustar.

25.7. Una vez desarrollado el proceso consultivo y en caso de lograr un acuerdo, las autoridades administrativas involucradas (ANLA y Corpoamazonía) deberán remitir el correspondiente informe sobre el cumplimiento de las medidas al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa.

25.8. En caso de no llegar a un acuerdo producto de la consulta previa, las mismas autoridades concernidas, previo a adelantar cualquier actuación, deberán tener en cuenta la intensidad de los impactos identificados para desarrollar las actividades de mitigación, recuperación, recomposición y restauración de daños ambientales, con base en las reglas jurisprudenciales fijadas en esta decisión (Supra, apartado 15).

25.9. – En este evento de falta de acuerdo, la Corte reasumirá directamente la competencia del caso para evaluar las razones que llevaron a esa falta de acuerdo y cuáles son las medidas necesarias a ser adoptadas para asegurar la protección efectiva de los derechos tutelados de la comunidad Awá La Cabaña. Con base en esa evaluación y la información recibida del proceso de consulta, la Corte impartirá las órdenes pertinentes, que podrían incluir la suspensión de la operación petrolera en los campos Quinde, Cohembí y Quillacinga. Para tal efecto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa informará a la Corte de la falta de acuerdo y le remitirá el proceso, incluyendo los informes respectivos de la Defensoría del Pueblo, de la Procuraduría General de la Nación, de la ANLA y de Corporamazonía.

La Corte recuerda que la competencia de este Tribunal Constitucional para asumir la vigilancia de sus providencias se activa, entre otras, cuando la sentencia cuyo cumplimiento se persigue incluye órdenes complejas, cuya efectividad demanda un seguimiento permanente o la adopción de nuevas determinaciones, lo cual sucede en este caso, en el evento de que no logre llegarse a un acuerdo en el proceso de consulta ordenado en esta sentencia. Adicionalmente la Corte ha explicado que “(...) la Corte es autónoma tanto para determinar la oportunidad en la cual interviene, es decir, si lo hace antes o después del juez

de primera instancia como para definir qué tipo de medidas son las adecuadas al propósito de dar cumplimiento al fallo”. (Al respecto, consultar los Autos 010 de 2004, 045 de 2004 y 244 de 2010)

25.10. Adicionalmente, se exhortará al Gobierno Nacional, Ministerio del Interior, y al Congreso de la República para que realicen los ajustes de regulación correspondientes que permitan incorporar expresamente dentro de los Certificados de presencia de las comunidades étnicas un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar el proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas con independencia de la limitación del área de influencia.

Dicho estudio debe seguir las reglas fijadas en relación con el concepto de afectación directa señaladas en la presente sentencia. Las modificaciones deberán incluir los ajustes institucionales necesarios para que la autoridad encargada de expedir los certificados de presencia de comunidades étnicas, con base en el concepto de afectación directa, cuenten con la debida independencia y autonomía administrativas y financieras para ejercer su función.

25.11. Finalmente, se ordenará al Ministerio del Interior que disponga los trámites necesarios para traducir la síntesis y la parte resolutive de este pronunciamiento en la lengua Awá - Pit del pueblo indígena Awá “La Cabaña”, que habita en el municipio de Puerto Asís (Putumayo). La medida mencionada cumple la obligación consignada en el artículo 8º de la Ley 1712 de 2014[185], que consiste en garantizar la accesibilidad de la información relevante para los pueblos indígenas, como en el caso de esta providencia, que afecta sus derechos. Así mismo, esta orden de traducción materializa y promueve la construcción de un diálogo intercultural entre las autoridades administrativas y el pueblo indígena demandante, presupuesto indispensable para el cumplimiento del presente fallo[186].

V. SÍNTESIS

Con base en la demanda, la Sala aborda los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿debía o no haberse realizado la consulta previa con la comunidad Awá La Cabaña, por la exploración y explotación de hidrocarburos que ha realizado el Consorcio Colombia Energy con el proyecto denominado “desarrollo de los Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga”?; y (ii) ¿se

ha vulnerado el derecho fundamental al ambiente de la comunidad Awá “La Cabaña” en la ejecución de las referidas obras relacionadas con la explotación de hidrocarburos?

La Sala asume la tarea de presentar el balance judicial vigente sobre la consulta previa en materia de explotación de recursos no renovables. Para el efecto se sintetizan los conceptos, principios y reglas que surgen del examen de la jurisprudencia colombiana y que coinciden plenamente con los criterios evolutivos desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos.

En relación con su naturaleza y finalidad este Tribunal Constitucional ha indicado que la consulta previa es un derecho fundamental, que protege a los pueblos indígenas y tribales y tiene carácter de irrenunciable. Esto implica que:

(i) el objetivo de la consulta previa es intentar lograr en forma genuina y por un diálogo intercultural el consentimiento con las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas que las afecten; (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes; (iii) por medio de la consulta se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados; (iv) la consulta debe ser un proceso intercultural de diálogo en el que el Estado debe entonces tomar las medidas necesarias para reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan tener los pueblos étnicos; (v) en este diálogo intercultural ni el pueblo tiene un derecho de veto ni el Estado un poder arbitrario de imposición de la medida prevista; (vi) la consulta debe ser flexible, es decir, adaptarse a las necesidades de cada asunto; (vii) la consulta debe ser informada, esto es dispensar a los pueblos indígenas y tribales la información suficiente para que ellos emitan su criterio; (viii) la consulta debe respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes.

Como se indica en esta sentencia la consulta previa procede siempre que exista la posibilidad de afectación directa del grupo étnico. La afectación directa es un concepto jurídico indeterminado que hace referencia al impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica.

En el caso concreto de la afectación directa por proyectos de exploración y explotación de recursos no renovable incluye: (i) el impacto en el territorio de la comunidad tradicional; o

(ii) el impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo. El concepto de afectación directa difiere del de área de influencia, este último se refiere a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos, en tanto la afectación directa, como se indicó, es un concepto esencial para determinar cuándo se activa la consulta previa y se identifican los impactos.

El concepto de territorio de las comunidades étnicas trasciende el espacio físico (concepto geográfico de territorio) y se vincula a elementos culturales, ancestrales así como espirituales (concepto amplio de territorio), de manera que no es posible equipararlo al concepto de propiedad del derecho civil. El concepto geográfico de territorio comprende el espacio reconocido legalmente bajo la figura del resguardo. El concepto amplio de territorio incluye las zonas que habitualmente ha ocupado la comunidad indígena, al igual que los lugares en donde tradicionalmente han desarrollado sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales. Esta hipótesis comprende también el territorio al que se desplazan las comunidades étnicas, por razones como el conflicto armado, grandes proyectos ambientales, o por las grandes obras de infraestructura, cuando allí desarrollan sus prácticas de supervivencia. Además, la jurisprudencia ha precisado que la ausencia de reconocimiento oficial de una comunidad es insuficiente para que el Estado o un privado se niegue a consultar una medida con una comunidad étnica.

Para determinar el alcance de este territorio amplio, las autoridades deben tomar en consideración en el caso concreto los elementos económicos, culturales, ancestrales, espirituales que vinculan a un pueblo étnico a un determinado espacio.

Es igualmente posible que las autoridades competentes, para establecer si existe o no afectación directa por impacto en el territorio, tomen en consideración la intensidad, la permanencia y la exclusividad con la cual un pueblo étnico ha ocupado o no un determinado espacio específico, al igual que sus particularidades culturales y económicas como pueblo nómada o sedentario o en vía de extinción. Para el efecto, será determinante verificar la intensidad, permanencia efectiva o grado de exclusividad de las prácticas culturales, ancestrales, espirituales o económicas de la comunidad en el territorio amplio, lo cual realizarán las autoridades públicas, en diálogo con las autoridades indígenas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT.

La afectación directa se presenta si existe evidencia razonable de que, con la medida, se perjudique i) la salud, así como el ambiente, representado en la inequidad frente a la distribución de cargas y beneficios ambientales; y ii) las estructuras sociales, espirituales, culturales y ocupacionales en un colectivo, que no pueden ser percibidos por estudios técnicos ambientales. Por tal razón el derecho a la consulta previa se encuentra vinculado a los imperativos de justicia ambiental, que busca un reparto equitativo y participativo de los costos y beneficios de los proyectos con impactos ambientales diferenciados.

Para determinar la posible afectación de los mandatos de la consulta previa, la Corte considera necesario tomar en cuenta los parámetros (deberes) de debida diligencia del Estado y las empresas, previstos en la Observación General número 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos[187] (Principios Ruggie), y los informes del Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas, a través de sus informes[188], dado que constituyen criterios relevantes de interpretación normativa para valorar su actuación, en relación con el deber de desarrollar la consulta previa.

A la luz del principio de proporcionalidad, la consulta previa como manifestación del derecho a la participación se presenta en diferentes niveles: participación básica, consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado. Una afectación intensa requiere del consentimiento previo, libre e informado procede ante: i) el traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; ii) medidas que implican un alto impacto social, cultural y ambiental que ponga en riesgo su subsistencia; o iii) las relacionadas con el almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos -tóxicos- en sus tierras y territorios. En los demás casos procederá, por regla general, la consulta previa, salvo en el caso en el que se evidencia que no existe afectación directa de la comunidad, situación en la que se deberá aplicar el estándar básico de participación.

En relación con la operatividad de la consulta previa y su aplicabilidad en el tiempo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la consulta debe ser previa, por lo cual debe existir una preconsulta, pero que en todo caso opera en todas las fases del proyecto, obra o actividad. En este sentido, todo cambio sustancial (jurídico o factico) en las condiciones del proyecto que implique la adopción de nuevas medidas o altere significativamente el sentido de las medidas ya tomadas renueva el deber de consulta previa. De manera especial, la

consulta procede aun cuando el proyecto esté en marcha, e incluso, cuando haya finalizado. En este caso la consulta se dirige a la adopción de actividades, obras o medidas de contingencia para reparar, recomponer, restaurar o recuperar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, según el daño sufrido por la comunidad étnica. Las medidas reparatorias deben realizarse con un enfoque diferencial que tome en cuenta las particularidades del pueblo afectado (etno-reparaciones).

En cuanto a la validez de la certificación que expide el Ministerio del Interior sobre la no presencia de comunidades indígenas y tribales en el área de influencia de un proyecto, esta sentencia precisa que esta no es válida para eximirse de la consulta previa cuando se advierta o acredite una afectación directa a un pueblo étnico.

El operador administrativo será responsable en este trámite por incumplimiento de las normas del Convenio 169 OIT. Por tal razón, la Corte considera que los certificados de presencia de las comunidades étnicas deben incluir un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar un proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas, con independencia de la limitación del área de influencia.

En cuanto a los acuerdos, se precisa que el Estado y el agente económico tienen la obligación de materializar y cumplir lo pactado. En caso de que la consulta haya sido realizada en debida forma y no haya acuerdo, el Estado puede tomar e implementar la medida, mediante decisión motivada, siempre y cuando su decisión: (i) esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo, (ii) esté basada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación; (iii) tome en consideración, hasta donde sea posible, las posiciones expresadas por las partes, y en especial el pueblo étnico, durante la consulta; (iv) respete los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 OIT; y (v) prevea mecanismos eficaces, idóneos y eficientes para atenuar los efectos negativos de la medida.

Cuando se requiera CPLI, el Estado en principio sólo tiene la facultad de implementar medida si obtiene el consentimiento, previo, libre e informado de la comunidad indígena. Sin embargo, en casos excepcionales, la medida podrá ser implementada sin el consentimiento de los pueblos, pero el Estado deberá en todo caso garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física-cultural) de las comunidades étnicas diversas y

deberá realizar las correspondientes reparaciones a los pueblos por esta determinación.

A la hora de determinar el remedio judicial correspondiente y valorar las actuaciones que se desarrollan en el marco de la consulta previa, solo se pueden permitir limitaciones que sean constitucionalmente legítimas, es decir, que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. Para el efecto se deben ponderar y explorar los siguientes elementos: (i) la posición y las propuestas de los actores, (ii) el comportamiento de la empresa y en particular si ésta tuvo o no la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico, (iii) cuál es la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios -tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, (iv) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; (v) los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o, por el contrario, por la continuación del proyecto, y (vi) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano.

Para la Sala Plena, al analizar el sub examine, la comunidad Awá “La Cabaña” se ha visto afectada directamente con el proyecto de explotación “Desarrollo de los Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga”, localizado en jurisdicción del municipio de Puerto Asís en el departamento de Putumayo.

Se verificó que la explotación petrolera ha causado impactos ambientales negativos que menoscaban la vida de la comunidad Awá “La Cabaña” y su estructura cultural y que se vulnera el derecho al ambiente sano. Estos son[189]: i) la contaminación de afluentes que la colectividad demandante utiliza para pescar o para el consumo humano; ii) la mortandad de fauna local que se usa para la alimentación de la comunidad; iii) el deterioro de la flora y vegetación, de manera que no pueden acceder a las plantas medicinales para ejercer medicina tradicional; iv) la disminución de la calidad del aire derivada de la polución que surge del paso de carro-tanques que transportan el petróleo; y v) la acumulación de los anteriores factores lesiona el derecho a la salud de la comunidad a partir de la contaminación que generan los anteriores factores ambientales.

La Sala concluye que el material probatorio acreditó la existencia de una afectación directa, en particular por los siguientes aspectos[190]: i) la clasificación de la zona donde se encuentra comunidad como un área de influencia con restricciones mayores, además de las resoluciones dictadas desde el año 1998, en las que se evidencia el conocimiento sobre la existencia de la comunidad accionante; ii) la visita de la Defensoría del Pueblo, y el material fotográfico que sustentaba la misma; iii) la apertura de procesos sancionatorios administrativos por incumplimiento de la normatividad ambiental en contra de la empresa; y iv) los testimonios de la comunidad y, en particular, del Personero del Municipio de Puerto Asís y de las autoridades indígenas Awá “La Cabaña” y de otras etnias.

Al analizar las licencias ambientales se encontró que estas registraron la posibilidad de intervenir zonas en que habita la comunidad actora. Se advirtió que el pueblo Awá se encuentra ubicada dentro del área de influencia. Esa clasificación no descarta la afectación directa, pues se intervinieron lugares donde la comunidad desarrollaba su vida cotidiana.

Al evaluar la actuación de los accionados, la Sala concluye que se vulneró en repetidas ocasiones el derecho a la consulta previa, debido a que en múltiples momentos se omitió consultar a la comunidad Awá “La Cabaña” la ejecución del proyecto. En concreto, ello sucedió: i) con la expedición de la Resolución No 0937 de 2009, que otorgó la licencia ambiental del proyecto; ii) en la emisión de la Resolución No 124053 de 2010, proferida por el Ministerio de Minas y Energía que autorizó el inicio “de Explotación de los Campos Quinde, Quillacinga-Curiquinga-Piñuña, y Cohembí del Contrato de Producción Incremental No 43, CPI Área Suroriente”; iii) con el decreto de las Resoluciones No 1930 de 2010 y No 0551 de 2014, las cuales modificaron el acto administrativo 0937 de 2009; y iv) por el inicio de actividades producto de los cambios sustanciales o adiciones del permiso de labores.

En ese contexto, esta Corporación estima que la Agencia Nacional de Licencias Ambientales quebrantó el derecho a la consulta previa de la parcialidad indígena Awá “La Cabaña”, al emitir las Resoluciones No.0937 de 2009, 1930 de 2010 y 551 de 2014 de 2014, por las cuales se autorizó el proyecto denominado “desarrollo de los Campos Quinde, cohembí y Quillacinga”-, porque no tuvo en cuenta que ese programa causaría una afectación directa a la comunidad.

En las resoluciones señaladas se utilizó el área de influencia directa del proyecto para

identificar la procedibilidad de la consulta previa, sin advertir que existían efectos que menoscaban a la colectividad Awá “La Cabaña”, al lesionar su ambiente, salud y su territorio. Por tal razón, la ANLA desatendió que se presentaba una afectación directa a la comunidad.

Adicionalmente, se concluye que el Ministerio del Interior conculcó el derecho mencionado de la comunidad Awá “La Cabaña”, porque certificó que el proyecto de explotación petrolera no causaba afectación alguna a dicho pueblo. En sus certificaciones, esa cartera ministerial se concentró en verificar si existía traslape del área de influencia del proyecto con las tierras tituladas de la comunidad, evaluación que descartó la visión amplia y cultural de territorio, al igual que los demás criterios de afectación directa, como son las perturbaciones culturales, ambientales o en la salud de los grupos étnicos diversos, en los términos señalados por la jurisprudencia constitucional.

En consecuencia, la certificación expedida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio no se ajustó a las reglas jurisprudenciales que han precisado el concepto de afectación directa.

En ese contexto, el Consorcio Colombia Energy, el Ministerio del Interior y la Autoridad Ambiental no podían eximirse de adelantar la consulta previa con la comunidad indígena Awá La Cabaña, con sustento en que la certificación señalaba la no presencia de ese pueblo en la zona de influencia del proyecto. Por el contrario, se demostró que se conocía de antemano, que las actividades de exploración y explotación de petróleo que se llevarían a cabo en los campos colindantes de Quinde, Cohembí y Quillacinga, eran susceptibles de afectar directamente al pueblo Awá.

Para valorar la vulneración del derecho a la consulta previa, la Corte advierte que la compañía demandada no cumplió con los parámetros de debida diligencia que le correspondían, y que desarrollan y dan eficacia a los mandatos y contenidos esenciales del marco normativo de la consulta previa como el Convenio 169 OIT y la UNIDRIP.

En particular, se inobservó: (i) el deber de debida diligencia en el reconocimiento, toda vez que conocía de la localización de la comunidad y no identificó de antemano la existencia del pueblo Awá, pese a las potenciales afectaciones derivadas de sus actividades, (ii) el deber de diligencia sobre las tierras, territorios y recursos naturales, en la medida en que opuso la

falta de identificación del territorio como argumento para no garantizar el derecho al territorio y a la consulta previa, y (iii) el deber de diligencia en consultar, ya que desconoció el hecho de que es necesario consultar en los diferentes momentos en que se presentan modificaciones sustanciales al desarrollo de un proyecto. De manera que, conforme a lo explicado debe concederse la protección constitucional.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso mediante Auto de 21 de agosto de 2015.

SEGUNDO.- REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia del 16 abril de 2015, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, la cual confirmó la sentencia del 17 de febrero de 2015 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa, Sala Única de Decisión, que negó la acción de tutela de la referencia. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa y al ambiente sano de la comunidad indígena Awá La Cabaña, localizada en el Municipio de Puerto Asís, Departamento del Putumayo, dentro de la acción de tutela incoada por el Gobernador del Cabildo Indígena Awá La Cabaña, Juvencio Nastacuas Pai contra el Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, y el Consorcio Colombia Energy, integrado por las empresas VETRA E&P Colombia S.A.S, Petrotesting Colombia S.A y Southeast Investment Corporation, con operación petrolera en los campos Quinde, Cohembí y Quillacinga, cuya titularidad corresponde a ECOPETROL S.A.

TERCERO.- ORDENAR al Ministerio del Interior, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía - CORPOAMAZONÍA -, o quien haga sus veces, para que, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia, convoque a la comunidad indígena Awá La Cabaña, para adelantar un proceso de consulta, el cual tendrá dos objetivos generales y transversales. El primero consistirá en identificar los impactos ambientales, espirituales,

culturales y sociales que la explotación petrolera en los Campos Quinde, Cohembí y Quillacinga haya generado sobre la comunidad indígena Awá “La Cabaña”. El segundo consistirá en proponer e implementar las medidas requeridas para prevenir, mitigar, corregir, recuperar o restaurar los efectos de esa actividad extractiva. La consulta se surtirá entre la comunidad Awá “La Cabaña”, el Consorcio Colombia Energy, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia -CORPOAMAZONÍA- y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, bajo la dirección del Ministerio del Interior. El proceso consultivo ordenado deberá adelantarse en un plazo máximo de seis (6) meses, contado a partir de su convocatoria, término que podrá ser prorrogado por una sola vez por otro lapso igual. A su vez, se deberán respetar los principios que rigen la consulta previa, en los términos indicados en los fundamentos de esta providencia. El acompañamiento del proceso de consulta estará a cargo de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación.

Las medidas específicas que se adopten en beneficio de la comunidad accionante para prevenir, recomponer, mitigar, recuperar o restaurar las afectaciones deberán atender el criterio de justicia ambiental y contener, como mínimo, los parámetros que se enuncian a continuación: (i) fechas y plazos precisos que permitan hacer un seguimiento de las medidas de prevención, recomposición, mitigación, recuperación o restauración a implementar; (ii) prever mecanismos de control y evaluación, que faciliten el monitoreo sobre el avance de las alternativas y sus grados de cumplimiento ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa; y (iii) tener por objeto promover el derecho de la comunidad Awá La Cabaña a acceder y disponer de un ecosistema y de recursos naturales que permitan su subsistencia.

CUARTO.- En caso de que el proceso de consulta no conduzca ni concluya en un acuerdo la ANLA y CORPOAMAZONÍA, según sus competencias legales, podrán adoptar las decisiones pertinentes debidamente motivadas, las cuales deben ser razonables y proporcionadas, de conformidad con los criterios señalados en la parte motiva de esta sentencia, en especial en el fundamento 15.2. En ese evento el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa debidamente informado remitirá el proceso a la Corte Constitucional, la cual reasumirá competencia para asegurar la protección efectiva de los derechos tutelados de la comunidad Awá La Cabaña, para lo cual impartirá las órdenes pertinentes, que podrían incluir la suspensión de la operación petrolera en los campos Quinde, Cohembí y

Quillacinga.

QUINTO.- ORDENAR a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– que, en caso de que sea necesario, en el término de diez (10) días siguientes a la protocolización de los acuerdos derivados del trámite de la consulta con la comunidad accionante, modifique el plan de manejo ambiental.

SEXTO.- EXHORTAR al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que, con base en los lineamientos expuestos en esta sentencia: adopten las medidas pertinentes para regular lo relacionado con los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas, que hagan efectivo el derecho a la consulta previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT; así mismo se realicen los ajustes para que la institución encargada de otorgar los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas cuente con autonomía e independencia administrativa y financiera, necesarias para ejercer adecuadamente su función.

SÉPTIMO.- ORDENAR al Ministerio del Interior que, en uso de sus facultades legales y en cumplimiento de las funciones que le atribuye el artículo 5° de la Ley 199 de 1995, disponga los trámites necesarios para traducir, en un término no mayor a un (1) mes, posterior a la notificación de esta sentencia, la síntesis y la parte resolutive de este pronunciamiento en la lengua awá-pit del pueblo indígena Awá La Cabaña que habita en el municipio de Puerto Asís, Putumayo. También deberá proceder a dar lectura de la síntesis y parte resolutive del fallo en un acto público en el cual participe la comunidad y las autoridades correspondientes del Cabildo Indígena Awá La Cabaña.

OCTAVO.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación vigilar, apoyar y acompañar el pleno cumplimiento de lo determinado en el presente fallo, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos aquí protegidos, así como garantizar la participación y la consulta de la comunidad Awá “La Cabaña”. En desarrollo de esa labor, las autoridades referidas deberán remitir cada cuatro (4) meses un informe sobre el cumplimiento de la presente decisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa (Putumayo), juez de primera instancia de este proceso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Vicepresidenta

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con aclaración de voto

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS

Conjuez

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Conjuez

ANEXO I: RESEÑA DE LA TRAZABILIDAD DEL PROYECTO

1. Resolución No. 0587 de 2 de julio de 1998, “por medio de la cual se establece un plan de manejo ambiental”.

El 1 de octubre de 1996, la Gerencia Sur de la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL – requirió los términos de referencia para la elaboración de un Plan de Manejo Ambiental -en adelante PMA- para pruebas extensas en los Campos del Área Suroriente (Quillacinga, Curiquinga y Piñuña). En comunicación[191] D.G.A.I. 3796 de julio 18 de 1997, la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, manifiesta que no existen comunidades, resguardos ni territorios indígenas en el área de influencia del proyecto. En escrito GSV-59 del 13 de junio de 1997, y por visita de campo al área de influencia del proyecto el 31 de octubre de 1997, la Subdirección de Ordenación y Evaluación Ambiental del Ministerio profirió concepto No. 459. El estudio del PMA contempla dos etapas: la fase 1 denominada pruebas extensas de producción que involucra la construcción de una batería de producción en el área del pozo de Quillacinga; y la fase 2 denominada infraestructura de transporte y con carácter opcional.

2. Contrato de producción incremental en el área Suroriente entre ECOPETROL S.A. y el CONSORCIO COLOMBIA ENERGY

ECOPETROL S.A., como parte de las actividades del Plan Quinquenal comprendido entre 1988 y 1991, desarrolló tres campos productores en el Área Suroriente (Quillacinga, Curiquinga y Piñuña). En 2001, ECOPETROL S.A. y el Consorcio Colombia Energy[192], suscribieron un contrato de producción incremental[193] de hidrocarburos en el Área Suroriente, inicialmente por 22 años. La ejecución comprendía un área de 37.927 hectáreas. El Consorcio Colombia Energy debía, entre otros, asegurar capacidad financiera, competencia técnica y habilidades profesionales necesarias para ejecutar las actividades de producción incremental de hidrocarburos en los campos iniciales y en posibles nuevos

descubrimientos en el volumen contratado.

Además, dentro de las obligaciones, garantías, responsabilidades y etapas, se incorporó en el punto 7.10 que la asociada asumía “los costos de manejo ambiental y sanitarios”. De igual forma, se suscribieron dos otros: el primero del año 2002, en el cual se modificó la cláusula tercera del contrato relativa al volumen contratado y, el segundo, del año 2003, que varió el punto de entrega, los costos y las tarifas del transporte, entre otros aspectos medulares. La empresa designada como operadora y responsable de la ejecución del proyecto se denomina VETRA Exploración y Producción Colombia S.A.S. Fue la encargada de adelantar los respectivos trámites o requerimientos sobre licencias, permisos y otros, de acuerdo con la Ley 99 de 1993, actualmente reglamentada por el Decreto 2041 de 2014. En virtud de lo establecido en el artículo 51 de la Ley 99 de 1993, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial era la entidad competente para otorgar “una licencia ambiental global”[194].

3. Resolución No. 1358 de 19 de septiembre de 2005, “por la cual se autoriza la cesión de un Plan de Manejo Ambiental”.

El 17 de mayo de 2005, ECOPETROL solicitó modificación del artículo 1° de la Resolución 587 de 2 de julio de 1998, para la construcción y operación de unas facilidades tempranas de producción en la locación del Pozo Quinde - 1. El 3 de agosto de 2005, ECOPETROL solicitó la cesión de derechos y obligaciones del PMA para el proyecto “Pruebas extensas de producción en los campos del Área Suroriente (Quillacinga, Curiquinga y Piñuña) de la Gerencia Sur de ECOPETROL en su Fase I”. El Ministerio autorizó la cesión del PMA establecido mediante Resolución 587 de 1998, aclarada mediante Resolución 704 de 1998.

4. Resolución 0937 del 22 de mayo de 2009 “por la cual se otorga una licencia ambiental global y se toman otras determinaciones”

El Consorcio Colombia Energy presentó el 27 de junio de 2008, un requerimiento formal de Licencia Ambiental Global -en adelante LAG- para la realización del proyecto denominado “producción y Explotación de Hidrocarburos en las Áreas de Interés Quinde, Cohembí y Quillacinga”. En dicha solicitud anexó una certificación del INCODER en el que se lee que “el proyecto no se cruza ni traslapa con tierras de Resguardos Indígenas ni con tierras de

comunidades negras...”[195]. Aportó otra certificación expedida por el Ministerio de Interior y Justicia -Dirección de Etnias-, de fecha 9 de octubre de 2007. Por Auto No. 2153 de 9 de julio de 2008, dicho ministerio inició el trámite administrativo de solicitud de LAG. También ordenó al Grupo de Evaluación de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales, realizar una visita para evaluar el proyecto del 12 al 15 de agosto de 2008. El Ministerio de Interior y Justicia -Dirección de Asuntos Indígenas-, por oficio de 1º de diciembre de 2008, ratificó[196] la no presencia de grupos étnicos en el área de influencia directa del proyecto.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial por Resolución No. 0937 del 2009, otorgó LAG al Consorcio Colombia Energy para perforar, explotar y operar pozos, adecuar plataformas existentes, construir nuevas locaciones, vías de acceso y líneas de flujo, entre otras. Se incluyó la intervención -con restricciones mayores- de los ríos, quebradas, ciénagas, lagunas y las comunidades indígenas Páez La Libertad, Inga El Palmar y Awa autorizó (artículo 4º) el aprovechamiento y/o afectación de los siguientes recursos naturales renovables: i) la captación de aguas superficiales de fuentes naturales para las actividades de obras civiles, perforación, líneas de flujo y sus pruebas hidrostáticas; ii) el vertimiento directo de aguas residuales provenientes de las actividades de los campos de desarrollo Quinde, Cohembí y Quillacinga, previamente tratadas; iii) la injerencia en la cobertura vegetal para la construcción de las obras; y iv) las emisiones atmosféricas a las fuentes fijas consistentes en teas, destinadas a quemar el gas proveniente de los procesos de perforación, producción y explotación de los pozos.

5. Resolución No. 1930 de 1 de octubre de 2010 “por la cual se modifica la Resolución 0937 de mayo 22 de 2009”

El 30 de noviembre de 2009, el Consorcio Colombia Energy presentó solicitud de modificación de la LAG[197] ante la ANLA, allegando un “Estudio de Impacto Ambiental para la Modificación Ambiental Global, Oficio del INCODER con radicado 20092170417 del 13 de octubre de 2009, en el cual se certifica que el área de los Bloques Quinde, Cohembí y Quillacinga, no se cruza o traslapa con territorio legalmente titulado a Resguardos Indígenas o con títulos colectivos pertenecientes a comunidades afrocolombianas...”[198]. En esta licencia, se adicionó la construcción de nuevos corredores de acceso, seis plataformas multipozos, la perforación de otros pozos y la ampliación de las locaciones existentes, entre

otros aspectos. En el artículo 3º de esta Resolución, se mantuvo la inclusión de la comunidad indígena Awá en el área de intervención con restricción mayor.

6. Resolución No. 0551 del 30 de mayo de 2014 “por la cual se modifica la licencia ambiental otorgada mediante resolución 937 del 22 de mayo de 2009 y se dictan otras disposiciones”

El 21 de marzo de 2012, el Consorcio Colombia Energy realizó otra solicitud formal de modificación de la Licencia Ambiental Global. Aportó los siguientes documentos: estudio del impacto ambiental, copia de la constancia de radicación de este estudio ante CORPOAMAZONIA, certificación del INCODER en la cual se indica la no presencia de comunidades indígenas en el área de interés del proyecto y certificación expedida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior y de Justicia.

Mediante Certificación 63 de 2012, dio por cierta la presencia de la comunidad indígena Awá La Cabaña en la zona de influencia directa del proyecto e indicó que debía realizarse el proceso de consulta previa. El Consorcio Colombia Energy interpuso recurso de reposición y la Dirección de Consulta Previa Del Ministerio del Interior revocó la decisión previa por cuanto la comunidad indígena Awá La Cabaña se encuentra por fuera (1 kilómetro) del polígono que delimita el área del proyecto. En su lugar, dictó la Certificación No. 387 de 9 de marzo del mismo año para declarar que: “no se identifica la presencia de comunidades indígenas” (Folio 442) la cual se utilizó para ampliar la LAG. La Resolución 0551 de 2014 introdujo las siguientes modificaciones en la LAG: i) ampliación en el área de interés de desarrollo (áreas de los campos Quinde, Cohembí y Quillacinga); ii) perforación de nuevos pozos; iii) construcción de plataformas multipozos, vías de acceso y líneas de flujo; iv) exploración de aguas subterráneas; v) crecimiento de la infraestructura existente y de las condiciones operativas, entre otros ejes temáticos.

ANEXO II: PRUEBAS RECAUDADAS EN INSTANCIA

- OF106-12806-DET-1000 del 6 de junio del 2006 del Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Etnias. En la cual se comunica que “se debe hacer consulta con el asentamiento indígena ubicado en la vereda ‘La Cabaña’”. (Cuaderno 1. Folios 22-23).

- Resolución No. 012 de enero 9 de 2015, posesión a la directiva del cabildo Awá La Cabaña. (Cuaderno 1 de Instancias Folios 15-16)
- Resolución No. 043 de 18 de enero de 2014, por medio de la cual se posesionan los cabildos y resguardos indígenas ante el Alcalde de Puerto Asís. (Cuaderno 1 de Instancias 18-21)
- Certificación 063 de 2012 “sobre la presencia o no de grupos étnicos en las zonas de proyecto, obras u actividades a realizarse”. Confirma la presencia de comunidad indígena Awá, dentro de las áreas de influencia del proyecto. (Cuaderno 1 Folios 24-31 y Cuaderno 1.2 Folios 1-3).
- Resolución 633 del 2012, por la cual se niega la presencia de comunidad en la zona y se revoca la resolución 063 del 2012. (Cuaderno 1.2. Folios 435-440).
- Auto No. 3287 de 10 de diciembre de 2007, de inició el trámite administrativo para la licencia ambiental requerida por COLOMBIA ENERGY al Ministerio de Ambiente. (Cuaderno 1 Folios 32-35)
- Mapa de ubicación del proyecto dentro del territorio indígena y la distribución del proyecto. (Cuaderno 1.2 Instancias Folios 502)
- Resolución No. 0937 de 22 de mayo de 2009 del Ministerio de Ambiente, por la cual se otorgó licencia ambiental global al Consorcio Colombia Energy. (Cuaderno 1.1 Folios 24-31 y 206-265)
- Resolución No. 1930 del 1 de octubre de 2010 del Ministerio de Ambiente, que modifica la resolución No. 0937. (Cuaderno 1.1 folios 266-315)
- Resolución 0551 de 30 de mayo de 2014 de la ANLA, para modificación de la licencia ambiental. (Cuaderno 1.1 folios 316-423)
- Resolución No.387 de 9 de marzo de 2012 del Ministerio del Interior “sobre la presencia o no de grupos étnicos en las zonas de proyectos, obras u actividades a realizarse”. (Cuaderno 1.2. de instancias folios 441-444)

- Oficio No. 20111119214 expedido por el INCODER. (Cuaderno 1.2. de instancias folios 446-449)
- Certificaciones sobre la no presencia de comunidades indígenas expedidas por el INCODER y el Ministerio del Interior (Cuaderno 1.2. de instancias folios 450-493)
- Invitaciones a Audiencia Pública Ambiental “Desarrolla de los Campos Quinde, Cohembí y Quillacinga”. (Cuaderno 1.3. de instancias folios 654-666)
- Auto No. 4410 de 19 de diciembre de 2013, expedido por la ANLA, mediante el cual se ordenó la celebración de una audiencia pública ambiental en relación con el trámite de modificación del licenciamiento ambiental en los campos Quinde, Cohembi y Quillacinga. (Cuaderno 1.3. Folios 667-673)
- Acta de audiencia pública ambiental en el aula máxima de la Institución Educativa Técnico Industrial San Francisco de Asís el 31 de enero de 2014. (Cuaderno 1.3. folios 675-716)
- Fotografías sobre la publicación del edicto en el que se convoca audiencia pública ambiental. (Cuaderno 1.3. folios 734-736, 769-751)
- Certificados de medios de defunción radio y diarios de comunicación. (Cuaderno 1.3. de Instancias folios 752-756)
- Certificación emitida por INCODER el 25 de septiembre de 2006, “solicitud Oficio 20061140175, certificación presencia de comunidades legalmente constituidas a comunidades indígenas y/o negras en el Área de Construcción de un oleoducto en el Campo Suroriente, desde las estaciones Quillacinga y Cohembí hasta la Estación Santa Ana”. (Folio 480 del cuaderno 1.2.)
- Certificación radicada por INCODER 20061111101 y 20063114440, la cual concluyó no existe territorio legalmente titulado a las Comunidades indígenas y negras. (Folio 451 del cuaderno 1.2.)
- Certificación emitida por INCODER el 27 de marzo de 2007, estableció que “no se cruza o traslapa con territorio legalmente titulado a Resguardos Indígenas o Tierras de las Comunidades Negras en la zona del proyecto”. (Folio 459 del cuaderno 1.2.)

- Certificación del INCODER del 2 de mayo de 2007, establece que el área del Proyecto Estudio de Prefactibilidad de la trazada y la construcción del Oleoducto Quillacinga – El Tigre “se cruza o traslapa con territorio legalmente titulado a Resguardos Indígenas”. (Folio 454 del cuaderno 1.2.)
- Certificación emitida por INCODER en abril de 2008, concluye que en el área de interés determinada para el desarrollo del bloque Quillacinga, no se cruza o traslapa con territorio legalmente titulado a Resguardos Indígenas o Tierras de las Comunidades Negras en la zona del proyecto. (Folio 481 del cuaderno 1.2.)
- Certificación emitida por la Unidad Nacional de Tierras Rurales – UNAT -, el 27 de junio de 2008, establece que las áreas de interés correspondientes al Bloque Cohembí, no se cruzan o traslapa con territorio legalmente titulado a Resguardos y Comunidades Afrocolombianas. (Folio 462 del cuaderno 1.2.)
- Certificación emitida por la Unidad Nacional de Tierras Rurales – UNAT -, el 21 de noviembre de 2008, concluye que las áreas de interés correspondiente al Bloque Cohembí, sí se cruzan o traslapan con territorio legalmente titulado a Resguardos Indígenas Alto Lorenzo. (Folio 467 del cuaderno 1.2.)
- Certificación emitida por INCODER el 13 de octubre de 2009, establece que el área de interés correspondiente a los Bloques Quinde, Cohembí y Quillacinga, no se cruza o traslapa con territorio legalmente titulado a Resguardos Indígenas o títulos colectivos pertenecientes a Comunidades Afrocolombianas. (Folio 470 del cuaderno 1.2.)
- Certificación emitida por INCODER el 10 de octubre de 2010, señala que el área de interés denominada “Campo Quinde, Cohembí, Quillacinga”, no se cruza o traslapa con territorio legalmente titulado a Resguardos Indígenas o Tierras de las Comunidades Negras en la zona del proyecto. (Folio 483 del cuaderno 1.2.)
- Certificación emitida por INCODER, En la cual se determinó que el “área de interés no se cruza con territorio legalmente titulado (o en trámite) del Resguardo Indígena y/o títulos colectivos (o en trámite) pertenecientes a las Comunidades negras”. (Folio 445 del cuaderno 1.2.)

ANEXO III: TRÁMITE Y ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Pruebas decretadas y recaudadas en sede de revisión[199]

Al advertir que los jueces de instancia omitieron la práctica de pruebas, en orden a establecer la afectación directa por parte del Consorcio Colombia Energy sobre la comunidad indígena Awá La Cabaña, el Magistrado Sustanciador, por auto de 21 de julio de 2015, resolvió decretar, con base en los artículos 19, 21 y 22 del Decreto 2591 de 1991, los siguientes medios de convicción, que consistieron en la expedición de informes sobre:

(ii) Las características antropológicas, históricas y culturales del pueblo indígena La Cabaña, perteneciente a la etnia Awá, directriz a cargo del Instituto Colombiano de Antropología e Historia;

(iii) Las razones y soportes que sustentaron la Certificación No. 633 de 2012, que revocó la Certificación No. 063 de 2012 para concluir que no existía presencia de la comunidad indígena Awá “La Cabaña” en la zona de influencia del proyecto, cuya actividad es estudiada en esta oportunidad. Dicho mandato debía ser cumplido por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior; y

(iv) La representación gráfica de la zona de producción y explotación de hidrocarburos, aspecto que debe incluir el territorio de la comunidad actora, orden atribuida a la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior.

1.1. Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH[200]

María Teresa Salcedo Restrepo, en su calidad de Coordinadora del Grupo de Antropología Social, el 29 de julio de 2015, indicó que el Instituto carece de un investigador en la materia, no obstante, allegó información “etnográfica” sobre las características “antropológicas” del pueblo Awá, elaboradas por el antropólogo Juan Felipe Hoyos García, como parte de un trabajo de campo que realizó para el ICANH durante los años 2011 y 2012[201].

En dicho trabajo de campo el antropólogo Hoyos García refirió que el pueblo Awá se encuentra compuesto por casi 50 resguardos y 38.000 personas en una extensión territorial de 350.000 hectáreas. Rememoró que el Putumayo, desde 1526, ha sido pasible de las colonias y la fiebre del caucho, y además de los asentamientos foráneos. Que debido a la confrontación entre los colonos y el pueblo Awá, se les forzó a abandonar sus tierras, al cambio en sus costumbres y el anonimato al interior de las selvas, para evitar su extinción, debido a los ataques contra su vida y etnia, y que ello constituyó “una primera etapa de pérdida de territorio ancestral, proceso que se prolongaría ininterrumpidamente a lo largo de los siguientes siglos”[202]. (Folio 25). Explicó que el pueblo indígena Awá, pese a la ocupación de la vertiente occidental del “Nudo de los Pastos” (Nariño), se ha visto presionado a trasladarse a lo largo de amplios territorios.

Las familias Awá “[...] han migrado a otras regiones de Colombia e incluso han migrado desde Ecuador [...]”[203]. Que la presencia de la comunidad Awá en Puerto Asís, no es efímera o casual. Las dinámicas del conflicto, la explotación de recursos naturales y las presiones a los miembros de su comunidad, han llevado a que su asentamiento, en esta parte del Putumayo, se haya prolongado durante más de 6 décadas[204]. Destacó que, en el Departamento del Putumayo, las organizaciones indígenas del pueblo Awá reconocen al Cabildo de La Cabaña, como una de sus 34 comunidades que se encuentran asentadas en la entidad territorial.

1.2. Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías Étnicas del Ministerio del Interior

Myriam Edith Sierra Moncada, Directora (E) de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías Étnicas del Ministerio del Interior, señaló que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, es la encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normativa ambiental y que carece de competencia para expedir la información que se le solicitó, por ello pide su desvinculación, así como ser eximida de cualquier orden o responsabilidad dentro de la acción de tutela.

1.3. Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

Álvaro Echeverry Londoño, en su calidad de Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el 31 de julio de 2015, esgrimió que a la Dirección de Consulta Previa le compete

certificar la presencia de comunidades indígenas o tribales en el área donde se pretenda ejecutar determinado proyecto, obra o actividad, y dirigir los procesos de consulta previa de conformidad con la normatividad vigente.

Refirió en cuanto al área de controversia que: "...según el informe de verificación de pruebas en terreno el cual se realizó con el objetivo de certificar la existencia o no de comunidades indígenas en el área del proyecto "modificación de licencia ambiental del campo suroriente en el área de interés 2", se tuvo como resultado de la visita de verificación en campo los días 19 y 20 de noviembre de 2011, y revisada la información levantada en campo con GPS, y plano de localización general del proyecto, se registró la presencia de la comunidad por fuera del Resguardo AWÁ LA CABAÑA en el área de influencia del proyecto antes mencionado" y adjuntó tal informe de verificación de pruebas en terreno, presentado el 13 de diciembre de 2011.

1.4. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El 22 de julio de 2015, el Subdirector Jurídico reiteró los argumentos expuestos en las instancias, sobre el impacto económico que implicaría una eventual suspensión de la actividad petrolera. Refirió que: "el cese de operaciones del Bloque Suroriente, en el departamento del Putumayo, generaría una pérdida estimada de 800 empleos en la región, la producción de crudo estimada para 2015 disminuiría 1.4 % (14 mil barriles diarios de petróleo), y por tanto, un eventual cese de sus operaciones con el objeto de adelantar consulta con la comunidad que no ha demostrado afectación alguna de sus derechos e intereses, implicaría menor recaudo de ingresos de la Nación cercano a los \$85 mil millones discriminados en \$50 mil millones menos de ingresos del Gobierno Nacional Central y \$35 mil millones por menores ingresos por regalías, que generaría una disminución en el 40% de los ingresos del departamento por regalías directas".

En ese orden, planteó una ponderación entre "la utilidad pública de la exploración y los derechos acá referidos como vulnerados", toda vez que la exploración debe consultar el interés de las comunidades indígenas y la satisfacción de las necesidades locales y nacionales.

1.5. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

El 6 de agosto de 2014, Claudia Lorena López Salazar, en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica indicó en relación con la primera inquietud, concerniente a la distancia de la comunidad Awá La Cabaña y el área de influencia del proyecto de extracción de hidrocarburos que, de acuerdo con la vista de campo llevada a cabo en los días 10 al 13 de marzo de 2013, “se pudo establecer que frente al área de influencia del proyecto de desarrollo de los campos Quinde, Cohembí y Quillacinga, cuyo titular es el Consorcio Colombia Energy, conformado por Vetra E&P Colombia S.A.S, Petrotisting Colombia S.A y Southeast Investment Corporation, el punto más cercano a la comunidad cabildo indígena es de 400 metros y, por otro lado, frente al desarrollo de la infraestructura más cercana ejecutada por el proyecto la distancia es de 1780 metros”-negrilla fuera del texto-.

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales adjuntó el siguiente mapa:

Frente a la segunda cuestión indagada, relativa a la presunta afectación directa sobre la comunidad accionante señaló que la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales es la entidad competente para otorgar licencias ambientales a proyectos, obras o actividades en el sector de hidrocarburos y para realizar las acciones de seguimiento y monitoreo necesarias para asegurar el adecuado cumplimiento de las obligaciones impuestas a los titulares de las mismas. Informó que los grupos evaluadores analizan el estudio de impacto ambiental y realizan la visita técnica de evaluación al área del proyecto para verificar que lo indicado por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales guarde correspondencia con las características y condiciones existentes de los medios abiótico, biótico y socioeconómico del área de influencia del proyecto, así como establecer si se han diseñado adecuadamente las medidas tendientes a prevenir, mitigar, corregir y/o compensar los impactos que eventualmente llegaren a producirse con la ejecución del proyecto.

Advirtió que, mediante concepto técnico número 8461 del 20 de mayo de 2014, acogido en la Resolución 551 de 2014, se realizó trámite de modificación de la licencia ambiental otorgada al proyecto por la Resolución 0937 del 22 de mayo de 2009. En dicho proceso se evaluaron las afectaciones y posibles impactos a los recursos naturales y comunidades del área de influencia directa del proyecto: “Como área de influencia directa, el Estudio de Impacto Ambiental para la modificación de la licencia ambiental global del proyecto de Desarrollo de los Campos Quinde, Cohembí y Quillacinga, establece el siguiente espacio geográfico, entre otros: Corregimiento La Carmelita: veredas Naranjal, La Pradera, La

Carmelita, Horizonte, México, La Cordialidad, La Cabaña, Rivera I, Rivera II, Nuevo Porvenir, y Los Cristales (...). De igual manera los corregimientos Puerto Vega, La Carmelita y Teteyé, quedan incluidos dentro del área de influencia directa del proyecto, ya que los centros poblados de tales corregimientos están ubicados geográficamente dentro del Bloque y sus dinámicas sociales y económicas, y su relevancia administrativa es de vital importancia para el desarrollo del proyecto. (...). Sobre la presencia de minorías étnicas en el AID, el Ministerio del Interior certifica que no se identifica la presencia de grupos étnicos en el área referenciada y sobre la titulación de tierra el INCODER indica que se pudo determinar que el área de interés no se cruza con territorio legalmente titulado (o en trámite) de Resguardo Indígena y/o títulos colectivos (o en trámite) pertenecientes a comunidades negras” (Énfasis fuera de texto).

1.6. Informes de la Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) y de CORPOAMAZONIA

El 19 de agosto de 2015, el accionante Juvencio Nastacuas Pai, en su calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Awá La Cabaña, remitió dos informes provenientes de la Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) y de CORPOAMAZONIA. En el concepto de la OCHA, titulado “impacto humanitario de ataques contra la industria petrolera” en Puerto Asís, Putumayo, de fecha 7 de julio de 2015, se indicó que han presentado 14 ataques a la industria petrolera, los cuales han producido el derrame de crudo. Esa situación causó contaminación de fuentes hídricas, afectaciones a cultivos, medios de vida y graves daños ambientales. Por su parte, CORPOAMAZONIA señaló en su “primera evaluación de daños ambientales por derrame de crudo en Puerto Asís, Putumayo”, los siguientes daños ambientales: “...70 familias y 50 estudiantes de la vereda La Cabaña; 100 familias de la población indígena de los Cabildos Nasa Las Delicias y Awá; 9 bajos inundables o humedales afectados, 7 en la vereda La Cabaña y 2 en la vereda Santa Rosa...”.

1.7. Informe de la Defensoría del Pueblo -Defensora Delegada para Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas-

El 30 de septiembre de 2015, Patricia Luna Paredes, Defensora Delegada para Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas, allegó un “Informe Sobre la Visita y Verificación de

Afectaciones de Carácter Social, Cultural, Ambiental, Espiritual y Territorial sobre la comunidad Awá La Cabaña por la ejecución del proyecto exploración y explotación de petróleo del Consorcio Colombia Energy”, llevada a cabo los días 23 y 24 de agosto de 2015. Tras hacer un contexto socio político del corredor Puerto Vega-Teteyé, sector en el cual se encuentra ubicada la comunidad indígena del cabildo Awá La Cabaña[205] expuso que “la comunidad habita en un territorio colectivo de 43 hectáreas adquirido desde hace más de 30 años, con recursos propios de la comunidad, donde plantan cultivos de pan coger de maíz, yuca, plátano, caña de azúcar, banano y arroz, para el sustento de sus familias”.

Señaló que de los impactos sociales, culturales, étnicos, económicos y ambientales con respecto a la comunidad Awá se derivan dos situaciones, a saber: i) una problemática estructural en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y afectaciones al medio ambiente producto de la dinámica de exploración y explotación petrolera que adelanta el Consorcio Colombia Energy; y ii) la presencia de actores del conflicto armado interno que vulnera de manera especial los territorios colectivos de los pueblos indígenas Nasa, Awá, Inga, Siona y Embera, ubicados a lo largo de este corredor. Dichos impactos se exacerban debido al estrecho vínculo que une a éstos con sus territorios para su supervivencia como grupos étnicos.

Relató que los efectos nocivos para las comunidades indígenas datan del año de 1980, fecha en la que ECOPETROL S.A., en conjunto con la empresa TEXACO realizaron exploraciones sísmicas en el área que comprende los corregimientos de Puerto Vega, La Carmelita, Alto Cuembí, Teteyé y Bajo Cuembí. Debido a la situación de orden público en el año 1999, ECOPETROL se retiró del bloque petrolero y convocó una ronda de negocios en la que participó el Consorcio Colombia Energy, empresa con la que finalmente suscribió contrato de producción incremental. En el año 2002 dicho consorcio inició pruebas y operaciones con el ingreso de maquinaria pesada y equipos necesarios para la explotación de hidrocarburos.

Por la misma época hicieron presencia destacamentos de las Fuerzas Militares de Colombia para brindar protección a la infraestructura petrolera, como respuesta a los actores armados ilegales, lo que desencadenó una grave crisis humanitaria por los enfrentamientos armados y una fuerte ola de estigmatización de la población indígena. En relación con el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad, la Defensoría destacó que: “las

licencias ambientales se expidieron sin tener en cuenta la población campesina y violando el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas que habitan en el corredor Puerto Vega-Teteyé" (...) "las comunidades indígenas y campesinas no fueron escuchadas, los proyectos petroleros siguieron su curso, la vulneración de derechos humanos continuó y el impacto sobre el medio ambiente alcanzó dimensiones alarmantes debido a la contaminación masiva de las fuentes hídricas, y a la devastación de las especies de flora y fauna por la actividad de explotación del petróleo y el derrame de crudo y agua contaminada".

Con ocasión a la problemática planteada, el 16 de febrero de 2007, la Defensoría Delegada para la Evaluación de Riesgos de la Población Civil como Consecuencia del Conflicto Armado, emitió un Informe de Riesgo número IR 003-07 y la Nota de Seguimiento número 051-07, que reflejan "la situación de derechos humanos que padece la población que habita en el corredor Puerto Vega Teteyé, con énfasis en la vulneración de derechos como resultado de las actividades de la industria petrolera, como el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas asentados en el corredor Puerto Vega Teteyé". Allí se relató además que "los escenarios de riesgo que predominan en los corregimientos de Puerto Vega, La Carmelita, Alto Cuembí-Perla Amazónica y Teteyé son el resultado de la combinación de factores estructurales y coyunturales, que profundizan los conflictos sociales y acentúan las confrontaciones territoriales entre los actores armados legales e ilegales".

Como prueba de las afectaciones al medio ambiente, la Defensoría mencionó la Resolución No. 0838 del 15 de julio de 2014, expedida por CORPOAMAZONIA, que ordenó a las empresas Vetra Exploración y Producción Colombia y Cooperativa de Transportes Kilili, iniciar actividades de control, procedimientos, técnicas y acciones de limpieza incluyendo la recolección del hidrocarburo. También precisó que la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, sin adelantar consulta previa, autorizó la ampliación de la producción petrolera de cuatro zonas de disposición de material estéril, dos áreas de biorremediación, la construcción de líneas de flujo por 15 mil metros, la construcción de 20 locaciones para el desarrollo de 5 multipozos por locación, el aprovechamiento forestal en bosque denso, la ampliación de captación de agua en los ríos, la exploración de aguas subterráneas, la perforación de 20 pozos para la disposición de aguas de formación y la ocupación de cauces con tramos de 250 metros aguas arriba y abajo, dando un total de hasta 100 nuevos pozos.

A continuación, el informe de la Delegada para Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas, expuso la problemática en cinco afectaciones a saber:

(i) Afectaciones del derecho al territorio, medio ambiente y seguridad alimentaria

Refirió la información suministrada por el Gobernador suplente, sobre la llegada de la comunidad Awá La Cabaña al Departamento del Putumayo “hacia los años 70, procedentes del Departamento de Nariño” y que también expresó que los indígenas Awá son “gente de montaña que nacieron de la “barbacha negra y blanca” y cada animal, planta y fuente de agua tienen un espíritu, por eso la vida de los Awá se encuentra estrechamente conectada con la vida de la naturaleza. Que el territorio no tiene límites, siendo éste un “campo abierto para el buen vivir”. “INKAL AWÁ-SUKIN KAMTAMA PIT PARATTARIT”; “Porque la tierra es la vida, es la madre, sin la cual no se puede existir”.

El Gobernador narró ante la Defensoría del Pueblo que su situación era mucho mejor antes de que llegaran las empresas extractivas, por ejemplo: “existían gran cantidad de especies de fauna y flora, como las serpientes, la gata, el güio, la X, la 24, entre otras numerosas especies de animales silvestres que hacían parte de su dieta alimentaria tradicional, tales como la danta ancestral del Putumayo, el cachirre, el gurre, el guara, el cerrillo, la boruga; variedades de peces como el raya, el dentón, la piraña, la guaraja, el bocachico, el singo, el temblón, el pintadillo, el bagre y de aves como las guacamayas, tucanes, loros, colibrís, búhos, loro cabeza azul, loro real, la guacharaca, el azulejo, el picaflor, el gallinazo, la gallineta, las pavas, la torcaza, el carpintero; especies que están desapareciendo en forma acelerada con ocasión de la exploración y explotación petrolera que realiza la empresa de petróleos Consorcio Colombia Energy”.

El Gobernador suplente Reinerio Gelpud expuso que la contaminación de las fuentes hídricas, derivada de los derrames de crudo y residuos de petróleo en el río Lorenzo, sus afluentes y en los humedales que rodean el territorio colectivo, generan una de las principales fuentes de vulneración de su derecho a un medio ambiente sano y a la seguridad alimentaria[206]. Afirmó que “los impactos ambientales les afecta en forma permanente, así el territorio colectivo de la comunidad no se traslape con el área donde están ubicados los pozos de petróleo”. Señaló que por cuenta de la contaminación, la

comunidad presenta problemas de salud, como diarrea, vómito, dolor de cabeza y desnutrición; especialmente en los niños y adultos mayores por el consumo del agua y pescado contaminado.

En relación con la contaminación de las fuentes de agua manifestaron que: “Las autoridades indígenas expresaron a la Defensoría que el río Lorenzo era una fuente hídrica muy importante para la subsistencia de la comunidad, porque les suministraba el pescado para el consumo, alimento básico de su dieta alimenticia. Actualmente no es posible el consumo de pescado debido a que presenta un fuerte sabor a petróleo por la contaminación del río. Las perforaciones subterráneas que realizan para la explotación de petróleo, causantes de la contaminación y de la reducción del caudal del Río, han impedido los ciclos de subienda y desove para que se desarrollen nuevas crías de pescado. Esta situación no sólo afecta a su comunidad sino a las demás comunidades que habitan en el corredor Puerto Vega Teteyé debido a que el río Lorenzo desemboca en el río Cuhembí y éste en el Putumayo. Las fuentes de agua perdieron volumen, así como los humedales, charcos y nacederos donde se desarrollaba el proceso de incubación y desarrollo de las crías de pescado para la alimentación de las familias, debido a que las perforaciones que se realizan para la exploración y explotación de petróleo “hace que se chupe el agua, que el agua se vaya para otros lugares”. Según información suministrada por las autoridades indígenas, existen derrames de petróleo que llevan más de un año, los últimos datan de tres meses atrás, algunos fueron causados por la guerrilla de la FARC-EP[207]. Manifestaron que a la fecha, el mencionado consorcio no ha realizado ninguna acción para superar esta grave contaminación ambiental, especialmente de las fuentes hídricas, en la fauna y la flora, aduciendo que no está obligada a responder por cuanto se trata de daños de terceros.

(ii) Afectación del derecho fundamental a la integridad cultural y espiritualidad

Las autoridades indígenas informaron ante la Defensoría del Pueblo que debido a la explotación de petróleo que adelanta el Consorcio Colombia Energy, “los humedales que abundan en la región contiguos a su territorio han sido contaminados, lo que ha causado su secamiento y desaparición. Esta situación ha impedido a las comunidades acceder a las plantas medicinales que nacían en estas fuentes hídricas, dificultando la práctica de la medicina tradicional y ancestral para curar las enfermedades. En palabras de miembros de la comunidad, la situación ha “debilitado a la madre tierra en su espiritualidad”, lo cual se

refleja en el deterioro de la salud de la comunidad indígena”.

El Gobernador suplente expresó que a raíz de las restricciones existentes en la movilidad de las personas, adoptadas por la Fuerza Pública para garantizar la seguridad de la Empresa Colombia Energy, la comunidad ya no puede salir al bosque y fuentes de agua aledañas para enseñar a los niños y jóvenes la importancia cultural, ancestral y medicinal de las plantas, como también la necesidad de cuidar las fuentes hídricas. Que existen áreas por las cuales les está prohibido transitar o acceder, se les prohíbe bañarse en el río diciéndoles que el río es del Estado. Adicionalmente, las restricciones a su movilidad también están dadas por el riesgo que representa la presencia de minas antipersona, lo que tampoco les permite caminar con libertad por el territorio.

El Gobernador suplente afirmó que la naturaleza se encuentra tan afectada por la contaminación, el ruido de la operación de las máquinas, el tránsito constante de vehículos de carga pesada, las prácticas de polígono que ya no responde espiritualmente cuando se le consulta para las siembras, para la familia o para curar las enfermedades. También se refirió a que en el año 2003 se desplazaron seis familias de la comunidad y que uno de los médicos tradicionales abandonó el territorio por el temor que le producían los enfrentamientos o combates, por el impacto de las fumigaciones y la contaminación que les impedían conseguir las plantas para curar las enfermedades.

(iii) Afectaciones económicas

Las autoridades indígenas expusieron que la presencia de la Empresa petrolera y sus proyectos de exploración y extracción de petróleo aumentaron el costo de vida: incrementó el valor de las tierras y encareció el precio de los alimentos, lo que agudiza las condiciones de pobreza de la comunidad. El aumento en el costo de vida se debe a que en la zona persiste el imaginario de la riqueza petrolera, y los proveedores de víveres y alimentos asumen que todos los habitantes de la región son parte de dichas empresas y tienen la capacidad adquisitiva de sus dueños y trabajadores. Las autoridades indígenas manifestaron que es doloroso para ellos el contraste entre los miles de barriles de petróleo que a diario se extraen de sus territorios y la inmensa pobreza en la que se encuentran condenados a “sobrevivir”.

(iv) Afectaciones del derecho a la autonomía

La comunidad manifestó que, pese a que el Cabildo Indígena Awá La Cabaña se encuentra en el área de influencia del proyecto, y éste genera afectaciones directas a la comunidad, las autoridades no les informaron el PMA, ni se les consultó previamente el desarrollo del Proyecto de extracción de petróleo. Que tienen derecho a que se les informe cuántos pozos han perforado en la plataforma que está ubicada cerca de su territorio colectivo, dadas las afectaciones que les producen. Afirman que el Estado vulneró su derecho fundamental a la consulta previa, razón por la cual no han podido exponer y dar a conocer todas las afectaciones a sus derechos fundamentales al territorio, de identidad cultural, a la autonomía, a la seguridad y soberanía alimentaria y a un ambiente sano entre otros. Expresaron sentirse discriminados por la Empresa y por las instituciones del Estado responsables de la garantía y protección de sus derechos fundamentales.

(v) Infracciones al DIH en contra de la comunidad por los actores armados del conflicto

Las autoridades del Cabildo Awá “La Cabaña” manifestaron que, con la llegada de la Empresa Colombia Energy a la región, llegó el Ejército Nacional para brindarle seguridad y, con ellos, actores ilegales del conflicto armado, tales como la guerrilla y los grupos paramilitares, lo cual ocasiona una difícil situación de carácter humanitario y la vulneración sistemática de los derechos humanos. Los hombres de la comunidad, de manera especial los jóvenes, fueron objeto de estigmatización por parte del Ejército al ser acusados de pertenecer a la guerrilla o ser informantes de la misma, razón por la cual han sufrido tratos degradantes. Verbigracia, la fuerza pública ordenaba a los individuos de la comunidad desvestirse para revisar sus manos, hombros y pies, con el fin de establecer si presentaban señales de cargar armas de largo alcance, y así judicializarlos como miembros de la guerrilla. También se ha restringido la movilidad de la comunidad para adelantar labores de siembra, pesca y caza para la manutención y sustento de sus familias, afectando gravemente la seguridad alimentaria.

Entre tanto, los niños de la comunidad, en varias ocasiones, fueron engañados con billetes falsos que les entregaban miembros del Ejército a cambio de que les suministraran información sobre líderes de la comunidad que se oponían al Ejército y la Empresa petrolera. Todos estos hechos sucedieron desde el 2003 y han sido denunciados ante los organismos de derechos humanos como la Defensoría del Pueblo y las Naciones Unidas.

Estas restricciones no solo fueron afrontadas por la comunidad indígena, sino que también las han padecido comunidades campesinas, razón por la que muchos tomaron la decisión de vender sus tierras a la petrolera. La comunidad indígena Awá La Cabaña se ha negado rotundamente, por el profundo significado que tiene “la pacha Mama” para su existencia y supervivencia. Debido a las quejas formuladas por atropellos de la Fuerza Pública contra la población indígena, en el año 2006 el Ministerio de Defensa expidió una Directiva dirigida a las Fuerzas Militares para evitar vulneraciones de los derechos de la población indígena.

(vi) Afectaciones verificadas

La Defensoría del Pueblo verificó que el territorio de la comunidad indígena Awá se encuentra exactamente al frente de la plataforma de los pozos Cohembi 4, 8 y 11, separado únicamente por el lecho del río Lorenzo. Para corroborar esta información, las funcionarias de la Defensoría se desplazaron por la vía carreteable hasta la plataforma en mención, en un trayecto que tuvo una duración de menos de cinco minutos, en este lugar se recaudaron evidencias fotográficas que se aportan al presente informe.

Sobre el trayecto de la vía Puerto Vega Teteyé que conduce a la comunidad indígena Awá de la Cabaña, en el área próxima a la comunidad, la Defensoría encontró numerosos humedales, aproximadamente 20 de acuerdo con información suministrada por la comunidad. En su mayoría, los humedales son de palma de Cananguchal, de especial importancia para producción y conservación de fuentes hídricas y nacederos se encuentran contaminados con grandes cantidades de petróleo crudo.

La Defensoría del Pueblo verificó las condiciones de extrema pobreza en que habita la comunidad indígena de la Cabaña, la cual no cuenta con ningún servicio público domiciliario, ni de saneamiento básico. Las precarias condiciones en las que habita esta comunidad contrastan con las viviendas aledañas, ubicadas a 500 metros aproximadamente, algunas destinadas a establecimientos de comercio o restaurantes y con las instalaciones e infraestructura de la empresa Colombia Energy donde es visible la provisión de energía eléctrica y abastecimiento de agua potable para el consumo.

Durante el recorrido sobre el corredor de la vía que conduce desde Puerto Vega a Teteyé se pudo evidenciar una fuerte presencia de la Empresa Colombia Energy, con su infraestructura y logística para la extracción y producción de petróleo. Media hora antes de

llegar a la comunidad se encuentra la Plataforma de bombeo. Quinde, los pozos Cohembí 4, 8 y 11 colindan con la comunidad y, a pocos minutos del asentamiento Awá –quince minutos aproximadamente por vía carretable-, se encuentran los pozos Cohembi 3, 5 y 7.

Esta Entidad observó el constante tránsito de carrotanques que transportan petróleo crudo a través de la vía Puerto Vega Teteyé, lo que genera contaminación por la polución que produce la circulación de vehículos pesados por una vía sin pavimento. La Defensoría observó carrotanques esparciendo agua sobre la vía para disminuir el impacto del polvo que se genera al paso de las tractomulas. Es importante precisar que la comunidad está ubicada a corta distancia de esta vía (500mts aprox.).

Las funcionarias de esa Entidad verificaron la presencia de miembros de las fuerzas militares en los lugares donde se encuentra la infraestructura petrolera en el trayecto. El informe del 30 de septiembre de 2015 refiere que el contexto de la problemática que afecta a la población indígena que habita en el corredor Puerto Vega-Teteyé, es consecuencia de “una combinación de factores relacionados con el conflicto armado y el proyecto extractivo minero”. Con respecto de la afectación directa que causa el proyecto extractivo sobre la comunidad Awá, “la Defensoría del Pueblo verificó que el Cabildo Awá “La Cabaña” se encuentra localizado en un área próxima a los pozos de explotación de petróleo que adelanta el Consorcio Colombia Energy y que las fuentes de agua aledañas como los humedales presentan una gran contaminación con petróleo crudo”. Por tanto, en concepto de esa dependencia el escenario natural para establecer los impactos étnicos, culturales, sociales, ambientales y económicos generados por la exploración y explotación de petróleo adelantada por la Empresa Colombia Energy, es el de la consulta previa como lo obliga el Convenio 169 de la OIT y la Constitución Política.

1.8. Contestación de Vetra Exploración y Producción Colombia S.A.S. en relación con las pruebas decretadas mediante Auto de 21 de julio de 2015

En escrito de 4 de diciembre de 2015 la empresa se pronuncia sobre la regulación de la prueba por informe. Indica que según el Código General del Proceso (arts. 275-277), esta consiste en que el juez, de oficio o a solicitud de parte, puede requerir “informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona sobre hechos,

actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe”. Por tanto, cualquier otro objeto o contenido que se solicite como informe, carece de la vocación de servir como prueba judicial.

En segundo lugar se refiere a los distintos informes ordenados por la Corporación. En relación con la información allegada por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA- aclaró que los 400 metros de la comunidad indígena en el área de influencia del proyecto “corresponden a la distancia del cabildo indígena con el límite más cercano del bloque, punto en el cual a la fecha no existe actividad, y por lo tanto el punto más cercano donde se presenta operaciones es de 1.780 metros que corresponde a la plataforma Cohembí 4, 8 y 11”[208]. Adicionalmente, denotó que, en la Resolución 551 de 2014 del ANLA es perfectamente válida a la luz de las reglas de la prueba, contempladas en el Código General del Proceso para dar cuenta sobre la regularidad de su actuación.

No ocurre lo mismo con el dictamen presentado por la Defensoría del Pueblo. El apoderado considera que, como esta entidad no tiene reglada la competencia para adelantar este tipo de actos procesales, el concepto técnico rendido carece de validez y competencia[209]. Es completamente ambiguo, genérico y subjetivo, “sin ninguna seriedad probatoria y científica, “que es violatorio del artículo 275 del Código General del Proceso y por lo mismo no puede ser tenido como prueba en este proceso de tutela”[210]. Sobre el concepto aportado por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia opina que es un estudio etnográfico de los años 2011 y 2012 y es genérico, “sin ninguna relación directa entre la comunidad Awá y el proyecto en cuestión, ni tampoco sobre su ubicación, lugares sagrados y demás puntos requeridos por la Corte Constitucional en el decreto de la prueba”[211].

Al informe proveniente de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, le da plena validez[212]. Concluyó que no hay prueba que el Cabildo Awá La Cabaña se encuentre ubicado dentro de la zona de influencia del Bloque Suroriental adjudicado para la explotación petrolera del Consorcio Colombia Energy. Además, precisa que no hay razón válida para suspender la actividad petrolera, pues de hacerlo causaría graves perjuicios a la gran mayoría de personas que habitan en la región, incluyendo transportadores, comerciantes, trabajadores y sus familias, afectándose el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad.

1.9. Contestación de Ecopetrol S.A. en relación con las pruebas decretadas mediante Auto de 21 de julio de 2015

El 4 de diciembre de 2015 describió el traslado argumentando tres ejes temáticos, a saber: “i) la actividad se encuentra debidamente licenciada y las actuaciones de los vinculados han estado acordes con la autorización de las autoridades a cargo no siendo esta la causa de las afectaciones que manifiesta la Defensoría del Pueblo en su informe; ii) el informe de la autoridad ambiental a cargo concluye que no somos los causantes de las afectaciones a la comunidad Awá La Cabaña y que hemos tomado las medidas preventivas necesarias para desarrollar una actividad de utilidad pública y; iii) la contaminación que se encuentra en el área no es resultado del desarrollo del proyecto”. En síntesis, señaló que, con fundamento a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, el Consorcio Colombia Energy y Ecopetrol S.A., han desarrollado la actividad bajo los parámetros permitidos por la legislación colombiana. Finalmente, indicó que la contaminación y los perjuicios que sufre la comunidad accionante son producto del conflicto armado interno, el cual también repercute negativamente en la empresa accionada.

1.10. Contestación de Juvencio Nastacuas Pai en relación con las pruebas decretadas mediante Auto de 21 de julio de 2015

El 7 de diciembre de 2015 expuso que la comunidad Awá La Cabaña en ningún momento quisiera que se suspendan las actividades petroleras. Expresó que los impactos ambientales se concretan, entre otros, en la deforestación, lo cual ha alejado la presencia de animales nativos, así como destruido las plantas medicinales, frutales y maderables, propias de la región, sustento de la alimentación y cultura del pueblo indígena. Además, resaltó que la contaminación auditiva es un asunto que afecta el funcionamiento de la comunidad, ya que el ruido “no permite que los escasos animales que habían salgan”. Indicó la preocupación que suscita el mantenimiento de las actividades de exploración y explotación, incluidos los desechos, la inestabilidad en el suelo y contaminación en el agua y en los peces que consume diariamente la comunidad. Tanto así que los peces “son de difícil consumo para nosotros porque su olor y sabor a petróleo son muy evidentes” (f.349).

En cuanto a los impactos socioeconómicos, señaló que la economía se ha visto afectada en la medida que sin la cacería, la madera y las plantas, no han podido vender sus productos y

las artesanías que anteriormente confeccionaban con las semillas de los árboles. También insistió en dos situaciones particulares: i) que las fuerzas armadas los relacionan frecuentemente con grupos armados al margen de la ley y les impiden el acceso a sus prácticas tradicionales y; ii) que por conducto de la empresa accionada han llegado mujeres a prestar servicios sexuales, se ve consumo de alcohol y drogas, lo cual afecta la comunidad. Para terminar manifestó que “nuestra cultura desaparece”, por cuanto “a la madre tierra le han sacado su sangre”.

Intervenciones presentadas con posterioridad al auto de pruebas del 25 de julio de 2015

Asociación Colombiana de Petróleos

El ciudadano José Lloreda Mera, Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Petróleo –en adelante ACP-, solicitó la realización de una audiencia pública, debido a que la jurisprudencia no tiene criterios unificados en materia de consulta previa, al punto que los jueces resuelven de manera diferente los casos y cuentan con estándares probatorios disímiles. Cuestionó que no exista claridad sobre: i) los criterios que determinan cuando procede la consulta previa en los casos en que se desarrolla un proyecto de exploración o explotación de hidrocarburos; ii) los parámetros para evaluar la presencia de comunidades en el área de influencia de un proyecto, ya sea en zonas tituladas o no; iii) los elementos que permiten identificar los eventos en que se producen las afectaciones directas a las comunidades étnicas diversas; y iv) el estándar probatorio requerido para demostrar el grado de afectación de las comunidades.

Por tanto, pidió a la Corte dictar medidas estructurales para que las autoridades encargadas de la regulación y de la reglamentación se encarguen de fijar los parámetros en la procedencia de la concertación con las comunidades indígenas. Además, unifique los estándares probatorios que existen para evaluar la afectación de los colectivos étnicos.

En el caso sub-judice, la ACP señaló que era indispensable aplicar el precedente constitucional sobre el balance de intereses que debe existir entre los casos de consulta previa y el principio de proporcionalidad. Enfatizó que el derecho a la participación no se agota en la consulta previa de las comunidades indígenas. La Corte ha omitido revisar otras manifestaciones de ese derecho, las cuales son diversas a la concertación con las comunidades étnicas diversas. Ese aspecto es necesario para construir decisiones

intermedias.

Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y Ministerio del Interior

Los ciudadanos Hugo Álvarez Rosales, Director Encargado de Defensa Jurídica de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Mauricio Cárdenas, Ministro de Hacienda y Crédito Público, y Guillermo Rivera Flórez, Ministro del Interior señalaron que era importante que la Corte unificara y precisara los siguientes aspectos: i) el concepto de área de influencia de los proyectos con el fin de identificar la presencia de las comunidades indígenas en esa zona; ii) las pautas para establecer los beneficios y requerimientos de la colectividad en la concertación, así como los parámetros que se deberán respetar en un diálogo guiado por el principio de buena fe; y iii) el alcance y los presupuestos de las ordenes que deben adoptar los jueces ante una decisión que proteja el derecho a la consulta previa.

En segundo lugar, los funcionarios indicaron que deben ponderarse los derechos en conflicto para tomar la medida proporcionada, en el evento en que se ampare la garantía de la concertación. Se trata de que la Corte reconozca que la medida de suspensión de actividades es la última ratio.

Gobernador del Cabildo Awá

En escritos radicados los días 27 de septiembre y 17 de octubre de 2016, el Gobernador del Cabildo AWÁ manifestó la preocupación que tiene su pueblo sobre la decisión del presente caso, dado que en el proceso han intervenido altas instancias del gobierno, las cuales han resaltado que el proyecto analizado tiene una gran importancia para la economía del país. Indicó que no desea que se haga un cierre de los pozos sino que se garantice el derecho a la consulta previa de una comunidad que se encuentra próxima a extinguirse para que así se adopten los correctivos pertinentes.

Intervención del Consorcio Colombia Energy

En escrito del 23 de abril de 2018, la compañía sustentó su inconformidad en tres razones principales: la primera, que al no existir afectación al territorio más allá del área de influencia no es procedente exigir la realización de una consulta previa; la segunda, basada

en que al momento de iniciar el proyecto de explotación petrolera la parcialidad indígena, ahora demandante, no se encontraba asentada en el sitio; y por último, con respecto al incumplimiento de la subsidiariedad por tanto la consulta previa no es el medio adecuado, según el ordenamiento jurídico, para intervenir en el proceso de licenciamiento ambiental. Acotó que la migración de la comunidad Awá La Cabaña a la zona del proyecto es un aspecto irrelevante para resolver la causa.

Adujo que la consulta previa no es aplicable al caso concreto, debido a que ésta no era exigible antes del 2008 por la ausencia de ley. Resaltó que sólo con la Sentencia C-030 de 2008 es obligatoria la concertación cuando se afecta a los pueblos o comunidades protegidos por el Convenio 169 de la OIT, razón por la cual no hay cabida a la aplicación retroactiva de la norma. Sobre el particular, expresó que ECOPETROL comenzó a operar en el año de 1988, mientras la comunidad se organizó internamente en el año de 2007 y obtuvo su reconocimiento por parte del Ministerio del Interior el 22 de octubre de 2010. Frente a la subsidiariedad, resaltó que la parcialidad indígena puede proteger la integridad cultural a través de una audiencia pública ambiental regulada por el Decreto 330 de 2007, y no por medio de una consulta previa, pues esta no va dirigida a la preservación del derecho a un medio ambiente sano.

Sostuvo que en caso de que la Corte considere que se desconoció el derecho a la consulta previa de la parcialidad Awá La Cabaña con el inicio y ejecución del proyecto de explotación petrolera en la vereda La Cabaña de Puerto Asís, Putumayo no puede ordenar la suspensión de las actividades, debido a que existe precedente vigente en la materia que impide ese tipo de remedios judiciales y para el efecto acudió a la sentencia T-730 de 2016. Al respecto, indicó que la Corte había fijado los siguientes cuatro factores que justificaban su decisión: (i) la buena fe del Consorcio; (ii) los años que lleva la operación del proyecto de explotación de petróleo; (iii) la importancia económica del proyecto; y (iv) la no imputabilidad de los daños a la empresa. En el presente caso también se evidencia que el Consorcio Colombia Energy ha actuado de conformidad con los parámetros mencionados, al punto que no es posible suspensión del proyecto.

Designación de conjueces y conformación de la sala

El 4 de agosto de 2016, los Doctores Rodrigo Uprimny Yepes y José María Carrillo Ballesteros

tomaron posesión como conjueces para reemplazar a los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Alejandro Linares Cantillo respectivamente, quienes se encontraban impedidos para participar en el debate y en la decisión de la presente causa. Mantienen su competencia para decidir de conformidad con el principio perpetuatio jurisdictionis.

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Se debió advertir con mayor claridad que el hecho de que área de influencia del proyecto desarrollado recaiga sobre el territorio amplio no implica que prima facie se active el deber de efectuar una consulta previa (Aclaración de voto)

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Resulta contradictorio sostener que el derecho fundamental a la consulta previa puede ser amparado incluso cuando el proyecto de desarrollo ha finalizado (Aclaración de voto)

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDIGENA-No es acertado concluir que ante la imposibilidad de ordenar la realización de la consulta, el remedio judicial sea el de ordenar medidas de reparación con enfoque diferencial (Aclaración de voto)

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Utilización del estándar de debida diligencia de las empresas (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T- 4926682

Magistrados Ponentes:

Alberto Rojas Ríos

Rodrigo Uprimny Yepes, Conjuez

Si bien suscribí las decisiones adoptadas en este asunto por la Sala Plena de la Corte Constitucional, el 15 de noviembre de 2018, mi Aclaración de Voto tiene relación con los

siguientes aspectos que sirvieron de fundamento a la sentencia:

La determinación de la exigencia de la consulta previa a partir de un criterio amplio de territorio. La sentencia acoge un concepto de territorio geográfico, al cual se integra un concepto de territorio amplio que corresponde a las zonas habitualmente ocupadas para el desarrollo de los aspectos sociales, económicos, espirituales y culturales de la comunidad étnica. Sin embargo, la sentencia debió advertir con mayor claridad que el hecho de que el área de influencia del proyecto de desarrollo recaiga sobre el territorio amplio no implica que prima facie se active el deber de efectuar una consulta previa, pues se trata apenas de un elemento necesario, pero nunca suficiente, para acreditar una situación de afectación directa, que es la que en rigor determina la exigencia de dicha consulta.

La procedencia de la tutela para amparar el derecho a la consulta previa cuando el proyecto de desarrollo haya finalizado y para imponer un deber genérico de reparar. En relación con este aspecto, mi desacuerdo consiste en que si el derecho fundamental a la consulta previa supone un espacio de participación en el cual las comunidades indígenas y tribales tengan la posibilidad real de manifestar su opinión en relación con una medida que los puede afectar, como claramente se precisó en el capítulo 5 de la sentencia, resulta contradictorio sostener que el derecho fundamental a la consulta previa puede ser amparado incluso cuando el proyecto de desarrollo ha finalizado, pues en tal caso no habría manera de restablecer ese espacio de participación, por lo que la acción de tutela resultaría improcedente.

Por esta misma razón, tampoco es acertado concluir que ante la imposibilidad de ordenar la realización de la consulta, el remedio judicial sea el de ordenar medidas de reparación con enfoque diferencial. Tal postura da lugar al desconocimiento del debido proceso de los accionados por cuanto les impone, de manera general, una obligación automática de reparación. Con ello además se altera la finalidad de la acción de tutela, pues en modo alguno está prevista como un medio judicial para obtener la reparación de perjuicios.

La utilización del estándar de debida diligencia de las empresas. La utilización del estándar de debida diligencia, como parámetro para establecer la vulneración del derecho a la consulta previa y para determinar el remedio judicial correspondiente, necesariamente debe considerar que la gestión de las empresas se encuentra condicionada por el marco

normativo que regula e impone los trámites a seguir en estos casos, y limitada por la capacidad institucional de las entidades públicas encargadas de adelantar los procedimientos correspondientes. La valoración de estas restricciones es necesaria para no incurrir en exigencias desproporcionadas y evitar la incertidumbre jurídica que tal situación podría generar.

Fecha ut supra

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] Dictado por la Sala de Selección Número Cinco, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alberto Rojas Ríos.

[2] Informe rendido por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH- Folio 23; y C.p. Osborn, A. “Estudio sobre los indígenas Awá de Nariño”. Colcultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia e ICBF. Bogotá. Folio 25. // Adicionalmente, el Concepto Etnológico de la Comunidad Awá La Cabaña, elaborado en el marco del Convenio de Cooperación N° 19 del Ministerio del Interior y de Justicia y la Agencia Nacional de Hidrocarburos (2009), señala que: “la población Awá que se desplazó al departamento del Putumayo empezó a llegar a partir de 1940.”

[3] El área de explotación y producción consta de 36.529 hectáreas distribuidas en tres campos petroleros: Quillacinga (9 pozos); Cohembí (15 pozos, 13 productores y 2 inyectoras) y; Quinde (3 pozos, 2 activos y uno inactivo).

[4] Oficio OF106-12806-DET-1000 de 5 de junio de 2006, suscrito por la Directora de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, en el que se señala: “(...) del lugar del proyecto y que no se llevaría a cabo la consulta previa para el desarrollo de la FASE I, sino en la FASE II, denominado ‘Infraestructura de transporte’, se debe integrar a las parcialidades ya identificadas en la Fase I, como la comunidad indígena Alto Lorenzo y la comunidad indígena Awá localizada en la vereda Cabañas, para dar cumplimiento al proceso de consulta previa.” Folios 22 y 23 del expediente.

[5] Integrado por las sociedades: Petrosting Colombia S.A (hoy en día llamado VETRA

S.A.S.) OAO NK ROSNEFT (hoy en día llamado Southeast Investment Corporation) y HOLSAL CHEMICALS LIMITADA (hoy en día llamado ROSS ENERGY S.A). De igual forma, se suscribieron dos otros: el primero del año 2002, en el cual se modificó la cláusula tercera del contrato relativa al volumen contratado y, el segundo, del año 2003, que varió el punto de entrega, los costos y las tarifas del transporte, entre otros aspectos medulares.

[6] Folio 589 del cuaderno No.1.2. En el contrato se pactaron las siguientes actividades: i) generación, financiación y ejecución de programas y proyectos de inversión en producción (operaciones tales como aplicación de nuevos métodos de extracción, ampliación y construcción de facilidades de producción y transporte); ii) reacondicionamiento y mantenimiento de pozos (operaciones tales como conversión de pozos inyectores a productores y viceversa, estimulación, reactivación, registros, exclusiones y cañoneos); iii) perforación (convencional, horizontal, lateral y profundización de pozos); iv) viabilidad de aplicar métodos de recobro secundario y mejorado (inyección de agua de vapor, de CO₂, etc.,) y; v) administración de yacimientos (que incluye actividades de adquisición de información general, sísmica de desarrollo, estudios integrados de yacimientos, simulación y monitoreo, hasta las actividades necesarias para ejecutar los proyectos).

[7] Esa ley actualmente está reglamentada por el Decreto 2041 de 2014.

[8] Folio 10 del cuaderno 1 de primera instancia.

[9] Según el artículo 2 del Decreto 2164 de 1965, se define como Comunidad o parcialidad indígena “el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes”.

[10] Conforme la Resolución 0156 de 22 de octubre de 2010, de acuerdo con el Concepto etnológico de la comunidad La Cabaña del Pueblo Awá “ubicada en la Vereda La Cabaña, en jurisdicción del Municipio de Puerto Asís en el Departamento del Putumayo” dicha comunidad tiene 1) Ascendencia Amerindia, 2) Conciencia de identidad, 3) Cultura representada en valores, rasgos, usos y costumbres, 4) Formas de gobierno, gestión y control social, expresados en sistemas normativos propios, 5) Distinción respecto de otras

comunidades.

[11] Ver pie de página número 4.

[12] El artículo 4º del Decreto 1220 de 2005, establece: “Artículo 4º. Licencia ambiental global. Es la autorización otorgada por la autoridad ambiental competente para las obras y actividades relacionadas con los proyectos de explotación minera y de hidrocarburos. Para el desarrollo de cada una de las actividades y obras definidas en la etapa de la explotación es necesario presentar un Plan de Manejo Ambiental, conforme a los términos, condiciones y obligaciones establecidas en la licencia ambiental global. Dicho Plan de Manejo Ambiental no estará sujeto a evaluación previa por parte de la autoridad ambiental competente; por lo tanto, el interesado, una vez presentado este, iniciará la ejecución de las obras y actividades, que serán objeto de control y seguimiento ambiental.”.

[13] Folio 206, cuaderno 1.1 del expediente.

[14] Dicho oficio aparece reseñado en los antecedentes y considerando de la Resolución 0937 de 22 de mayo de 2009 folios 206 a 265).

[15] Folio 222

[16] Folio 244.

[17] Resolución 0937 de mayo 22 de 2009.

[18] Folio 266 del cuaderno No. 1.1 – Resolución número 1930 de 2010

[19] Aportó los siguientes documentos: estudio del impacto ambiental, copia de la constancia de radicación de este estudio ante CORPOAMAZONIA, certificación del INCODER en la cual se indica la ausencia de comunidades indígenas en el área de interés del proyecto y la certificación expedida por la Dirección de Consulta Previa del entonces Ministerio de Interior y de Justicia.

[20] Certificación 063 de 2012 proferida por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior en el que se resuelve: “PRIMERO: Certificar que se registra la presencia de la comunidad por fuera del Resguardo Awá LA CABAÑA, en la zona de influencia directa, para

el proyecto: 'Modificación de Licencia Ambiental del Campo Suroriente en el Área de Interés 2', localizado en jurisdicción del municipio de Puerto Asís, en el departamento de Putumayo, de acuerdo con la visita de verificación a terreno, practicada los días 19 y 20 de noviembre de 2011 (...)". Folios 424 a 426 de 2018 del cuaderno 1.2. del expediente.

[22] Folios 436 a 440 del cuaderno 1.2 del expediente.

[23] Folios 441 a 443 del cuaderno 1.2 del expediente.

[24] Folio 442 del cuaderno 1.2 del expediente.

[25] Folios 27 a 31.

[26] Decisión tomada en el marco de solicitud de revocatoria de la Resolución 063 del 2012. (Ver libro de Instancias. Folio 69).

[27] Folio 64.

[28] El área de explotación y producción consta de 36.529 hectáreas distribuidas en tres campos petroleros: Quillacinga (9 pozos); Cohembí (15 pozos, 13 productores y 2 inyectores) y; Quinde (3 pozos, 2 activos y uno inactivo).

[29] Cuaderno de primera instancia folios 511-530.

[30] Folio 511

[31] Allí se consignó: "Emitida por el INCODER con radicado de la entidad No. 201122126837 del 20 de octubre de 2011 en donde indica que se pudo determinar que el área de interés no se cruza con territorio legalmente titulado (o en trámite) de Resguardo Indígena...", además se destacó la "... Certificación No 387 de 9 de marzo de 2012 del Ministerio del Interior, en la cual indica que: 'no hay registro de resguardos constituidos, comunidades por fuera de resguardo, elección de consejos comunitarios, adjudicación de títulos colectivos, ni inscripción en el registro único de Consejos Comunitarios, ni se identifica presencia de otros grupos étnicos' en la zona identificada con las coordenadas mencionadas en este acto administrativos y contenida en la solicitud en estudio para el proyecto 'Área 1A y 1B del Bloque Sur Oriente, Campos Quinde, Cohembí y Quillacinga,

localizado en jurisdicción del municipio de Puerto Asís”.

[32] La Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Mocoa, Putumayo, al admitir, vinculó de oficio a CORPOAMAZONIA, con el fin que rindiera respuesta a los hechos expresados por el accionante.

[33] Radicado EXTMI 12-0002997 de fecha 6 de febrero de 2012

[34] Folio 621

[35] Área Bloque Suroriente.

[36] Folio 823.

[37] Resoluciones No.0937 de 2009, 1930 de 2010 y 551 de 2014 de 2014 por las cuales se autorizó y modificaron el proyecto denominado “Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga”.

[38] Sentencias T-531 de 2002, T-711 de 2003 y T-361 de 2017.

[39] Sentencias T-379 de 2011, T-049 de 2013 y T-272 de 2017.

[40] Cfr. Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003 T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-049 de 2013.

[41] Cfr. Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-049 de 2013.

[42] Sentencias T-162 de 2010, T-034 de 2010 y T-099 de 2008.

[43] Sentencias T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000.

[44] Sentencia T-235 de 2010.

[45] Sentencia SU-217 de 2017, SU-133 de 217, T-436 de 2016. Reiterada, entre otras, en las sentencias T-384A de 2014, T-576 de 2014, T-766 de 2015 y T-197 de 2016.

[46] Sentencias T-766 de 2015, T-197 de 2016, T-272 de 2017.

[47] Sentencias T-568 de 2017, T-416 de 2017, T-272 de 2017, T-236 de 2017 y SU-217 de 2017.

[48] Sentencia T-436 de 2016

[49] Sentencia T-361 de 2017

[50] Sentencia SU-039 de 1997.

[51] Corte Constitucional. Sentencia SU-383 de 2003. Respecto a este Convenio y el bloque de constitucionalidad, ha reiterado la Corte Constitucional: “el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles -artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales”

[52] Aprobado por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Tal instrumento define a los pueblos étnicos y tribales, sus derechos, las hipótesis de concertación y las obligaciones del Estado, como aspectos más relevantes.

[53] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 166. En el mismo sentido ver, Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015.

[54] Corte IDH. Caso Yamata contra Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Párr. 225.

[55] Véase, además, la Observación 2010/81 sobre el Convenio 169 de la OIT

[56] Este aspecto fue abordado, entre otras, en Sentencias SU-039 de 1997, Sentencia T-376 de 2012 y T-550 de 2015. Así mismo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam del 28 de noviembre de 2007, párr. 140; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia (fondo y reparaciones) del 27 de junio de 2012 Párr. 163 y 179; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 08 de octubre de 2015 Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 160 – 162 y 216; y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015 Fondo, Reparaciones y Costas. Párr.181 y 204

[57] Véase sentencia T-704 de 2016. Fundamento 2.30.

[58] Véase el artículo 6.1.a del Convenio 169 OIT, y las sentencias de la Corte IDH Saramaka vs Surinam y Sarayaku vs Ecuador y C-175 de 2009 de esta corporación.

[59] Sentencias C-891 de 2002, C-389 de 2016, SU-039 de 2003 y T-769 de 2009, así mismo en Corte IDH el Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 08 de octubre de 2015 Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 160 – 162 y 216.

[60] La Corte IDH ha señalado que los procedimientos deben ser culturalmente adecuados, según las costumbres y tradiciones de los pueblos. Al respecto, es obligación tener en cuenta los métodos de toma de decisión de las comunidades. Ello implica respetar las autoridades escogidas por el colectivo para entablar el diálogo. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam del 28 de noviembre de 2007, párr. 133. En el mismo sentido ver Sentencia (fondo y reparaciones) Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, del 27 de junio de 2012 Párr. 177

[61] Corte Constitucional Sentencia T-236 de 2017. Pueden además consultarse las decisiones SU-383 de 2003, C-030 de 2008, C-075 de 2009, C-175 de 2009, T-661 de 2015, T-226 de 2016, T-080 de 2017 y SU-217 de 2017.

[62] Corte Constitucional Sentencia SU-217 de 2017.

[63] Un ejemplo del impacto positivo de una afectación directa se estudió en la sentencia T-201 de 2017 en el que se demandó la procedencia de la consulta previa para la ejecución de los programas de alimentación en el Consejo comunitario de negritudes Julio Cesar Altamar.

[64] Dentro de los casos de afectación directa por un impacto negativo se puede citar, entre otras, la sentencia T-704 de 2016 que estudió la procedencia de la consulta previa en el caso del pueblo Media Luna Dos por la ampliación del puerto de la empresa Cerrejón.

[65] Corte Constitucional. Sentencias T 733/2017, T 236/2017, T 080/2017, SU 217/2017.

[67] Sentencia T-733 de 2017

[68] Sentencia T-1045A de 2010

[69] Sentencia T-256 de 2015

[70] Corte Constitucional. Sentencias SU 039/1997, T 880/2006, T 769/2009, T 733/2017.

[71] Corte Constitucional. Sentencia T 129/2011, T 693/2011, T 849 de 2014, T 298 de 2017.

[72] Sentencia SU-217 de 2017.

[73] Sentencia SU-217 de 2017.

[74] Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional N° 40.

[75] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

[76] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 17 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas) Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.

[77] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 29 de marzo de 2006

(fondo, reparaciones y costas) Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.

[78] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.

[79] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 15 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname.

[80] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

[81] Corte Interamericana de Derechos Humanos Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador Sentencia De 27 De Junio De 2012 (Fondo y Reparaciones).

[82] Corte Interamericana de Derechos Humanos Pueblo Indígena Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Fondo y Reparaciones).

[83] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, Sentencia de 25 de Noviembre de 2015.

[84] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Párr 94-95.

[85] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Sentencia de 12 de Agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)". Ver párr 54 y 119.

[86]Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 15 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, párr. 131.

[87]Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam,

Sentencia de 25 de Noviembre de 2015, párr. 131.

[88]Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Párr 87.

[89]Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, Sentencia de 25 de Noviembre de 2015, párr. 151

[90] Ver sentencias de fondo y reparaciones de los casos de las Comunidades Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 154, Xkamok Kasek Vs. Paraguay, párr. 113 y Sarayaku Vs Ecuador, párr. 148.

[91] Ver Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, párr. 132, Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párr. 113, Sarayaku Vs Ecuador, párr. 148 y Kaliña y Lokono Vs Surinam, párr. 133.

[92] Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Sentencia de 12 de Agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas).

[93] Corte Constitucional Autos A-004 de 2009 y A-174 de 2011.

[94] Sentencias SU-039 de 1997 y T-005 de 2016, T-698 de 2011 y T 235 de 2011 estas últimas señalaron que el “título” de propiedad los grupos indígenas y tribales se deriva de la ancestralidad.

[95] Sentencias T-525 de 1998, SU-383 de 2003, T-880 de 2006, T-693 de 2011, T-698 de 2011, T-235 de 2011, T-282 de 2012, T-009 de 2013, T 197 de 2016 y T-436 de 2016.

[96] 110. En la reciente Opinión Consultiva OC-23/17, la Corte IDH instó a “proteger esta conexión, entre el territorio y los recursos naturales que tradicionalmente han usado y que son necesarios para su supervivencia física y cultural y para el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, a efecto de garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico” no se vean afectados.

[97] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos: comunidades Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua, Yakye Axa Vs. Paraguay, Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Xákmok Kásek Vs. Paraguay, Moiwana Vs. Suriname, Saramaka Vs Surinam, Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras así como Kaliña y Lokono Vs Surinam.

[98] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos: comunidades Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua, Yakye Axa Vs. Paraguay, Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Xákmok Kásek Vs. Paraguay, Moiwana Vs. Suriname, Saramaka Vs Surinam, Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras así como Kaliña y Lokono Vs Surinam.

[99] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos: comunidades Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua, Yakye Axa Vs. Paraguay, Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Xákmok Kásek Vs. Paraguay, Moiwana Vs. Suriname, Saramaka Vs Surinam, Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras así como Kaliña y Lokono Vs Surinam.

[100] Sentencia SU-133 de 2017.

[101] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. párr. 148. En el mismo sentido ver Opcit, Opinión Consultiva OC- 023 de 2017, párr. 47. En el mismo sentido ver los casos Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, supra, párr. 129; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, supra, párrs. 31 a 39; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, supra, párr. 205; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, supra. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 156, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra, párrs. 214 y 215.

[102] Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 24, Distr. General 10 de agosto de 2017, E/C.12/GC/24, párrafo N° 8.

[103] *Ibíd.*

[104] Allí se indicó que la concertación era necesaria, porque la explotación de minerales causaba las perturbaciones al ambiente (agua, aire, animales y plantas), así como a la salud y la seguridad alimentaria de las comunidades indígenas de la zona. Esto no fue afectado por la nulidad que se resolvió en el Auto 616 de 2018.

[105] Sentencia SU-133 de 2017

[106] Sentencia T-294 de 2014.

[107] Esa característica se justifica en los siguientes mandatos: i) un principio de equidad ambiental *prima facie*, esto es, debe justificarse el reparto inequitativo de bienes y cargas ambientales en el diseño, implementación y aplicación de una política ambiental o en la realización de un programa, obra o actividad que entraña perjuicios ambientales; y ii) un principio de efectiva retribución o compensación, que implica que las personas que padecen cargas o pasivos ambientales producto de una obra o proyectos deben ser compensadas.

[108] Esto incluye la intervención de las comunidades étnicas diversas a través de la consulta previa. Tal elemento incluye la apertura de espacios para comunidad con el fin de que ésta intervenga en: i) las decisiones del proyecto; ii) la planeación; y iii) la evaluación de impactos, al igual que la forma de mitigarlos, compensarlos y prevenirlos. En este aspecto, la idea es que coexista el conocimiento técnico con el saber nativo sobre los asuntos locales.

[109] En Sentencia T-411 de 1992, la Corte manifestó que la protección al medio ambiente está ligada al derecho a la vida de las generaciones actuales y de las ulteriores. Así consideró que: “El patrimonio natural de un país pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes”

[110] La jurisprudencia de la Corte ha entendido que la afectación leve es un sinónimo de afectación indirecta.

[112] Sentencia C-389 de 2016.

[113] Sentencia T-129 de 2011 y T-769 de 2009.

[114] Sentencia T-256 de 2015

[115] Sentencia T-129 de 2011. Art. 29-1 Declaración Ds Pueblos Indígenas.

[116] Sentencias T-129 de 2011, T-376 de 2012, C-068 de 2013 T-766 de 2015, C-371 de 2014, T-969 de 2014, T-197 de 2016, T-766 de 2015, T-764 de 2015, T-661 de 2015, T-550 de 2015 y, T-256 de 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam.

[117] Sentencia T-698 de 2011. La Sala consideró que la construcción de una estación de comunicaciones podría afectar claramente el derecho a la salud, al medio ambiente y a la cosmovisión de la comunidad.

[118] Sentencias T-005 de 2016. En esa ocasión, la Corte encontró probada la afectación directa a las costumbres ancestrales de comunidades étnicas, por la construcción de un batallón en un territorio ancestral, y sin embargo ordenó como consulta la construcción de un diálogo concertado y continuo encaminado a modificar las características del proyecto, sin considerar la necesidad del consentimiento previo, y sin ordenar la suspensión de las operaciones del batallón.

[119] “ARTÍCULO 3o. IDENTIFICACIÓN DE COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS. Cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda realizar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica. El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria – Incora, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido. Las anteriores entidades, expedirán dicha certificación dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud que para el efecto haga el interesado en el proyecto obra o actividad, la cual contendrá: A Identificación del interesado: a) Fecha de la solicitud; b) Breve descripción del proyecto, obra o actividad; c) Identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad, acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas o con sistemas Gauss 8...

[120] “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.”

[121] Sentencia SU-217 de 2017

[122] En ese caso se presentó una perturbación a un sitio sagrado de la comunidad, por lo que se reprochó el concepto geográfico de territorio expuesto en la certificación de la presencia de comunidades indígenas en el área de influencia del proyecto, que constataba que en esta área no había ese tipo de grupos.

[123] Aquí se defendió un concepto amplio de territorio y se censuró que la certificación del Ministerio del Interior hubiese desconocido que existía una afectación directa a los miembros de la comunidad indígena, al intervenir un área sagrada que se encontraba fuera de la línea negra.

[124] En el caso se estudió la procedencia de la consulta previa en la construcción del Oleoducto del Llano. La Sala Séptima de Revisión censuró que las autoridades dieran validez a la certificación y obviaran las demás pruebas que evidenciaban la presencia de la comunidad actora de ese entonces, pues se encontraba en un territorio ancestral.

[125] En la construcción del relleno sanitario de Cantagallo, la Sala Primera de Revisión reprochó al Ministerio del Interior que hubiese certificado la inexistencia de las colectividades indígenas, debido a que esa decisión significaba que había olvidado las manifestaciones del Cabildo Mayor del Resguardo de San Andrés de Sotavento, que indicaban que en zona del proyecto se encontraban comunidades indígenas afectadas.

[126] La Corte declaró que el certificado del Ministerio del Interior, que había negado la presencia de comunidades indígenas, violó sus derechos fundamentales, pues, lo que determina la procedencia de la consulta es la posible incidencia en sus derechos y no las coordenadas geográficas en que, por regla general, se basan estos certificados. Inclusive, resaltó que se había desconocido que el proyecto recaía sobre un terreno que se conoce como “Línea Negra”, el cual se entiende que hace parte del territorio ancestral de la comunidad.

[127] En el asunto sometido a revisión, se concluyó que el Ministerio del Interior había

vulnerado el derecho a la consulta previa de las parcialidades indígenas de Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchalejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito, porque certificó que no había presencia de comunidades tribales en el área de influencia de la construcción de la segunda calzada de la carretera de Sincelejo-Toluviejo, concepto que no tuvo en cuenta parámetros que evaluaran el impacto espiritual y ritual del proyecto en los cerros de Sierra Flor y una visión amplia del territorio de las comunidades étnicas diferenciadas.

[128] En una demanda propuesta por el Cabildo de la Comunidad Awá del Alto Temblón, a propósito de una explotación petrolera adelantada a 1600 metros de distancia de una comunidad que habitaba en la vereda el Naranjito, la Sala Octava de Revisión descartó el argumento de no presencia de las comunidades con base en que dicha afectación no puede ser obviada con fundamento en argumentos formales, como resoluciones que niegan la existencia de comunidades en el área de influencia del proyecto (cuando se ha comprobado que esta comunidad habita veredas que se sufren las consecuencias de la explotación de hidrocarburos) o la inexistencia de requisitos que las tuvieran en cuenta al momento de autorizar la explotación de recursos naturales en el entorno que habitan.

[129] En ese caso se descartaron las certificaciones de ausencia de presencia de comunidades indígena en la zona de influencia de un proyecto petrolero adelantado en el Municipio de Puerto Gaitán Meta. Lo anterior, en razón de que el programa significaba la intervención del Río Guarrojo, el cual tiene un significado espiritual y ritual para comunidad. Así, se intervino el territorio extendido de la comunidad, por lo que era imposible expedir un concepto de no presencia de las comunidades étnicas.

[130] El artículo 13 del Decreto 25 de 2014 (Orgánico de la Defensoría del Pueblo) señala que son funciones de las Defensorías Delegadas “2. Velar por el respeto y ejercicio de los Derechos Humanos y la observancia del Derecho Internacional Humanitario y adelantar las acciones y estrategias que se requieran para el efecto. // 3. Adelantar las acciones y estrategias que se requieran para la protección de los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, bajo los lineamientos del Defensor del Pueblo. // 4. Presentar las recomendaciones y observaciones a las autoridades y a los particulares, en caso de amenaza o violación de los Derechos Humanos y la inobservancia del Derecho Internacional Humanitario. // 5. Adelantar las investigaciones de oficio o a petición de parte, sobre las

presuntas violaciones de los Derechos Humanos y la inobservancia del Derecho Internacional Humanitario y rendir los informes sobre el resultado de las mismas al Defensor del Pueblo.”

[131] El artículo 24 del Decreto 262 de 2000 (Orgánico de la Procuraduría General de la Nación), en concordancia con la Resolución No. 017 del mismo año y la misma entidad, establece como función de la Procuraduría Delegada para la Prevención en materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, la de “intervenir ante las autoridades públicas, cuando sea necesario para defender el orden jurídico, el patrimonio público o las garantías y derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente, así como los derechos de las minorías étnicas”.

[132] Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”, resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, A/HRC/17/31.

[133] Según el Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. En criterio del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, la debida diligencia en materia de derechos humanos: a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales; b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones; c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas. Al respecto consultar el documento “Principios Rectores Sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, documento de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en versión

digital en el link:
https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf

[134] Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 24, Distr. General 10 de agosto de 2017, E/C.12/GC/24.

[135] Op. Cit. Observación General número 24, párrafo 15.

[136] Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas, informes A/HRC/15/37 del 19 de julio de 2010 y A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012, presentados por el Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas, en 15° y 21° periodos de sesiones.

[137] Informes A/HRC/15/37 del 19 de julio de 2010 y A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012.

[138] Sentencia C-715 de 2012 y C-327 de 2016.

[139] Ibídem.

[140] Ver, entre otras, las sentencias T-129 de 2011 y T-080 de 2017.

[141] Corte Interamericana sentencias de las comunidades Saramaka Vs. Surinam, Sarayaku Vs. Ecuador, Garífuna de Punta Piedra Vs y Kaliña y Lokono Vs Surinam.

[142] Corte Constitucional, Sentencias T-733 de 2017 y T-359 de 2015.

[143] Corte Constitucional, Sentencias T-652 de 1992, SU-383 de 2003, T-693 de 2011, T-462A de 2014, T-436 de 2016, T-080 de 2017 y T-236 de 2017.

[144] Corte Constitucional, Sentencia T-236 de 2017.

[145] Ver, entre otras, las sentencias T-080 de 2017 y T-300 de 2017.

[146] Sentencia T-002 de 2017.

[147] Sentencias T-745 de 2010 y C-175 de 2009.

[149] Sentencias SU-383 de 2003, C-461 de 2008 y C-175 de 2009.

[150] Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”, resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, A/HRC/17/31.

[151] Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas, informes A/HRC/15/37 del 19 de julio de 2010 y A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012, presentados por el Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas, en 15° y 21° periodos de sesiones.

[152] Osborn, Ann. Estudios sobre los Indígenas Kwaiker de Nariño. “La Región Kwaiker su División en las Áreas de Acceso y Asentamiento”. Cap. I. págs. 15-18. Bogotá, 1991.

[153] Por ejemplo, en el Departamento de Nariño se evidencian dos grandes organizaciones de distinta cobertura geográfica: (i) UNIPA (Unidad del Pueblo Awá) la que abarca un número de 26 cabildos de los cuales 22 tienen territorios constituidos y los faltantes se encuentran en proceso de legalización; y (ii) CAMAWÁRI (Cabildo Mayor Awá de Ricaurte), el cual comprende 11 cabildos legalmente establecidos. De otra parte, se encuentra el Departamento de Putumayo en el que existe la Asociación de Cabildos Indígenas del Pueblo Awá del Putumayo (ACIPAP) conformada por 17 resguardos reconocidos, y 5 en proceso de titulación.

[154] “Caracterizaciones de los pueblos indígenas en riesgo”. Ministerio de Cultura. 2010. Disponible en:<http://www.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/pueblos-indigenas/Documents/Compilado%20de%20Caracterizaciones%20Pueblos%20en%20Riesgo.pdf>

[155] Constenla Umaña, Adolfo. Las lenguas del área intermedia: introducción a su estado areal. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1991.

[156] Cerón Solarte, Benhur, Op. Cit., p. 199

[157] Fundamentos Culturales para la Iconografía y Simbología artesanal de la Nacionalidad

Awá. Fundación Sinchi Sacha A Chemonics International Inc. 2005. Disponible en: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnadf537.pdf

[158] Ibídem.

[159] Auto 004 de 2009.

[160] Ibídem

[161] Ibídem

[162] Vale la pena precisar que antes de constituirse como departamento, en 1991, Putumayo no tenía la calidad de entidad territorial autónoma. Así por ejemplo, en el año 1953 fue anexada al departamento de Nariño y en 1957 desanexada para darle la condición de Comisaría Especial. En 1968, la Ley 72 creó la intentendencia del Putumayo, con capital en la ciudad de Mocoa, siendo inaugurada en 1969. Finalmente, el 4 de julio de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente creó el Departamento del Putumayo. En línea: [<https://www.putumayo.gov.co/historia.html>], tomado el 25 de septiembre de 2018 a las 2.50. pm.

[163] Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICANH- Folio 23; y C.p. Osborn, A. “Estudio sobre los indígenas Awá de Nariño”. Colcultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Bogotá. Folio 25.

[164] Concepto Etnológico de la Comunidad Awá La Cabaña, elaborado en el marco del Convenio de Cooperación N° 19 del Ministerio del Interior y de Justicia y la Agencia Nacional de Hidrocarburos (2009), señala que: “la población Awá que se desplazó al departamento del Putumayo empezó a llegar a partir de 1940.” Folios 639-645.

[165] Folios 305-321, cuaderno de la Corte.

[166] La autoridad ambiental (en las dos primera el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el tercera Agencia Nacional de Licencias Ambientales).

[167] Como se reseñó en los fundamentos de esta decisión el “área de influencia indirecta” hace referencia al área en donde se propagan los impactos a la zona externa del área de

influencia directa y se extiende tanto, como el efecto del impacto lo permita. Al respecto: “Lineamientos Metodológicos para la determinación del área de influencia de proyectos sobre el componente biótico”, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas Instituto de Estudios Ambientales (IDEA) Bogotá, Colombia 2016, p. 37.

[168] Resolución No. 0937 de 22 de mayo de 2009. Ver folio 222 del cuaderno 1.1.

[169] Frente al ambiente y las prácticas sociales, se advirtió que existirá una afectación directa, cuando el entorno en que nace, vive y muere una comunidad se ve lesionado de tal manera que menoscaba su modo de vida. Por ejemplo, los impactos ambientales impiden que esos colectivos realicen prácticas que antes hacían.

[170] En relación con el concepto de territorio, se aclaró que éste abarca las áreas que, aunque no hacen parte formal del resguardo, han sido ocupadas ancestralmente y constituyen el espacio donde tradicional y cotidianamente llevan a cabo sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales. Esta definición incluye el uso de los recursos naturales cercanos a las franjas tituladas. De ahí que adelantar un proyecto de explotación de recursos naturales en un terreno de influencia de la comunidad significa la afectación directa de sus derechos a la subsistencia y a la diversidad étnica y cultural.

[171] Informe de la Defensora para Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas. Ver folio 314 del cuaderno de la Corte

[172] Ver fotografías que muestran contaminación por derrame de petróleo crudo en humedales, a folios 315 y 316 del cuaderno de la Corte.

[173] Ibid.

[174] Folios 305-321, cuaderno de la Corte.

[175] Eso coincide con la constatación que en la visita realizó la Defensoría del Pueblo, y que documentó, además, con fotografías sobre la afectación en la comunidad indígena Awá “La Cabaña”.

[176] (oficio OFI08-35821-DA-I-1400, OFI06-7830 de abril 4 de 2006, OFI06-21098 de agosto 31 de 2006 (con verificación), OFI07-12670 de mayo 16 de 2007 (con verificación),

OFI07-29215 de octubre 9 de 2007 y OFI08-21748 de julio 28 de 2007)

[177] Ello sucedió en OFI08-35821-DA-I-1400, OFI06-7830 de abril 4 de 2006, OFI07-29215 de octubre 9 de 2007 y OFI08-21748 de julio 28 de 2007.

[178] Según se indicó en el oficio OFI106-12806-DET-1000 los pozos estuvieron inactivos desde año 1991. Folio 22 -23.

[179] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador párr. 176

[180] Folio 483 del cuaderno 1.2.

[181] Corte Constitucional. Sentencias T-1238 de 2014 y T-617 de 2010.

[182] Sentencias T-361 de 2017, C-389 de 2016 T-294 de 2014, T-348 de 2012

[183] Sentencia T-197 de 2016

[184] Sentencia C-389 de 2016. Cita completa: “Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.”

[185] El art. 8 de la Ley 1712 de 2014: “Con el objeto de facilitar que las poblaciones

específicas accedan a la información que particularmente las afecte, los sujetos obligados, a solicitud de las autoridades de las comunidades, divulgarán la información pública en diversos idiomas y lenguas y elaborarán formatos alternativos comprensibles para dichos grupos. Deberá asegurarse el acceso a esa información a los distintos grupos étnicos y culturales del país y en especial se adecuarán los medios de comunicación para que faciliten el acceso a las personas que se encuentran en situación de discapacidad”.

[186] Sobre este aspecto ver las sentencias C-379 de 2016 y C-309 de 2017.

[187] Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”, resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, A/HRC/17/31.

[188] Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas, informes A/HRC/15/37 del 19 de julio de 2010 y A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012, presentados por el Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas, en 15° y 21° periodos de sesiones.

[190] Veánse los siguientes medios probatorios i) la Resolución No. 0937 de 22 de mayo de 2009 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial, por la cual se otorgó licencia ambiental global al Consorcio Colombia Energy (Cuaderno 1.1 de Instancias Folios 24-31 folios 206-265), la Resolución No. 1930 del 1 de octubre de 2010 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial, por la que se modifica la resolución No. 0937 (Cuaderno 1.1 de Instancias folios 266-315) y la Resolución 0551 de 30 de mayo de 2014 de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, para modificación de la licencia ambiental (Cuaderno 1.1 de Instancias folios 316-42); ii) Informe de la Defensora para Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas, folios 305-321 del cuaderno de la Corte; iii) Mapa de ubicación del proyecto dentro del territorio indígena, su relación y distancia de los pozos, y la distribución del proyecto, Cuaderno 1.2 de Instancias Folios 502; iii) Acta de audiencia pública ambiental. Cuaderno 1.3. de Instancias folios 675-716; y iv) las Resoluciones Resolución No 509 de 2012, 1225 de 2013 y 00093 del 17 de 2017, proferidas por las Agencia Nacional de Licencias Ambientales sobre investigaciones ambientales.

[191] Folio 2. Resolución No. 0587 de 2 de julio de 1998.

[192] Integrado por las sociedades: Petrosting Colombia S.A (hoy en día llamado VETRA S.A.S.) OAO NK ROSNEFT (hoy en día llamado Southeast Investment Corporation) y HOLSAL CHEMICALS LIMITADA (hoy en día llamado ROSS ENERGY S.A).

[193] Contrato para producción incremental No. 438. Área Suroriente. Folios 95-204 del cuaderno principal.

[194] Artículo 4° del Decreto 2041 de 2014.

[195] Certificado del INCODER de fecha 1 de octubre de 2007.

[196] OF- 4120-E1-136779.

[197] Resolución 0937 de mayo 22 de 2009.

[198] Folio 266 del cuaderno No. 1.1 – Resolución número 1930 de 2010

[199] Las pruebas aportadas al proceso en trámite de las instancias se encuentran en el anexo No 2

[200] Cuaderno de Revisión en la Corte Constitucional Folios 23 y Siguietes.

[201] Hoyos, Juan Felipe. “Minga Humanitaria Awá: Reproduciendo los espacios del Estado”. Enfoque Diferencial, Estado y Grupos Étnicos. Documento de Trabajo. Instituto Colombiano de Antropología. 2014.

Al respecto, ver también: Hoyos, Juan Felipe. “De lo diverso a lo emblemático: conflictos transicionales en torno a la Memoria y la reparación de grupos étnicos”. Fieldsights – Hot Spots, Cultura Anthropology Online, April 30, 2015.

[202] C.p. Osborn, A. “Estudio sobre los indígenas Awá de Nariño”. Colcultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia e ICBF. Bogotá.

[203] Ibídem. Folio 25.

[204] Ibídem. Folio 25.

[205] Durante la jornada de campo la Defensoría del Pueblo identificó que el Cabildo Awá La Cabaña fue registrado y reconocido por la Alcaldía de Puerto Asís en el año 2007 y por el Ministerio del Interior mediante Resolución No. 0156 del 22 de octubre de 2010

[206] Sobre el particular indica que “el impacto generado por el ruido permanente que producen las explosiones para la explotación del petróleo, la contaminación de las fuentes de agua por los derrames de crudo y vertimientos de desechos y la contaminación del aire generada por las teas de los pozos de petróleo que permanecen encendidas en forma permanente de las cuales emanan gases y partículas han causado daños a la flora y fauna”.

[207] A folio 314 del cuaderno principal, el informe de la Defensoría del Pueblo (nota al pie 11) cita el hecho documentado por el diario El Tiempo, “El hecho se presentó en la vereda Las Cabañas, en la vía que de Puerto Vega conduce a Teteyé, en el Putumayo”. disponible en:

<http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/farc-derraman-combustible-en-putumayo/15915136>. Fotografías de la nota “Los estragos del crimen ambiental cometido por las Farc en Putumayo”, disponibles en:

<http://www.eltiempo.com/multimedia/fotos/colombia6/crimen-ambiental-cometido-por-las-farc-en-putumayo/15919575> Consultados el 28/10/15 a las 10:15 a.m.

[208] Folio 339. Cuaderno de la Corte.

[209] Folio 340. Cuaderno de la Corte.

[210] Ibídem.

[211] Folios 340-341. Cuaderno de la Corte.

[212] Folio 342. Cuaderno de la Corte.