

COMUNICADO
SENTENCIA SU-123 de 2018
EXPEDIENTE T-4.926.682
MM.PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes
15 de noviembre de 2018

La Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió la acción de tutela de la comunidad indígena Awá fundada en los daños ambientales ocasionados por las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en la vereda La Cabaña, del Municipio de Puerto Asís, en el departamento del Putumayo. Los accionantes alegaron que no se surtió la consulta previa, pese a que el proyecto les genera afectación directa.

La Corte determinó que la comunidad Awá “La Cabaña” se ha visto afectada directamente con el proyecto de exploración y explotación de “*Desarrollo de los Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga*”. En particular, verificó que no se respetaron los estándares de debida diligencia que deben seguir el Estado y las empresas en materia de consulta previa, en particular los que establecen (i) el deber de debida diligencia en el reconocimiento de las comunidades, (ii) el deber de diligencia sobre las tierras, territorios y recursos naturales, y (iii) el deber de diligencia en consultar a la colectividad. Igualmente, determinó que la actividad petrolera causa impactos ambientales negativos que menoscaban la vida de la comunidad y su estructura cultural, y que vulnera el derecho al ambiente sano, pues afecta las tierras y los recursos naturales indispensables para que la comunidad reproduzca sus prácticas sociales y su identidad cultural y atienda su salud y su seguridad alimentaria.

En consecuencia, la Corporación revocó las decisiones de instancia y amparó los derechos fundamentales a la consulta previa y al ambiente sano de la comunidad Awá “La Cabaña”, y ordenó al Ministerio del Interior que convoque a la colectividad, al consorcio y a las autoridades administrativas ambientales, para que se promueva un acuerdo. Así mismo, exhortó al Gobierno Nacional y al Congreso de la Republica para que adopten las medidas que permitan ajustar los certificados de presencia de las comunidades indígenas y afro descendientes, a fin de otorgarle autonomía e independencia administrativa y financiera a la entidad encargada de expedirlos.

Dada la trascendencia del asunto, la Sala Plena unificó la jurisprudencia en torno al contenido y alcance del derecho a la consulta previa en los siguientes términos:

(i) Consideró que se trata de un derecho fundamental e irrenunciable y que su objetivo es intentar lograr, en forma genuina y mediante diálogo intercultural, el consentimiento de las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas

(administrativas y legislativas) que las afecten. Así mismo, que debe guiarse por los principios generales de buena fe entre las partes, participación activa y efectiva de los pueblos interesados, diálogo intercultural, ausencia de derecho de veto, flexibilidad, información y respeto de la diversidad étnica y cultural.

(ii) Indicó que la consulta previa procede siempre que exista la posibilidad de *afectación directa* del grupo étnico, concepto indeterminado que hace referencia al impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyan la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Las situaciones en las que ocurre afectación directa incluyen: (i) el impacto en el territorio físico o el ocupado ancestralmente de la comunidad tradicional; o (ii) el impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo. En este punto, precisó que el concepto de *afectación directa* difiere del de *área de influencia*, pues este último hace referencia a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación. A su vez, la Corte precisó las reglas para demostrar la afectación directa originada en la perturbación del territorio amplio y al ambiente, las cuales tienen en cuenta las condiciones culturales, económicas, políticas y sociales de la comunidad étnica diversa.

(iii) Aclaró que, para determinar la posible afectación de los mandatos de la consulta previa, son criterios relevantes de interpretación 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 (Principios Ruggie), y los informes del Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas. En este contexto, la Sala Plena recordó que la consulta previa es una manifestación del derecho a la participación, que en marco del principio de proporcionalidad se presenta en diferentes niveles que dependen del grado de afectación a una comunidad: (i) la participación básica cuando no existe afectación directa, (ii) la consulta previa cuando existe una afectación directa, y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando existe una afectación intensa en los derechos del pueblo étnico.

(iv) Reiteró que debe existir una consulta del proceso para realizar una consulta previa, pero que, en todo caso, esta última opera en todas las fases del proyecto, obra o actividad, o ante los cambios sustanciales (jurídicos o facticos) que impliquen la adopción de nuevas medidas o altere significativamente el sentido de las medidas ya tomadas, pues en estos casos se renueva el deber de consulta previa. 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).

(v) La Sala Plena concluyó que 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 no es suficiente para eximirse de la consulta previa, cuando se advierta o acredite una afectación directa a un pueblo étnico. Por tal razón, la Corte consideró que esos certificados 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.

(vi) Reseñó la obligación que tienen los intervinientes en el diálogo para materializar y cumplir lo pactado, y las respuestas de la administración pública ante la hipótesis de ausencia de acuerdo en la consulta previa. En este caso, las autoridades competentes podrán adoptar y desarrollar decisiones debidamente motivadas y fundadas en los principios de proporcionalidad, razonabilidad y el respeto de los derechos de las comunidades indígenas, sin perder de vista las diferentes posiciones y criterios de las partes durante el proceso de consulta.

(vii) La Sala Plena indicó que 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.

El magistrado Guerrero **salvó voto** en relación con el término establecido para la consulta y en que la Corte pudiera eventualmente suspender el proyecto petrolero en caso de que el proceso de consulta ordenado no concluyera en un acuerdo.

En el resto, la sentencia fue unánime. Los magistrados Guerrero y Bernal **se reservaron la posibilidad de aclarar el voto** en puntos específicos.

La sentencia se suscribe y su texto se divulga simultáneamente con la expedición de este comunicado.