

Ref. Causa 273-19-JP

Dra. Karla Andrade
Jueza Ponente
Corte Constitucional

Ref.- Selección - Caso No. 273-19-JP relativo a la acción de protección presentada el 12 de julio de 2018 por la comunidad A'I Cofán de Sinangoe

Laura María Montaña García, con cédula de ciudadanía colombiana número 1.020.796.181 de Bogotá, Paula Villa Vélez con cédula de ciudadanía colombiana número 21.527.700 en representación de la Mesa de Organizaciones de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos, plataforma de la cual hacen parte más de 40 organizaciones sociales, de derechos humanos y ambientalistas de Colombia, comparecemos ante su autoridad para presentar el siguiente AMICUS CURIAE, pues consideramos que el presente caso reviste gran relevancia para la protección de derechos colectivos y humanos que resultan vitales para la pervivencia física y cultural de los Pueblos Indígenas y para la protección de la Naturaleza.

Fundamentamos nuestra participación en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional que dice "*Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia*".

El amicus versará sobre el siguiente tema:

1. Aportes desde el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana respecto del reconocimiento y la procedencia del derecho a la consulta previa y su relación con los derechos colectivos de las comunidades étnicas en Colombia, destacando:
 - Factores que afectan la supervivencia de los pueblos indígenas
 - Jurisprudencia en torno al concepto de afectación directa y al proceso de consulta previa en el marco de proyectos de explotación de recursos naturales
2. Concepción amplia de territorio y debida identificación del área donde se va a ejecutar el proyecto, obra o actividad.
3. Postura jurisprudencial actual en Colombia frente a la procedencia del consentimiento libre previo e informado en proyectos extractivos
4. Similitudes fácticas entre la situación que vive la comunidad A'I Cofán de Sinangoe en Ecuador y 16 comunidades Waorani de Pastaza en Colombia. Como un aporte comparado a la situación que viven los pueblos indígenas de ambos países.
5. El pueblo Cofán, un pueblo transfronterizo entre Colombia y Ecuador.

Teniendo en cuenta la estructura de la intervención realizada ante la Corte Constitucional en el caso No. 273-19-JP relativo a la acción de protección presentada el 12 de julio de 2018 por la comunidad A'I Cofán de Sinangoe, desde la Mesa Nacional de Organizaciones de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos de Colombia, consideramos pertinente realizar el siguiente aporte al proceso, específicamente en el aparte *VI.3.d Jurisprudencia Constitucional Comparada*. En ese orden de ideas la intervención se centrará en los siguientes argumentos:

Aportes desde el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana

Existen múltiples fallos de la Corte Constitucional colombiana (en adelante Corte Constitucional o CC) que se han pronunciado sobre las vulneraciones de derechos humanos y territoriales de pueblos indígenas en contextos extractivos, así como frente al ejercicio pleno de la Consulta Previa. Por ese motivo, consideramos como Mesa, que existe un desarrollo constitucional profundo desde la Corte Constitucional que permite aportar ciertas aproximaciones jurisprudenciales frente a los casos tratados en este proceso. De esa manera, expondremos los principales argumentos constitucionales que pueden ser de utilidad para el análisis jurídico de esta intervención desde tres perspectivas centrales: el reconocimiento y la procedencia del derecho a la consulta previa y su relación con los derechos colectivos de las comunidades étnicas; el desarrollo jurídico del concepto amplio de territorio en contextos étnicos; y la postura jurisprudencial actual de Colombia frente a la procedencia del consentimiento libre previo e informado en proyectos extractivos.

En 2009, mediante Auto 004 expedido en seguimiento de la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional identificó una serie de factores que han afectado directamente la supervivencia de los pueblos indígenas. Estos factores se agrupan en tres categorías principales: (1) las confrontaciones que se desenvuelven en territorios indígenas entre los actores armados, sin involucrar activamente a las comunidades indígenas y sus miembros, pero afectándolos en forma directa y manifiesta; (2) los procesos bélicos que involucran activamente a los pueblos y comunidades indígenas, y a sus miembros individuales, en el conflicto armado; y (3) los procesos territoriales y socioeconómicos conexos al conflicto armado interno que afectan sus territorios tradicionales y sus culturas (Auto 004 de 2009, Corte Constitucional).

Estos tres factores operan sobre la base de una serie de procesos territoriales y socioeconómicos que resultan exacerbados o intensificados por la actividad empresarial de megaproyectos extractivos, entre otros, en territorios indígenas. A partir de este entendimiento del estado constitucional en el que se encuentran las comunidades indígenas, se ha entendido y desarrollado la jurisprudencia en torno a la consulta previa y al concepto de afectación directa para determinar aquellos casos en los cuales procede la consulta en el marco de proyectos extractivos.

En ese sentido, en el marco de la Sentencia SU-123 de 2018, la cual unifica la jurisprudencia en torno al concepto de afectación directa y al proceso de consulta previa en el marco de proyectos de explotación de recursos naturales, cabe recordar que 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”. (Sentencia SU-123 de 2018, Corte Constitucional)

Asimismo, 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. Cuando se trata de esta última hipótesis, la afectación debe resolverse a partir del concepto de justicia ambiental.

Este concepto de afectación directa resulta siendo central para los debates en torno al concepto de territorio, pues pone en disputa lo que se entiende por territorio en un proyecto extractivo para las comunidades y para las instituciones estatales.

Concepción amplia de territorio

Frente al concepto de territorio, la jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido dos conceptos de territorio: i) el geográfico, que comprende el espacio reconocido legalmente bajo la figura del resguardo 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.

Estas definiciones han llevado a que se reconozca que el territorio es un criterio, entre muchos, para determinar la afectación de una comunidad e identificar la procedibilidad de la consulta previa. Por eso la corte estableció en la Sentencia SU-123 de 2018 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. (Desarrollado en las 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.

En este sentido, 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, que no pueden ser percibidos por estudios técnicos ambientales.

Sin embargo, como ya hemos desarrollado, la Corte Constitucional ha definido los conceptos de afectación directa y área de influencia y si bien estos dos conceptos están ciertamente relacionados, no son sinónimos. Tienen fuentes conceptuales distintas, propósitos diversos y son construidos y aplicados de maneras diferentes. 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 (Sentencia SU-217 de 2017, Corte Constitucional).

v) Como se ha establecido de distintas formas, el territorio es una parte intrínseca de la cultura y la cosmovisión de los pueblos indígenas. En el marco de cualquier análisis relacionado a las afectaciones de esta comunidad, es indispensable comprender en su

totalidad la unidad territorial que implica la relación de un pueblo indígena con su territorio.

Frente a esto, la Corte Constitucional ha desarrollado y profundizado en cómo se debe comprender esta unidad en el marco de acciones administrativas y/o procedimientos tales como el reconocimiento de pueblos indígenas en territorios determinados. Según la jurisprudencia constitucional, “(e)ntre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. (...) Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.” (Sentencia T-063 de 2019, Corte Constitucional) De acuerdo a esto, el territorio para poblaciones indígenas no se define únicamente en términos geográficos, si bien su demarcación juega un papel vital para su protección jurídica y administrativa, lo cierto es que este derecho abarca aquellos lugares ocupados ancestralmente.

Asimismo, en el marco del Convenio 169 de la OIT, la Corte entiende que los pueblos indígenas cuentan con: “el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”. Este derecho les impuso a los gobiernos el deber de tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente, no solo aquella donde se encuentran sus viviendas, y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

Además, ha establecido que el territorio de los pueblos indígenas se concibe en términos culturales, no exclusivamente geográficos. Herramientas como el reconocimiento realizado por el Incoder son sólo un elemento de juicio, que, primero, debe ser interpretado en clave cultural, pues la relación espiritual que se ha asociado al concepto de título del territorio materializa el concepto de *efecto expansivo del territorio*. Es decir que la protección constitucional del territorio no se restringe a los terrenos adjudicados de forma colectiva a los grupos étnicos, sino que también abarca los lugares de significación religiosa, ambiental o cultural para ellos, así como la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan de alguna otra manera, aunque estén por fuera de los límites físicos de los títulos colectivos. (Sentencia SU-217 de 2017, Corte Constitucional)

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las

comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.” (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005) Igualmente, determina que, “al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.” (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 212. 154)

En ese sentido, es necesario entender que esta unidad territorial que tienen los pueblos indígenas con las tierras que habitan y utilizan, independientemente de su limitación en un título colectivo, determina directamente aquello que se comprende como afectación directa para una comunidad. Es por eso por lo que la afectación directa no puede restringirse al concepto físico del territorio o asentamiento, sino que abarca aspectos más amplios. Bajo ese entendido, la Corte estableció que (i) la consulta previa es obligatoria cuando se pretendan implementar medidas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades. (ii) Esta afectación se puede dar por muchas razones, de manera que la lesión al territorio entendido como espacio físico en el que se asientan las comunidades, es tan solo una de las hipótesis definidas por la Corte. Entre otras razones, (iii) porque el concepto del territorio no es geográfico sino cultural. Por tanto y a partir de lo anterior, **(iv) el certificado que emite la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior es un documento que ayuda a establecer, pero que no determina cuándo debe hacerse la consulta pues el análisis se debe hacer conforme al Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte.** (Negrilla fuera de texto) (Sentencia SU-217 de 2017, Corte Constitucional)

Es importante reiterar que, sobre el área de afectación directa, la Corte ha sostenido que la afectación directa se determina por el impacto que su implementación pueda causar sobre “la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen”, esto es, sobre el medio biótico, abiótico y socioeconómico de los territorios habitados, ocupados o pertenecientes a la comunidad (Sentencia T-313 de 2016, Corte Constitucional).

En esa medida, para garantizar la protección efectiva de derechos de los pueblos étnicos, se debe identificar adecuadamente el área donde se va a ejecutar el proyecto, obra o actividad. Para efectos de determinar el alcance de la afectación directa en razón del territorio, es preciso fijar el área habitada u ocupada por estas comunidades. Esto puede suceder cuando se está frente a territorios habitados u ocupados por las comunidades en los cuales (i) no se ha constituido el resguardo indígena y no hay un levantamiento topográfico para determinar sus linderos o (ii) cuando se trate de territorios cuyo uso está destinado para el desarrollo de prácticas tradicionales (Sentencia T-313 de 2016, Corte Constitucional).

En esa línea, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, el concepto de afectación directa no puede entenderse únicamente como un aspecto geográfico, ya que trasciende a los

ámbitos social, económico, político, cultural y administrativo de la comunidad. Por lo que “no puede asumirse que cuando se alude a la afectación directa se hace referencia, únicamente, a la tierra de la comunidad y, mucho menos, a la tierra titulada, que el Estado le ha reconocido. Ello cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que la dinámica territorial de una comunidad puede variar por fuerzas internas o externas a ella” (Sentencia T-541 de 2019, Corte Constitucional). La afectación directa trasciende el plano geográfico y registral del territorio, dando lugar a proteger el ámbito cultural en que se desenvuelven los grupos étnicos. No se puede reducir a conclusiones técnicas en función de la cartografía física un reconocimiento territorial, ya que este sería insuficiente para precisar el ámbito cultural de las comunidades étnicas y su relación con el territorio. Esta concepción del territorio no permitiría identificar realmente las incidencias de una medida proveniente del Estado (Sentencia T-541 de 2019, Corte Constitucional).

Consentimiento libre previo e informado en proyectos extractivos

En cuanto al concepto jurídico de Consentimiento Libre Previo e Informado, dice la Corte Constitucional:

“[...] esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea” .

El estándar de la figura del consentimiento en el derecho de participación es más proteccionista en la medida en que fija como condición de una determinada decisión, el que los pueblos y comunidades den previamente su consentimiento libre e informado para que proceda la medida o proyecto que los afecte.

[...] los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, **a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado**

Declaración de los Pueblos Indígenas, artículo 19.

Cursivas y negrillas fuera del texto original.

En reciente jurisprudencia ST 129 de 2011 se ha resaltado que con la consulta previa se debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que puedan afectar directamente sus intereses. El consentimiento es indispensable cuando:

“(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”.

En estos casos, dada la gravedad de sus posibles consecuencias, el deber de las autoridades de llevar a cabo procesos de consulta y concertación con las comunidades étnicas se refuerza. El veto se identifica cuando una comunidad decide no participar en una consulta y rechazar el proyecto sin conocerlos. No al petróleo por ejemplo en el caso U'wa, participan de esta asociación siete comunidades U'wa. Desde 2004 se llevaron adelante en conjunto con las comunidades, el Gobierno y Ecopetrol, reuniones de acercamiento, de concertación de metodología de Consulta y luego talleres como parte propiamente dicha de la Consulta Previa, proceso que duró 2 años. Aunque finalmente las comunidades deciden oponerse al proyecto, el Gobierno lo viabiliza al considerar que tanto el proceso de Consulta efectuado, así como el Plan de manejo Ambiental presentado y evaluado garantizan los derechos indígenas y no vulneran la integridad étnica y cultural del Pueblo U'wa. Así mismo, el Gobierno recomienda en su concepto un Plan de Acción para el desarrollo de las comunidades integrantes de ASCATIDAR (que incluye aspectos de salud, educación, vivienda y saneamiento). Ante la oposición de las comunidades indígenas U'wa para el desarrollo del proyecto de adquisición sísmica Ecopetrol desistió de desarrollarlo.

Similitudes fácticas entre la situación que vive la comunidad A'I Cofán de Sinangoe en Ecuador y 16 comunidades Waorani de Pastaza en Colombia.

Nuestro cuarto punto tiene como fin evidenciar las similitudes fácticas entre las situaciones presentadas en el caso de la comunidad A'I Cofán de Sinangoe y las 16 comunidades Waorani de Pastaza y su organización matriz la CONCONAWEP frente al derecho a la consulta previa en contextos extractivos. Actualmente, en Colombia, en los principales municipios petroleros de la amazonía, Caquetá y Putumayo, encontramos que múltiples bloques se encuentran traslapados con los territorios de los pueblos indígenas amazónicos. Entre ambos departamentos, hay 56 resguardos indígenas que se traslapan con 30 bloques petroleros; de los cuales 5 bloques se encuentran en Caquetá y 25 en Putumayo. De igual manera, este patrón se repite con la industria minera a lo largo de la amazonía colombiana y frente a las comunidades indígenas del norte del país.

El pueblo Cofán un pueblo trasnacional

El último punto de nuestra intervención se enfocará en advertir la calidad trasnacional del pueblo Cofán entre Ecuador y Colombia, lo cual indica que es importante aportar desde nuestra intervención hacer alusión al derecho a la igualdad, las garantías que tiene el pueblo Cofán en términos jurisprudenciales en Colombia, lo que debería poder también darse desde el Ecuador.

Notificaciones

Futuras notificaciones las recibiremos en los correos electrónicos laura.montano@ambienteysociedad.org.co pvilla@coljuristas.org y romero@business-humanrights.org

Pretensión

1. Se nos considere y acepte nuestra calidad de AMISCURIANTE dentro del proceso constitucional.
2. Se nos permita participar y presentar el AMICUS CURIAE en la audiencia pública para lo que se me notificará el lugar y día de la audiencia, así como el link en caso de que sea necesario participar virtualmente.

Cordialmente,

Laura María Montaña García,
CC 1.020.796.181 de Bogotá,



Paula Villa Vélez
CC 21.527.700

en representación de la Mesa de Organizaciones de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos