

Sentencia T-080/17

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Caso en que comunidades étnicas solicitan que se detenga definitivamente la fumigación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea de glifosato, sobre los territorios consagrados a la autoridad y soberanía del pueblo

DERECHO A LA SUPERVIVENCIA FISICA, CULTURAL Y ESPIRITUAL DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Garantía de los modos de vida tradicionales/PUEBLOS INDIGENAS-Titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional

El derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual de las comunidades étnicas, en tanto garantía de los modos de vida tradicionales diferenciados, ha sido reconocido como fundamental no solo por el Estado colombiano sino por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha declarado que los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional debido a circunstancias históricas de discriminación y a las condiciones de vulnerabilidad en que viven en la actualidad.

CONSTITUCION CULTURAL-Consagración constitucional

CONSTITUCION ECOLOGICA-Jurisprudencia constitucional

HOJA DE COCA-Uso ancestral en las comunidades indígenas

USO ANCESTRAL DE LA HOJA DE COCA EN LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de consulta previa

GLIFOSATO-Definición y características/GLIFOSATO-Propiedades

El glifosato es una sustancia incolora, inodora y de apariencia cristalina. De acuerdo a sus características el glifosato es un herbicida de amplio espectro, no selectivo y sistemático, que elimina o suprime efectivamente toda clase de plantas inhibiendo el proceso de fotosíntesis, incluidos pastos, flores, vides, arbustos, matorrales y árboles, dando lugar a que la planta muera por interrupción de su proceso de desarrollo y crecimiento. Se usa de forma extensiva, principalmente, en actividades agrícolas en todo el mundo. Ahora bien, cuando se usa en pequeñas dosis el glifosato tiene propiedades como regulador y desecante del crecimiento de las plantas.

GLIFOSATO-Efectos nocivos

El glifosato es una sustancia que tiene la potencialidad de afectar la salud humana como probable agente cancerígeno y, también, de forma muy peligrosa, el medio ambiente.

ASPERSIONES AEREAS CON GLIFOSATO-Política pública/ASPERSIONES AEREAS CON GLIFOSATO-Descripción y características

PRINCIPIO DE PRECAUCION AMBIENTAL-Jurisprudencia constitucional

El principio de precaución se aplica cuando el riesgo o la magnitud del daño generado o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual generalmente ocurre por la falta de certeza científica absoluta acerca de las precisas consecuencias de un fenómeno, un producto o un proceso.

PRINCIPIO DE PRECAUCION-Aplicación para proteger la salud humana según instrumentos internacionales y normas y jurisprudencia nacional

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Fundamental

Esta Corporación ha sostenido -en jurisprudencia constante y uniforme- el carácter fundamental del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales y, en ese sentido, ha establecido que las comunidades étnicas tienen el derecho a que, de manera previa a su adopción, les sean consultadas las medidas legislativas y administrativas que pueden afectarlas.

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

CONSULTA PREVIA-Alcance y subreglas

CONSULTA PREVIA-Criterios utilizados para identificar en qué casos procede por existir una afectación directa de los grupos étnicos

CONSULTA PREVIA-Sentido y alcance de la etno-reparación

El derecho a la consulta puede desarrollarse también para obtener una reparación o compensación (con enfoque diferencial, esto es, etno-reparación) cuando las actividades o proyectos implementados por el Estado se han consumado -sin haber realizado procesos de consulta- y han terminado afectando a una comunidad étnica determinada.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Vulneración a comunidad étnica por la realización de actividades de aspersión aérea con glifosato para erradicar cultivos ilícitos sobre el resguardo, al no haberse realizado el proceso de consulta previa

La consulta del programa de erradicación de cultivos ilícitos debe orientarse a la concertación de las medidas más adecuadas y menos gravosas para la comunidad y su seguridad alimentaria, pero que sean igualmente efectivas para asegurar los objetivos esenciales del Estado de garantizar la seguridad de la nación y cumplir los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de lucha contra el tráfico de estupefacientes.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Antes de realizar cualquier proceso de erradicación manual de cultivos ilícitos debe llevarse a cabo consulta previa a las comunidades étnicas que este programa tenga la potencialidad de afectar

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, A LA SALUD Y AL MEDIO AMBIENTE DE COMUNIDAD INDIGENA-Orden a autoridades realizar consulta previa a comunidad indígena por el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato

ERRADICACION DE CULTIVOS ILICITOS-Exhortar al Gobierno para que examine la posibilidad de reglamentar el programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante ley, en la medida en que esta política tiene profundas implicaciones en los derechos fundamentales de las comunidades étnicas del país

ERRADICACION DE CULTIVOS ILICITOS-Orden con efectos inter comunis para aquellas comunidades indígenas que pese a no haber interpuesto acción de tutela, puedan probar que se encuentran en igual situación fáctica y jurídica que los accionantes

Referencia: Expediente T-5.120.337

Acción de tutela interpuesta por Martín Narváez Gómez en calidad de Capitán del resguardo indígena Carijona de Puerto Nare (Guaviare) y otro, contra la Presidencia de la República y otros.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los Magistrados Aquiles Arrieta Gómez (e.) y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de única instancia dictado por el Tribunal Administrativo de Villavicencio -Sala Penal- en la acción de tutela instaurada por Martín Narváez Gómez en calidad de Capitán del resguardo indígena Carijona de Puerto Nare (Guaviare) y otro, contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Interior -Dirección de Consulta Previa-, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Medio Ambiente, el Ministerio de Defensa y otros.

ANTECEDENTES.

La presente acción de tutela fue originalmente repartida a la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, pero su ponencia fue derrotada por la Sala Quinta de Revisión. El nuevo reparto correspondió al ahora Magistrado Ponente, siguiente en orden alfabético.

La etnia Carijona, en la actualidad, se encuentra asentada en el departamento del Guaviare,

al sur del municipio de Miraflores, en las regiones comprendidas por el alto Vaupés y el río Yarí. En el bajo Caquetá se encuentran entre “La Pradera” y “María Manteca”, y en Orteguaza. Otros asentamientos se ubican en la zona denominada “La Pedrera” (Amazonas), cerca de la frontera con Brasil, río abajo de la confluencia del Mirití-Paraná con el Caquetá, en la orilla sur de este mismo río.

Los límites del territorio Carijona incluyen, de acuerdo a la documentación existente, las siguientes áreas: el río Vaupés en inmediaciones de los Lagos de El Dorado y Puerto Nare; el río Apaporis aguas arriba de la desembocadura del río Cananarí hasta el río Ajaju y el curso bajo y medio del Macaya o La Tunia; los ríos Mesay, Cuñaré, Yavillá y Amú; el curso medio y bajo del río Yarí, así como los ríos Cuemaní, Tuyarí, Sainí e Imiya; y por último el río Caquetá desde el río Cuemaní arriba de la Angostura de Araracuara hasta la isla de Mariñame, más abajo de la boca del río Yarí.

Históricamente, la región que fue habitada por los carijonas se ha caracterizado por ser extensa y de difícil acceso: enclavada en medio de montañas, bosques nativos y ríos de gran caudal. Sumado a esto, los carijonas eran un pueblo eminentemente guerrero en su período de apogeo, es decir, durante las postrimerías del siglo XVII y gran parte del siglo XVIII. Estas razones, principalmente geográficas y culturales, permitieron que hasta las primeras décadas del siglo XX fueran un pueblo aislado de los procesos de colonización y asimilación de la sociedad mayoritaria.

Este aislamiento solo fue interrumpido brevemente por algunas misiones franciscanas (durante el siglo XVIII) a cargo de los padres Requena y Albis; salvo ellos, ningún explorador, aventurero, naturalista o etnógrafo llegó al territorio tradicional de los carijonas, a pesar de las varias incursiones de los naturalistas Theodor Koch-Grünberg (1904) y Hamilton Rice (1913). A las mencionadas dificultades geográficas y a la problemática navegabilidad por los ríos, se sumaban la falta de víveres, las enfermedades y las epidemias usuales en la zona que la hicieron inexpugnable.

Pese a lo anterior, las misiones franciscanas lograron estimar, a través de diversas listas y censos, que para 1782 la población Carijona estaba integrada por cerca de 20.000 indígenas. Luego, con motivo de la reorganización de los territorios nacionales, en 1857, José María Quintero, segundo prefecto de la región, en su informe sobre el “territorio del Caquetá” afirmó que los Carijona eran cerca de 8.000 habitantes. Unos años más tarde, en 1904, el profesor Koch-Grünberg recibió informes según los cuales para ese año la población aborígen contaba con aproximadamente 3.000 personas. En 1928 se realizó un nuevo censo -después de la incursión de los caucheros-, según el cual se estimó que no quedaban más de 1.000 carijonas en la región. Como consecuencia de lo anterior, para 1930 ya no había población Carijona asentada en su territorio tradicional. De hecho, para esa fecha, ya se habían desplazado a La Pedrera, Puerto Nare y Orteguaza, que son las regiones en donde actualmente se encuentran ubicadas.

Las razones de estos sensibles cambios poblacionales, en opinión de diversos estudios antropológicos se debieron en alguna medida a varios tipos de enfermedades, a las epidemias europeas y a las guerras internas con otras etnias rivales, pero principalmente a las campañas esclavistas, a la explotación indiscriminada del caucho y al mestizaje producto de estos dos últimos procesos de colonización y asimilación, que aunque tardíos -tan solo comenzaron en el siglo XX- incidieron gravemente en la preservación física, cultural y espiritual del pueblo Carijona.

Hoy en día tres grupos pequeños de familias carijonas se encuentran viviendo en localidades distantes entre sí, están asimilados a comunidades multiétnicas y poco diferenciados de la sociedad nacional y de las tribus vecinas. Su población se calcula cercana a los 300 habitantes, no habitan malocas tradicionales y su lengua, en peligro de extinción como su linaje, es hablada por unos pocos indígenas.

2.- Hechos motivo de la solicitud de amparo.

2.1. En este contexto, el 30 de enero de 2015, los señores Martín Narváez autoridad indígena del resguardo de Puerto Nare y Jairo Augusto Murcia Archila/Yaroka en calidad de asesor-agente representante para la Salvaguardia de la Cultura y Lengua del Pueblo Carijona del Resguardo de Puerto Nare (Guaviare), formularon acción de tutela contra la Presidencia de la República, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Ambiente, el Ministerio de Defensa, el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Antinarcóticos, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la vida, a la existencia física y cultural, a la educación, al medio ambiente sano, al debido proceso, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, generada por la fumigación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea de glifosato sobre los territorios consagrados a la autoridad y soberanía de la comunidad Carijona que habita en el resguardo de Puerto Nare, en el departamento de Guaviare, sin que se surtiera el requisito de la consulta previa.

En igual forma, plantean que una situación muy similar se ha presentado en otros 13 resguardos indígenas vecinos -conformados por diferentes etnias- en el municipio de Miraflores (Guaviare).

2.2. Afirman los accionantes que la cultura, la lengua y el pueblo Carijona que habita en el resguardo de Puerto Nare (Guaviare) se encuentran en “peligro de extinción”, puesto que desde hace 10 años, el número de familias que lo componen se redujo de 146 a 42, entre los que se cuentan los últimos 2 sabedores de los ritos, bailes y canciones ancestrales -una abuela y un abuelo- y 16 de los últimos hablantes entre 30 y 77 años de edad. Agregan que la comunidad Carijona del resguardo de Puerto Nare -representada por el capitán del resguardo Martín Narváez- se encuentra asentada al sur del municipio de Miraflores (Guaviare), en las regiones comprendidas por el alto Vaupés y el río Yará.

2.3. Manifiestan que esta disminución en el número de integrantes de la comunidad se debe principalmente al desplazamiento de la población Carijona fuera del resguardo, con ocasión de las fumigaciones aéreas a los cultivos ilícitos con glifosato que desde hace 20 años se realizan sobre el territorio en el cual se asienta esta comunidad étnica.

2.4. También relatan que no obstante el alto peligro de extinción de los Carijona, se realizan operaciones de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersiones aéreas de glifosato sobre el resguardo de Puerto Nare, sin que las entidades accionadas hayan realizado la respectiva consulta previa a dicha comunidad, conforme lo establece la sentencia SU-383 de 2003 de la Corte Constitucional.

2.5. De igual forma, los accionantes indican que las fumigaciones con aspersión aérea de glifosato, generan -entre otros- los siguientes efectos en la comunidad que habita el resguardo de Puerto Nare:

a. a. No se realizan dentro de un patrón de precisión limitado exclusivamente a los cultivos ilícitos. Las aspersiones de glifosato se llevan a cabo de manera indiscriminada sobre cultivos de sustento, el bosque tropical y las viviendas de la población, cuyos techos expresan quedan “escurriendo veneno”. Esta situación causa daño a la comida de los micos, los pájaros, las dantas y demás especies, las plantas de uso medicinal, cultural y ritualístico de los payes y sabedores.

b. Causan problemas de salud a sus pobladores tales como dolor de cabeza, afectaciones a la visión, dolor de estómago, diarrea, mareo y problemas epidérmicos, entre otros.

c. Afectan la seguridad alimentaria, son causa de desarraigo familiar y social, deserción escolar, incertidumbre y, finalmente, desplazamiento.

d. Contaminan la tierra y la dejan improductiva por varios años. De la misma manera afecta las fuentes hídricas -ríos, lagos y cuencas- que son la única fuente de abastecimiento de agua en la región.

2.6. Adicionalmente, aseveran que desde finales del año 2014 y comienzos del 2015, se utiliza un “veneno” o compuesto químico diferente, que es más fuerte que el utilizado previamente y que impacta de forma más severa en la salud y los cultivos de la comunidad del resguardo. Respaldan sus peticiones con una serie de 25 videos en los que presentan algunas de las presuntas afectaciones que el glifosato ha causado en el resguardo de Puerto Nare (Carijona) y en otras comunidades indígenas vecinas a la salud, a los cultivos y a la vegetación tradicional de la región que usan para diversos propósitos relacionados con su cosmovisión, usos y costumbres ancestrales.

2.7. En consecuencia, solicitan al juez de tutela que ordene a las entidades accionadas la suspensión de las campañas de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato, hasta que se adelante proceso de consulta previa con el pueblo Carijona del resguardo de Puerto Nare (Guaviare) y con otras comunidades indígenas vecinas. Además, piden que se remitan copias de los expedientes de las supuestas consultas previas realizadas a los pueblos indígenas de la región al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

De igual manera, la acción de tutela contiene una medida provisional de protección que consiste en la suspensión de la erradicación de cultivos ilícitos en el resguardo de Puerto Nare, en otros 13 resguardos del municipio de Miraflores y en otros territorios de minorías étnicas, hasta que las entidades accionadas adelanten el proceso de consulta previa con las

mencionadas comunidades que ocupan dichos territorios.

3.- Trámite de instancia y argumentos de las entidades demandadas.

3.1. Conoció de la acción de tutela en única instancia, el Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Penal. El fallador de instancia avocó conocimiento por auto del 16 de febrero de 2015 y ordenó correr traslado de la demanda a los Ministros de Defensa, Interior, Ambiente y Justicia y del Derecho, así como a la Presidencia de la República y al Director de Antinarcóticos de la Policía Nacional.

Durante el término otorgado por el juez de instancia se recibieron las siguientes intervenciones:

3.2. La Presidencia de la República, a través de apoderado especial, radicó ante la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio el 19 de febrero de 2015, intervención en la que solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva o en su defecto, denegar la solicitud de amparo ante la existencia de otros medios judiciales de defensa como sería la acción popular.

3.3. El Director de Política contra las Drogas y Actividades Relacionadas del Ministerio de Justicia, presentó respuesta a la acción de tutela el 19 de febrero de 2015, en la que solicitó: (i) excluir del trámite de amparo a la entidad pública por falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) rechazar por improcedente la acción de tutela puesto que la misma no persigue la protección de derechos fundamentales, no se acreditó el requisito de inmediatez, tampoco se evidenció la ocurrencia de un perjuicio irremediable y por último, no existió prueba de la vulneración del derecho a la consulta previa; y (iii) subsidiariamente solicitó denegar la

suspensión del programa de aspersión aérea, no tutelar el derecho a la consulta previa ni los demás derechos invocados por tratarse de intereses colectivos que pueden ser protegidos a través de otras acciones constitucionales.

Concluyó la contestación señalando que en relación con los procesos de consulta previa surtidos en el municipio de Miraflores (Guaviare), tiene la siguiente información:

i. i) Certificaciones de presencia de comunidades números 111 de 2012 y 1381 de 2014, que dan cuenta de la presencia en esa región del resguardo indígena “Puerto Nare” de la etnia Carijona.

) Actas de concertación de los días 7 de abril y 6 de septiembre de 2005 mediante las cuales se presenta registro de la realización de un proceso de consulta previa para la erradicación de cultivos ilícitos con diferentes comunidades del municipio de Miraflores (Guaviare), entre los que se encontraba el resguardo indígena de Puerto Nare representado por el señor Luis Hernando Papurí.

3.4. El Director de Antinarcóticos de la Policía Nacional, presentó ante el juez de instancia el 19 de febrero de 2015, respuesta a la solicitud de amparo en la que solicitó declarar improcedente la acción de tutela de la referencia, argumentando que no existió vulneración del derecho a la consulta previa, puesto que en el año 2005, se adelantó dicho proceso con las comunidades indígenas del municipio de Miraflores (Guaviare), incluido el resguardo de Puerto Nare.

De otra parte, presentó algunas consideraciones sobre la ausencia de impactos negativos en la salud humana y el ambiente, por el uso del glifosato en las aspersiones aéreas de

fumigación de cultivos ilícitos.

Manifestó que la ejecución del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con Herbicida Glifosato -PECIG- se realiza bajo estrictas normas técnicas para su aplicación y está sujeta a un Plan de Manejo Ambiental diseñado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con la supervisión de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -en adelante, ANLA-.

3.5. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible dio respuesta a la acción de tutela de la referencia a través de apoderado judicial, mediante escrito radicado ante el Tribunal Superior de Villavicencio -Sala Penal-, el 19 de febrero de 2015, en el que solicitó desvincular al Ministerio por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que el Ministerio actuó conforme a sus competencias institucionales, por lo que cualquier responsabilidad en relación con los perjuicios causados a los accionantes como consecuencia de las aspersiones, deberá analizarse con base en las competencias atribuidas a cada participante del PECIG.

3.6. Jairo Augusto Murcia Archila/Yaroka, en calidad de accionante, presentó ante la secretaría del Tribunal Superior de Villavicencio, el 20 de febrero de 2015, pronunciamiento sobre los documentos entregados por el Ministerio de Interior -Dirección de Consulta Previa-, que dan cuenta de la celebración de un proceso de consulta en la comunidad que representa. Expresó que, una vez examinados los documentos entregados por el Ministerio, encontró que las actas fueron suscritas por Luis Hernando Papurí, quien nunca ha vivido en Puerto Nare ni representa a la comunidad Carijona. De hecho, señaló que una vez socializadas las actas de la supuesta consulta previa con la comunidad, estos le indicaron que el señor Papurí “nunca había vivido en Puerto Nare y mucho menos habría ocupado un cargo de representatividad en la comunidad”.

A lo anterior, agrega en el mismo documento un link de video con la declaración del señor Papurí, en la que manifiesta que no estuvo ni participó en las mencionadas reuniones del proceso de consulta previa porque para la época de los hechos “se encontraba activo como concejal del municipio de Miraflores”. Y que la firma y el nombre que aparece en las actas suministradas por el Ministerio de Interior no fueron hechos por él y que por tanto corresponden o bien a un error o a una “falsificación”.

En conclusión, el representante de los accionantes adujo que la presunta consulta previa adelantada en el año 2005 con la comunidad del resguardo de Puerto Nare, no supera los estándares contenidos en la sentencia SU-383 de 2003, por cuanto el Estado colombiano impuso su particular concepción del mundo al no permitir dentro del proceso de consulta: (i) el establecimiento de un espacio de diálogo intercultural entre iguales; (ii) la identificación de las afectaciones que la actividad de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato está causando en las comunidades étnicas y, (iii) la búsqueda consensuada de fórmulas y estrategias para prevenir, mitigar o compensar las afectaciones o daños causados por la actividad objeto de consulta.

. DECISIÓN OBJETO DE REVISIÓN.

El Tribunal Superior del Distrito de Villavicencio -Sala Penal-, profirió sentencia de única instancia el 25 de febrero de 2015, en la que resolvió (i) negar el amparo constitucional solicitado por el accionante, y (ii) prevenir a la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional para que se abstenga de realizar procedimientos de erradicación de cultivos ilícitos sin cumplir con los requisitos legales. Estas decisiones fueron tomadas con fundamento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, señaló que en el presente caso existe otro medio de defensa judicial, como es la acción popular por tratarse de afectaciones a derechos colectivos lo que hace que la acción de tutela se torne improcedente. En efecto, el juez de instancia consideró que: “(...) la tutela se promueve por las operaciones de aspersión aérea del herbicida glifosato ejecutadas en territorios donde tiene asentamiento el Resguardo Indígena Carijona de Puerto Nare (Guaviare) y en razón de ello se pretende el amparo colectivo de los derechos a la integridad étnica, cultural, social económica y a la subsistencia. El pedimento escapa del conocimiento del juez constitucional y la acción a la cual se debe recurrir para la solución de dicha temática no es otra que la acción popular, ya que se trata de derechos de naturaleza colectiva.”

En segundo lugar, en relación con el derecho fundamental a la consulta previa, manifestó que ante la falta de precisión de las partes sobre la actualidad de los procedimientos de erradicación aérea de cultivos ilícitos en el resguardo, puede estarse frente a la ocurrencia de un hecho consumado que da lugar a una carencia actual de objeto. A ese respecto, el Tribunal señaló lo siguiente:

“(...) no se tiene conocimiento y los accionantes tampoco lo precisan, que actualmente se esté ejecutando dicho procedimiento [aspersiones aéreas] en la comunidad indígena Carijona de Puerto Nare (Guaviare) que representan los accionantes. Luego, sino existe en la actualidad una actividad relacionada con la erradicación aérea de cultivos ilícitos en ese Resguardo, la vulneración del derecho fundamental generada por soslayar la autoridad el trámite de la consulta previa y que se pretendía amparar con la presente acción constitucional, ya no es posible hacerla cesar, circunstancia que indiscutiblemente da lugar a una carencia actual de objeto por hecho consumado.”

III. PRUEBAS DECRETADAS EN SEDE DE REVISIÓN.

1.- Esta Sala de Revisión, mediante auto del 18 de diciembre de 2015, resolvió:

i) vincular al trámite de la acción de tutela de la referencia al Ministerio de Salud y a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-. A estas entidades se les advirtió que, de considerarlo oportuno, podrían ejercer su derecho de defensa y contradicción dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de ese auto, término durante el cual tenían la oportunidad de pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la solicitud de amparo, así como las intervenciones de las partes. Para tales efectos, durante el término anterior, se puso a su disposición el escrito de tutela, las manifestaciones de las personas accionadas y las decisiones de instancia;

ii) oficiar al Ministerio de Defensa y a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, para que en el término improrrogable de 2 días, contados a partir de la notificación de ese auto, certificaran si en la actualidad se realizan aspersiones aéreas de glifosato para erradicar cultivos ilícitos sobre el territorio del resguardo indígena Carijona de Puerto Nare (Guaviare). De igual manera debían informar si en la actualidad se realizan campañas de erradicación de cultivos ilícitos, así como los medios utilizados;

iii) se puso a disposición de las partes y terceros con interés en la acción de tutela de la referencia, las comunicaciones que se hubieren recibido, en acatamiento de las órdenes precedentes. Lo anterior durante el término de dos (2) días. Las respuestas obtenidas por parte de las entidades reseñadas, se refieren a continuación:

2.- El Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social radicó ante la Secretaría General de la Corte el 22 de enero de 2015, escrito mediante el cual contestó la acción de tutela conforme al auto del 18 de diciembre de 2015. En su intervención solicitó que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de ese Ministerio por la vulneración del derecho a la consulta previa, puesto que no es la entidad competente para solucionar dicho conflicto.

De otra parte, en relación con el uso del glifosato expuso las principales características del PECIG y la distribución de sus competencias en la ejecución del mencionado plan, entre las que se encuentra la de “(...) reglamentar y vigilar el programa de salud pública, que se relaciona con el conjunto de actividades y procedimientos dirigidos a la prevención, mitigación y corrección de situaciones de riesgo para la salud de la población en las áreas de aplicación. (...)”. Expuso finalmente que ese ministerio en ejercicio de sus competencias recomendó al Consejo Nacional de Estupefacientes “(...) suspender inmediatamente el uso del glifosato en la fumigación de cultivos ilícitos con base en un estudio inglés que ‘reúne las evidencias’ sobre las afectaciones de salud que provoca el herbicida en la población”.

3.- La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, a través de apoderado judicial especial, presentó el 21 de enero de 2016, contestación a la acción de tutela de la referencia, a través de la cual solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela por: (i) ausencia de perjuicio irremediable; (ii) inexistencia del estado de indefensión; (iii) falta de legitimación material en la causa por pasiva; (iv) inexistencia de responsabilidad y de nexo de causalidad; y, (v) insuficiencia probatoria de la acción de tutela.

Para finalizar, la ANLA expuso que sus competencias se limitan al seguimiento y control al Plan de Manejo Ambiental del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos -PECIG-, por tal razón no le asiste responsabilidad por las aspersiones aéreas con glifosato.

4.- El Director de Antinarcóticos de la Policía Nacional presentó ante la Secretaría General de la Corte el 22 de enero de 2015 el oficio 004308/DIRAN-JEFAT-29.25 del 21 de ese mismo mes y año, mediante el cual dio respuesta al auto del 18 de diciembre de 2015 y manifestó:

i. i) El Consejo Nacional de Estupefacientes expidió la Resolución número 0006 del 25 de mayo de 2015, en su calidad de autoridad rectora en materia de sustancias ilícitas, en la que resolvió en su artículo 1º:

“(…) ORDENAR la suspensión en todo el territorio nacional del uso del herbicida glifosato en las operaciones de erradicación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea autorizadas en el artículo 1º de la Resolución 0013 de junio 27 de 2003, una vez la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) revoque o suspenda el Plan de Manejo Ambiental (…).”

) La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, profirió la Resolución número 1214 del 30 de septiembre de 2015, mediante la cual ordenó en su artículo 1º:

“(…) la suspensión, en virtud del principio de precaución, de las actividades del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con Glifosato PECIG, en el territorio nacional (…).”

En virtud de lo anterior, el Director de Antinarcóticos de la Policía Nacional certificó que “(…) NO se efectúan operaciones de aspersión aérea desde la fecha de la publicación de este acto administrativo.”

De otra parte, sobre el tema de campañas de erradicación en la zona adujo que actualmente se desarrollan actividades de seguridad para la erradicación de cultivos ilícitos mediante la modalidad manual forzosa. Sin embargo, expuso que cuando la erradicación se realiza al interior de los resguardos indígenas, deben surtirse los trámites de la consulta previa conforme a la sentencia SU-383 de 2003, por tal razón concluye que “(…) HASTA TANTO NO SE AGOTE este trámite no se puede proceder a ejecutar labores de erradicación.”

5.- Recibidos los anteriores documentos la Secretaría General de la Corte, en cumplimiento del auto del 18 de diciembre de 2015, dio traslado de los mismos a las partes y terceros con interés en la acción de tutela de la referencia por el término de 2 días, durante el cual se

recibieron documentos presentados por la Policía Nacional Dirección de Antinarcóticos y el Ministerio de Defensa, en los que manifestaron que dieron respuesta al requerimiento de la Corte contenido en el auto del 18 de diciembre de 2015, a través del oficio No. 004308 del 21 de enero de 2016, proferido por la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional.

6.- Los documentos aportados por las partes y la práctica de pruebas en sede de revisión, permitieron a la Sala tener conocimiento de la suspensión por parte de la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, de las operaciones de aspersión aérea con glifosato en todo el territorio nacional a partir de la fecha de publicación de la Resolución número 1214 del 30 de septiembre de 2015, proferida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA-.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

Esta Corte es competente para dictar sentencia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Asuntos a tratar.

Con fundamento en los elementos fácticos descritos, encuentra la Sala que el problema jurídico consiste en determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad étnica y cultural, a la libre determinación,

a la salud en conexión con la vida y al medio ambiente sano de la comunidad étnica accionante, al realizar actividades de aspersión aérea con glifosato para erradicar cultivos ilícitos -aún cuando estas actividades se encuentren suspendidas por parte del Estado colombiano- sin adelantar proceso de consulta previa con los miembros del resguardo Carijona en Puerto Nare (Guaviare).

Para efecto de resolver, la Sala abordará el estudio de: (i) el derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual de las comunidades étnicas, en tanto garantía de los modos de vida tradicionales; (ii) los impactos de la erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato en la salud humana y el medio ambiente; (iii) el principio de precaución en materia ambiental y su aplicación para proteger el derecho a la salud y al medio ambiente sano de las comunidades étnicas; (iv) el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas y el derecho a la etno-reparación. Por último, (v) efectuará el análisis del caso concreto.

3. Derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual de las comunidades étnicas, en tanto garantía de los modos de vida tradicionales.

3.1. Colombia es un país con una gran diversidad étnica y cultural que se encuentra reconocida y protegida por la Constitución de 1991. Por supuesto, este hecho no es gratuito y así lo estableció en su momento la Asamblea Nacional Constituyente al considerar que la nación colombiana es producto de un profundo mestizaje, donde interactúan a un mismo tiempo la cultura y las tradiciones de los pueblos americanos, europeos y africanos. Históricamente, las culturas fundantes de nuestra nación fueron los pueblos indígenas originarios que habitaron por siglos el actual territorio patrio. Sin embargo, tras cerca de cuatrocientos años de procesos de colonización, semiesclavitud, mestizaje y asimilación, algunas guerras internas y enfermedades traídas por los europeos, la población indígena originaria ha disminuido en un 90%.

Según datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-, la población indígena del país se estima cercana al 3.43% del total nacional, lo que ofrece un contraste alarmante si se tiene en cuenta que a mediados del siglo XIX la población indígena era del 18%. En la actualidad existen aproximadamente 87 etnias indígenas identificadas en todo el territorio nacional, siendo las principales: Achagua, Andakí, Andoque, Arhuaco, Awá, Bara, Barasana, Barí, Camsá, Carijona, Cocama, Cofán, Coreguaje, Cubeo, Cuiba, Chimila, Desano, Emberá, Guambiano, Guanano, Guayabero, Huitoto, Inga, Jupda, Karapana, Kogui, Kurripako, Macuna, Macaguane, Mocaná, Muisca, Nasa, Nukak, Pastos, Piapoco, Pijao, Piratapuyo, Puinave, Saliba, Sikuani, Siona, Tatuyo, Tinigua, Tucano, Umbrá, U'wa, Wayúu, Wiwa, Wounaan, Yagua, Yanacona, Yucuna Yukpa y Zenú. Como consecuencia de esta riqueza pluriétnica y multicultural, en Colombia hoy se hablan 64 lenguas amerindis y una diversidad de dialectos que se agrupan en 13 familias lingüísticas que constituyen -junto al castellano- las lenguas oficiales de estas regiones y del país.

3.2. En este contexto, el derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual de las comunidades étnicas, en tanto garantía de los modos de vida tradicionales diferenciados, ha sido reconocido como fundamental no solo por el Estado colombiano sino por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha declarado que los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional debido a circunstancias históricas de discriminación y a las condiciones de vulnerabilidad en que viven en la actualidad.

3.3. A este respecto, la Corte ha entendido que el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona como un individuo abstracto, sino como un sujeto de características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por la diferencia, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular que puede hacer posible su proyecto de vida. En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo -incluidas las cosmogonías indígenas, tribales y étnicas- puedan coexistir pacíficamente. Sobre el particular la jurisprudencia ha afirmado lo siguiente:

“Una de las manifestaciones más claras del anhelo de renovación democrática que inspiró la promulgación de la Constitución Política de 1991 es la caracterización de Colombia como un Estado participativo y pluralista que reconoce y protege su diversidad étnica y cultural. Es allí, y en la decisión de calificar a quienes tienen una cosmovisión distinta a la de la cultura mayoritaria como titulares de derechos fundamentales, donde se vio reflejado en mayor medida el empeño de los constituyentes por superar el discurso homogeneizador de la Constitución de 1886, para construir, en su lugar, uno comprensivo de las distintas expresiones que definen la identidad nacional.”

3.4. En este sentido, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos pluriétnicos y multiculturales. En esta tarea, por ejemplo, le está prohibido a la organización estatal imponer una determinada concepción del mundo y de desarrollo, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural, y contra el trato igualitario a diferentes culturas que el mismo ha reconocido en la Constitución.

3.5. Precisamente sobre la protección constitucional a la diversidad étnica, esta Corporación ha resaltado que “la diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano, reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de su población y las riquezas culturales y naturales de la nación”.

Lo anterior significa que nuestra Constitución ha optado por acoger una fórmula de Estado social de derecho en la cual no hay lugar a una cultura homogénea o a una única cultura, por

el contrario en la misma se establecen obligaciones de respeto y protección a las diversas manifestaciones étnicas y culturales que fundamentan la nacionalidad y que deben convivir en condiciones de igualdad y dignidad. En igual medida, uno de los rasgos característicos del nuevo constitucionalismo colombiano consiste en aceptar que dentro de los Estados coexisten diversos entendimientos acerca del respeto al pluralismo, los usos, las costumbres, las tradiciones, las cosmogonías, así como las diversas formas de pensar, asumir y percibir el mundo por parte de las diferentes comunidades humanas que los conforman.

En este sentido la jurisprudencia ha afirmado que: “Por su situación geográfica, el país, tiene territorios sobre el Caribe, en las regiones andina, amazónica, del orinoco y del pacífico y además se entrecruzan diversas tradiciones mestizas, amerindias y afroamericanas. Esta diversidad comporta un privilegio respecto del resto del mundo (...) es de advertir, desde ahora, que se trata de una presencia con un arraigo histórico, se trata de poblaciones que durante siglos han habitado dichas tierras y, en ellas han desarrollado las actividades que les han permitido su sustento y la realización de sus proyectos de vida”.

3.6. En concordancia con lo anteriormente señalado, la Corte ha precisado que los derechos fundamentales de las comunidades étnicas se concretan, entre otros, en el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, que a su vez se deriva no solo del mandato de protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (artículos 1º y 7º) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición y desplazamiento forzado (artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva de la tierra (artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar y a ser consultados de las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios, es decir, el derecho a una consulta previa, libre e informada.

3.7. Ahora bien, la diversidad étnica y cultural también se manifiesta en posibilidades de expresión, mantenimiento e incluso, profundización de las manifestaciones culturales que contribuyen a la definición de las etnias presentes en el territorio nacional. Por eso resultan

de vital importancia para su concreción elementos como la educación, las garantías para el uso y mantenimiento de su lengua, sus manifestaciones religiosas y, en general, todas aquellas tradiciones que los identifican y que los diferencian de la sociedad mayoritaria.

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha establecido un amplio margen de protección a la integridad, diferenciación y diversidad de las comunidades étnicas del país que se concretan en diversos derechos, como:

“(i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; y (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole”.

3.8. Adicional a la protección de la integridad y diversidad étnica, cultural y social de las comunidades aborígenes, el Estado también tiene la obligación de proteger y defender el patrimonio cultural de la Nación, principio constitucional que se edifica como un imperativo para las autoridades públicas e incluso para los particulares, concepto que se ha dimensionado como Constitución Cultural. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que la

identidad cultural es la manifestación de la diversidad de las comunidades y la expresión de la riqueza humana y social, lo cual constituye un instrumento de construcción y consolidación de sociedades organizadas, encaminadas al mejoramiento de sus relaciones.

3.9. La cultura fue reconocida por el Constituyente de 1991 como un pilar que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado. Es amplio el conjunto de normas constitucionales que protegen la diversidad cultural como valor fundamental de la nación colombiana, erigiéndose de esta forma el denominado eje de la Constitución Cultural, que al igual que la “Ecológica” parte de una interpretación sistemática, axiológica y finalista, de las varias disposiciones a las que la Corte se refirió en la sentencia C-742 de 2006:

“(…) el artículo 2º superior, señaló como fin esencial del Estado el de facilitar la participación de todos en la vida cultural de la Nación. Los artículos 7º y 8º de la Carta dispusieron la obligación del Estado de proteger la diversidad y riquezas culturales de la Nación. El artículo 44 define la cultura como un derecho fundamental de los niños. El artículo 67 señalaron que la educación es un derecho que busca afianzar los valores culturales de la Nación. El artículo 70 de la Constitución preceptúa que el Estado tiene la obligación de promover y fomentar el acceso a la cultura de los colombianos, en tanto que la cultura y/o los valores culturales son el fundamento de la nacionalidad colombiana. En esta misma línea, el artículo 71 de la Constitución dispuso que el Estado creará incentivos para fomentar las manifestaciones culturales. Ahora, la protección de los recursos culturales no sólo es una responsabilidad a cargo del Estado sino que también es un deber de los ciudadanos, en los términos previstos en el artículo 95, numeral 8º, superior. De todas maneras, los artículos 311 y 313, numeral 9º, de la Carta encomiendan, de manera especial, a los municipios, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes. Por su parte, el artículo 333 superior autorizó al legislador a limitar válidamente la libertad económica cuando se trata de proteger el patrimonio cultural de la Nación. Y, finalmente, con especial relevancia para el análisis del asunto sometido a estudio de esta Corporación, recuérdese que el artículo 72 de la Carta dispuso que “el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado, pero que sólo “el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la

Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles”

La descripción anterior muestra que, efectivamente, la protección del patrimonio cultural de la Nación tiene especial relevancia en la Constitución, en tanto que éste constituye un signo o una expresión de la cultura humana, de un tiempo, de circunstancias o modalidades de vida que se reflejan en el territorio, pero que desbordan sus límites y dimensiones. Entonces, la salvaguarda estatal del patrimonio cultural de la Nación tiene sentido en cuanto, después de un proceso de formación, transformación y apropiación, expresa la identidad de un grupo social en un momento histórico. (Subrayado fuera de texto original)

De igual manera, si bien los artículos 8º y 70 superiores consagraron el deber del Estado de proteger las riquezas culturales de la Nación y promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los ciudadanos, no señalaron fórmulas precisas para llegar a ese cometido, de ahí que deba entenderse que el Constituyente dejó al legislador o al ejecutivo a cargo de esa reglamentación.” (Énfasis por fuera del texto original).

3.10. De la referencia normativa anterior se aprecia cómo el modelo implementado en la Carta de 1991 propicia el estudio de la Constitución cultural, ámbito dentro del cual se encuentran las ideas, creencias, conductas, mitos, sentimientos, actitudes, actos, costumbres, instituciones, códigos, bienes, formas artísticas y lenguajes propios de todos los integrantes de la sociedad; en otras palabras, de la riqueza cultural de la Nación. En este sentido, es conveniente reiterar lo expresado por esta Corporación en la sentencia C-639 de 2009, en la que se puntualizó que:

“Con la expresión derechos culturales se designa la subclase de derechos humanos en el ámbito de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que comprende los derechos y libertades fundamentales, los derechos de prestación y las determinaciones constitucionales de los fines del Estado en materia cultural, cuya pretensión es la búsqueda de la propia identidad personal y colectiva que ubique a la persona en su medio existencial en cuanto a

su pasado (tradición y conservación de su patrimonio histórico y artístico), presente (admiración, creación y comunicación cultural) y futuro (educación y progreso cultural, investigación científica y técnica, y la protección y restauración del medio ambiente)".

3.11. Concatenado con lo anterior, es pertinente afirmar que el paso hacia un Estado social de derecho conlleva axiomáticamente el reconocimiento y puesta en marcha de los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales -DESC-. Prerrogativas estas que encuentran respaldo en herramientas internacionales, las cuales se constituyen en criterios de interpretación relevantes para la determinación de contenido del derecho a la cultura, como la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural, adoptada en la Conferencia General de la Unesco el 2 de noviembre de 2001, en la que se reconoce que la cultura está compuesta de formas diversas por medio del tiempo y el espacio, y que esa diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad. Derechos culturales que se reflejan y retroalimentan de los derechos humanos, universales e indisolubles. Sobre el particular, esta Corporación en la sentencia C-434 de 2010 manifestó:

"(...) la Observación General No. 21 del Comité DESC sobre el derecho de todas las personas a tomar parte en la vida cultural -elaborada en la sesión No. 43 de noviembre de 2009, reconoce que la plena promoción y respeto de los derechos culturales es esencial para el mantenimiento de la dignidad humana y para la interacción social entre individuos y comunidades en un mundo diverso y multicultural. Este documento también aclara que del derecho a participar en la vida cultural -artículo 15 del PIDESC- se derivan las siguientes obligaciones del Estado: (i) no obstruir la participación, (ii) asegurar las condiciones para la participación, (iii) facilitar tal participación, y (iv) promover la vida cultural, el acceso y la protección de los bienes culturales. A esto agrega que el derecho a participar en la vida cultural comprende (a) el derecho a participar en la vida cultural, (b) el derecho a acceder a ella, y (c) el derecho a contribuir a su desarrollo. Para terminar, el Comité indica varias condiciones necesarias para la realización del derecho de manera equitativa y sin discriminación: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad e idoneidad (cultural)."

De estas disposiciones y documentos se deduce el reconocimiento constitucional del derecho a la cultura, el cual impone al Estado, entre otras, las obligaciones de respetar, proteger, promover y garantizar el acceso, la participación y la contribución de todos a la cultura en un plano de igualdad, en el marco del reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural. Estas obligaciones también han sido denominadas derechos culturales.”

3.12. La denominada Constitución Cultural es parte sustancial de la configuración del Estado social de derecho que conlleva el mandato de proteger el derecho a la cultura como una garantía que determina valores y referentes no solo para quienes hacen parte del presente, sino como un mecanismo de diálogo constante con el pasado y el futuro de las generaciones y su historia.

3.13. En suma, la Sala estima que el principio fundamental de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en tanto garantía de los modos de vida tradicionales de las comunidades indígenas, no es simplemente una declaración puramente retórica sino que se proyecta en el plano jurídico con profundas implicaciones en el carácter democrático, participativo y pluralista que inspira a nuestra Constitución, garantizando el derecho de los pueblos aborígenes a la supervivencia física, cultural y espiritual. Dichas expresiones también se manifiestan en posibilidades de expresión, mantenimiento e, incluso, profundización de las manifestaciones culturales -y todas aquellas tradiciones que los identifican y que los diferencian de la sociedad mayoritaria- que contribuyen a la definición de las etnias presentes en el territorio nacional.

3.14. Adicionalmente, la Sala no puede dejar de observar que en el caso sometido a su consideración, uno de los elementos que identifican y diferencian a los pueblos indígenas amazónicos, como el pueblo Carijona, es su relación ancestral con la planta de coca.

3.15. Los usos ancestrales de la hoja de coca en las comunidades indígenas: manifestación de su derecho a la identidad cultural. La hoja de coca es un elemento fundamental desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal, alimenticio, entre otros, para varias comunidades indígenas del país; por esta razón, varios instrumentos normativos y la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los usos ancestrales de esta planta se encuentran amparados por nuestra Carta, en particular, por el derecho a la identidad cultural y autonomía de dichas comunidades.

3.16. A nivel internacional, este reconocimiento puede observarse, por ejemplo, en el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena en 1988, la cual prevé que las Partes adoptarán medidas adecuadas para evitar y erradicar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, con pleno “respeto de los derechos humanos fundamentales, y teniendo en cuenta los usos tradicionales lícitos de dichos cultivos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente”.

3.17. A nivel nacional, el reconocimiento de la relación entre las tradiciones indígenas y la hoja de coca se puede hallar en el artículo 7 de la Ley 30 de 1986, el cual indica que “[e]l Consejo Nacional de Estupefacientes reglamentará los cultivos de plantas de las cuales se produzcan sustancias estupefacientes y el consumo de éstas por parte de las poblaciones indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivadas de su tradición y cultura”.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha reconocido que las prácticas y tradiciones de las comunidades indígenas ligadas a la hoja de coca, en tanto manifestación cultural, están amparadas no solamente por el artículo 7 superior, sino también por las disposiciones que reconocen su derecho a la autonomía, lo que significa que tales prácticas no pueden ser limitadas sino por razones poderosas desde el punto de vista constitucional.

Por ejemplo, en la sentencia C-176 de 1994, al examinar la constitucionalidad de la Ley 67 de 1993, por medio de la cual se aprobó la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas” de 1988, la Corte recordó, de un lado, que no pueden confundirse la hoja de coca y la cocaína, ni la planta puede ponerse en el mismo plano que los usos ilícitos que se hacen de ella. Al respecto, expresó la Corporación: “[n]o se puede colocar en el mismo plano la planta coca y los usos lícitos y legítimos que de ella se han hecho y se pueden hacer, y la utilización de la misma como materia prima para la producción de cocaína”; y de otro lado, indicó que, como han señalado varios expertos, “(...) el ancestral consumo de coca en nuestras comunidades indígenas no tiene efectos negativos”. Con fundamento en estas consideraciones, concluyó que los usos ancestrales de las comunidades indígenas de la hoja de coca se encuentran amparados por el artículo 7 de la Constitución, “(...) por lo cual la persecución del narcotráfico no puede traducirse en un desconocimiento de la identidad cultural de las comunidades indígenas, protegida por la Constitución”. Por esta razón, la Corte encontró ajustada a la Carta la declaración formulada por el Congreso en el sentido de que “Colombia entiende que el tratamiento que la Convención da al cultivo de la hoja de coca como infracción penal debe armonizarse con una política de desarrollo alternativo, tomando en cuenta los derechos de las comunidades indígenas involucradas y la protección del medio ambiente (...)”.

Posteriormente, en la sentencia SU-383 de 2003, la primera en referirse al programa de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato, al revisar los fallos de instancia dictados con ocasión de la demanda formulada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana -OPIAC- contra la Presidencia de la República, el Consejo Nacional de Estupefacientes y otras entidades del Gobierno nacional, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, existencia comunitaria, ambiente sano y participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, entre otros, por ordenar la aspersión aérea de herbicidas en la región de la Amazonía para la erradicación de cultivos ilícitos, sin surtir el procedimiento de consulta previa y ocasionando un daño ambiental considerable en sus territorios, la Corte recordó que la hoja de coca está ligada a las creencias y tradiciones de varias comunidades indígenas de la Amazonía, lo que significa que la aspersión aérea podía poner en riesgo sus prácticas ancestrales ligadas a la planta. En efecto, con fundamento en los informes técnicos allegados al expediente y en documentos académicos, la Corporación observó que para algunas comunidades de la Amazonía, la hoja de coca

cumple un papel de medio de cambio. Al respecto, indicó la Corporación:

“El profesor Roberto Pineda Camacho, por su parte, en referencia a la cosmovisión del pueblo Wuitoto, realiza un estudio de la cacería de danta, dada la importancia del procedimiento y la significación del mismo para los pueblos indígenas, y advierte que para el indígena ‘[l]a danta, como los hombres tiene un carácter, una personalidad que moldea considerablemente nuestra relación con ella, aun en el rol de cazadores’.

Resalta los rituales, creencias y prácticas sociales derivadas de tal actividad, entre los que se cuentan la necesidad de que los ‘abuelos’ obtengan el permiso para la cacería de los dueños de los animales a contraprestación de ‘coca y ambil’, porque quien se adentra en el salado - lugar privilegiado para la caza, pero embrujado- sin observar los rituales se somete al poder de la danta y puede traspasar ‘el umbral de la vida de los animales’”.

Además, con el siguiente extracto, la Corte reconoció las características místicas asociadas al cultivo de la planta de coca en la Amazonía, especialmente en el bajo Caquetá:

“Indican [los investigadores Carlos A. Rodríguez y María Clara Van Der Hammen] que el indígena realiza la distribución espacial de los cultivos en la chagra utilizando criterios simbólicos, de manera que cada cultivo ocupa el lugar que según la connotación indígena ocupa el rol que el cultivo representa en la organización social indígena. Así los principales productos que se cultivan en el área en estudio -Bajo Caquetá-, la coca y la yuca, se siembran en el centro y en la periferia respectivamente, simbolizando lo femenino y lo masculino”.

Por estas razones, la Corte indicó que la consulta previa era indispensable antes de la

fumigación, precisamente para establecer en qué medida las prácticas ancestrales de las comunidades demandantes se verían afectadas con ella y de qué forma podrían las comunidades mantener las plantaciones de coca, por la cual concedió la tutela. Respecto a esta sentencia y debido a su importancia, la Sala se referirá a ella más adelante.

4. Los impactos de la erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato.

Dada la importancia que para el caso objeto de estudio revisten la naturaleza y las implicaciones del uso del glifosato en la erradicación aérea de cultivos ilícitos y sus presuntos efectos en el medio ambiente y en las comunidades humanas, la Sala examinará los impactos del herbicida desde tres aproximaciones: (i) definición y características del glifosato; (ii) reseñará la composición y alcance de la política pública de aspersiones aéreas con glifosato; y finalmente, (iii) presentará algunas conclusiones del informe proferido por la Organización Mundial de la Salud -OMS- sobre los efectos del glifosato en el medio ambiente y en la salud humana.

a.- Definición y características del glifosato. Presentación de algunos estudios científicos sobre sus propiedades.

4.1. El glifosato es una sustancia incolora, inodora y de apariencia cristalina. El glifosato fue sintetizado por primera vez en 1950 como una sustancia de potenciales usos farmacéuticos; sin embargo, su uso como herbicida no fue descubierto sino hasta un nuevo proceso de sintetización y pruebas de laboratorio en 1970. En la actualidad, esta sustancia está presente en al menos 750 productos solo en EE.UU.

A nivel mundial, el glifosato es producido por 91 empresas en 20 países, incluidas 53 en China, 9 en India, 5 en EE.UU., y otras fábricas en Australia, Canadá, Chipre, Egipto, Alemania, Guatemala, Hungría, Israel, Malasia, México, Singapur, España, Taiwán, Tailandia,

Turquía, Gran Bretaña y Venezuela. Se estima que esta sustancia tiene uso registrado en por lo menos 130 naciones y es probablemente el herbicida más usado en el mundo, con una producción global anual de 720.000 toneladas para 2012.

De acuerdo a sus características el glifosato es un herbicida de amplio espectro, no selectivo y sistemático, que elimina o suprime efectivamente toda clase de plantas inhibiendo el proceso de fotosíntesis, incluidos pastos, flores, vides, arbustos, matorrales y árboles, dando lugar a que la planta muera por interrupción de su proceso de desarrollo y crecimiento. Se usa de forma extensiva, principalmente, en actividades agrícolas en todo el mundo. Ahora bien, cuando se usa en pequeñas dosis el glifosato tiene propiedades como regulador y desecante del crecimiento de las plantas.

La aplicación del glifosato por aspersión aérea se realiza bajo determinadas condiciones climáticas (temperatura y velocidad del viento), así como parámetros regulados de velocidad y altura del avión, y apertura y ángulo de las boquillas de aspersión. Una aeronave estándar de aspersión tiene un tanque para agroquímico de aproximadamente 320 galones de capacidad. La descarga máxima por hectárea son 23,65 litros (6.24 galones) y de acuerdo a estimaciones generales cada litro de la mezcla contiene 211 gramos de glifosato.

Respecto del uso del glifosato en el PECIG, la mezcla de aspersión que se utilizaba estaba constituida por 3 elementos: glifosato (44%), agua (55%) y un surfactante (1%). El herbicida que se aplicaba era el denominado “CUSPIDE 480 SL” manufacturado por la Compañía Talanu Chemical. Bajo la modalidad anteriormente descrita, es que se ha desarrollado el programa de aspersión aérea de cultivos ilícitos -PECIG- en Colombia.

4.2. Según cifras de la Policía Nacional y el Instituto Colombiano Agropecuario -ICA- en Colombia tan solo el 10% del glifosato empleado es efectivamente utilizado en el PECIG mientras que el 90% restante es usado por la agroindustria. A lo anterior añade que el

glifosato es usado en el país desde 1972 en cultivos de caña de azúcar, arroz, plátano, algodón, maíz, palma africana, árboles frutales cítricos y verduras entre otros.

4.3. Ahora bien, respecto a los presuntos efectos que este herbicida pudiera tener sobre el medio ambiente y la salud humana, varias entidades, a través de diferentes documentos, presentaron una serie de apreciaciones y estudios sobre el glifosato y sus posibles impactos. Adicionalmente se referirán otros documentos complementarios que son pertinentes como insumo para el debate que en esta oportunidad ocupa a la Corte Constitucional.

4.4. En primer lugar, el Ministerio de Justicia en escrito sobre la política antidrogas en Colombia y el uso del glifosato, señala que “los estudios adelantados sobre los presuntos efectos del Glifosato en la salud humana, han determinado que este herbicida no es bioacumulable, es catalogado de baja toxicidad en forma aguda o crónica; no es carcinógeno, ni mutágeno y tampoco tiene efectos lesivos sobre la reproducción. Con respecto a los humanos no se le considera nocivo, excepto por la posibilidad de irritación ocular transitoria y probablemente cutánea (con recuperación de ambas)”.

Del mismo modo, explica que, “para determinar si una afectación a la salud humana tiene origen en las labores de aspersión el monitoreo biológico se debe adelantar dentro de los cinco días siguientes a la exposición al glifosato. De lo contrario, no es posible establecer una relación de causa-efecto por cuanto el glifosato no es una sustancia bioacumulable”.

A lo anterior añade que “aunque existe total certeza de que el PECIG no implica ningún riesgo para la salud humana, animal y del medio ambiente, el Gobierno Nacional, a través de sus instituciones ha establecido un estricto sistema de monitoreo, verificación y vigilancia del Programa [de erradicación por aspersión aérea con glifosato] durante cada una de sus fases para garantizar su adecuada y correcta ejecución”.

Finalmente, afirma que tales conclusiones encuentran sustento en tres estudios: (i) “Efectos del glifosato en la Salud Humana”, realizado por la Clínica de Toxicología Uribe Cualla (Nariño, 2001); (ii) “Informe de la Oficina de Prevención, Plaguicidas y Sustancias Tóxicas de la Agencia Ambiental de los EE.UU – Caso Colombia” (2002); y (iii) “Efectos del PECIG mediante la aspersión aérea con el herbicida glifosato y de los cultivos ilícitos en la salud humana y en el medio ambiente – Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD-OEA, 2005).

4.5. En particular, el informe de Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de 2005 es uno de los más referidos por las entidades accionadas para defender el uso del glifosato en el PECIG. En dicho estudio se concluyó que:

“las exposiciones potenciales al glifosato y Cosmo-Flux® como se utiliza para la erradicación de la coca y la amapola en Colombia no representan un riesgo apreciable para los circunstantes humanos”, sobre todo, ‘[c]uando estos riesgos se comparan con otros riesgos asociados con la deforestación, el uso sin control y sin vigilancia de otros plaguicidas para proteger la coca y la amapola, y las exposiciones a sustancias utilizadas en el procesamiento de la materia prima a cocaína y heroína’. No obstante, admitió ‘la posibilidad de irritación ocular transitoria y, probablemente, cutánea (con recuperación de ambas)’. Asimismo, en relación con los riesgos ambientales, el mismo informe concluyó que éstos ‘eran pequeños en la mayoría de las circunstancias. Los riesgos de los efectos directos sobre la vida silvestre terrestre como mamíferos y aves se consideraron despreciables así como lo eran para los insectos beneficiosos como las abejas. Pueden existir riesgos moderados para algunos animales acuáticos silvestres en algunas localidades en donde se encuentran cuerpos de agua superficiales y estáticos localizados en la vecindad de los cultivos de coca cuando éstos sean asperjados accidentalmente’, y nuevamente reiteró que para este caso ‘[l]as actividades humanas relacionadas con el cultivo y la cosecha [de las matas de uso ilícito] serán más lesivos para la vida silvestre’”.

4.6. Por su parte, la Policía Nacional -Dirección Antinarcóticos-, a más de reiterar los mismos estudios referidos por el Ministerio de Justicia para defender el uso del glifosato en la erradicación de cultivos ilícitos, añade que el Instituto Nacional de Salud -INS- en informe sobre “Evaluación de los efectos del glifosato y otros plaguicidas en la salud humana en zonas objeto de PECIG” publicado en 2009, refirió que “no hubo hallazgos concluyentes entre la exposición a glifosato empleado en la erradicación de cultivos ilícitos y los efectos en la salud humana, debido a que no se halló exposición ocupacional concomitante por la misma sustancia y por otras de mayor toxicidad que el glifosato”.

4.7. El Ministerio de Ambiente respecto de los posibles efectos del glifosato en el medio ambiente y en la salud humana como consecuencia de la implementación del programa de aspersiones aéreas, aduce que “el glifosato empleado para la erradicación de los cultivos ilícitos no produce daños irreversibles en el medio ambiente; por el contrario: hay elementos de juicio que permiten concluir que la regeneración de las zonas asperjadas se produce en lapso no muy largo y que, en cambio, numerosas hectáreas de bosques son destruidas por causa de la tala de éstos por los cultivadores ilícitos”. En complemento de lo anteriormente señalado, indica que el PECIG cuenta con mecanismos de seguimiento y control para su funcionamiento por parte de la ANLA y con un “Plan de Manejo Ambiental” bajo la coordinación y supervisión del propio Ministerio y de la Policía Nacional -DIRAN-.

4.8. A su turno, el Instituto Nacional de Salud -INS- en el documento titulado “Apreciaciones al informe emitido por la IARC y su potencial impacto en el uso del herbicida glifosato en Colombia” (2015) explica cómo se podría producir el contacto con el herbicida y sus características:

“La eventual exposición de la población general puede ocurrir al entrar en contacto accidental por vía dérmica o inhalatoria al exponerse directamente a la nube de aspersión durante su aplicación, o de forma indirecta cuando se ingresa a cultivos tratados (contacto

dérmico / inhalación del vapor) sin protección personal. Eventualmente puede darse por consumo de agua contaminada directamente (depósito alcanzado por la aspersión) o indirectamente (lavado por escorrentía de agua lluvia recuperada de techos asperjados, usada para consumo humano). El cálculo real de la concentración a la que puede exponerse la persona es altamente variable, ya que siempre va a depender de la magnitud y la vía de exposición”.

4.9. En contraste a lo señalado por los estudios que avalan el uso del glifosato, el artículo científico titulado “Citotoxicidad y genotoxicidad en células humanas expuestas in vitro a glifosato” (2005), que analiza la toxicidad del herbicida glifosato a nivel celular, realizado por la profesora Helena Groot de Restrepo, ofrece las siguientes conclusiones:

“La genotoxicidad del glifosato ha sido evaluada por varios autores, principalmente mediante pruebas citogenéticas (aberraciones cromosómicas, intercambios entre cromátidas hermanas y frecuencia de micronúcleos), y pruebas para medir mutaciones (prueba de Ames, y mutaciones reversas en el locus HGPRT) en diferentes tipos celulares. La mayoría muestran al glifosato como un compuesto no genotóxico (30- 33). Sin embargo, algunos trabajos muestran resultados diferentes (34- 36). Los resultados del presente trabajo, en el que se utiliza la prueba del cometa para medir la genotoxicidad del glifosato en diferentes tipos celulares, no concuerdan con los obtenidos por otros autores que utilizan la misma prueba y que concluyen que este herbicida no induce rupturas de cadena sencilla en el ADN⁵⁵. No obstante, con lo observado en este estudio respecto a la citotoxicidad tanto aguda como crónica y a la genotoxicidad, se sugiere que el mecanismo de acción del glifosato no se limita únicamente a las plantas sino que puede alterar la estructura del ADN en otros tipos de células como son las de los mamíferos”. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

4.10. En sentido complementario, la Universidad Nacional de Colombia en respuesta al informe de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, CICAD-OEA (2005), elaboró una serie de “Observaciones al Estudio de los efectos del programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con el herbicida Glifosato -

PECIG- y de los cultivos ilícitos en la salud humana y en el medio ambiente”, que fueron publicadas en mayo de 2005 y en las que concluyó que:

(i) “[e]l estudio no consideró, o si lo hizo fue de manera tangencial, los riesgos directos o indirectos sobre ecosistemas o agroecosistemas vecinos, pérdidas de biodiversidad, desplazamientos de población o incremento en procesos erosivos como consecuencia del uso del herbicida”; (ii) “[l]as argumentaciones en contra del glifosato, también son abundantes en la literatura mundial y, sin embargo, no fueron suficientemente exploradas por los autores”; (iii) “[e]n la actualidad reposan más de 8000 quejas en la Defensoría del Pueblo que han interpuesto diferentes actores de la sociedad colombiana sobre los efectos ambientales de las fumigaciones”; (iv) “[s]obre los estudios que indican riesgos en la salud es necesario destacar el que realizó recientemente Maldonado (2003) y que presenta evidencias de lesiones genéticas en el 36% de las células de la totalidad de mujeres que estuvieron expuestas a fumigaciones con el herbicida en la frontera colomboecuatoriana”; (v) “[i]gualmente, Seralini et al., en una reciente investigación sobre los efectos diferenciales del glifosato y el Round-up, demuestran que el glifosato es tóxico para las células placentarias humanas JEG3 dentro de las 18 horas siguientes a la exposición en concentraciones más bajas que las usadas en agricultura y que este efecto se incrementa con el aumento en la concentración y en el tiempo de exposición o presencia de coadyuvantes del Round-up”; (vi) “[c]on todo, el dato presentado de 625,7 hectáreas afectadas por depósitos de glifosato fuera del objetivo para el año 2002, es preocupante, al igual que la información consignada por los autores sobre 22 zonas no objetivo que fueron afectadas con el herbicida de un total de 86 sitios visitados (es decir, el 15,6%). Esto implica que por lo menos 1 de cada cuatro operaciones de fumigación afecta zonas aledañas a los cultivos de coca”, y (vii) “[l]os miembros del IDEA insisten en que los efectos directos del herbicida sobre los suelos se debieron haber buscado más en las tasas de erosión que en su persistencia biológica. No obstante, en este mismo aspecto la literatura ofrece ejemplos que muestran que el glifosato puede persistir en el suelo por meses e incluso años y que por sus productos de alteración en el mismo pueden resultar más tóxicos que la molécula original”

4.11. De igual forma, la organización Greenpeace, en una serie de informes dedicados a examinar la “Tolerancia a herbicidas y cultivos transgénicos” (2011), ha concluido respecto a los presuntos efectos del glifosato lo siguiente:

“Estudios recientes demuestran que los herbicidas a base de glifosato, tales como el Roundup, pueden tener efectos nocivos para la salud humana y el medio ambiente. La exposición de los seres humanos al glifosato ha sido vinculada a varios efectos sanitarios incluyendo efectos reproductivos, cáncer y efectos neurológicos. El glifosato interactúa con la química y la biología del suelo, provocando una serie de impactos que incluyen la reducción de la nutrición de las plantas y el incremento de su vulnerabilidad a las enfermedades. El glifosato también puede lixiviarse hacia aguas superficiales y subterráneas, donde puede dañar la vida silvestre y, posiblemente, terminar en el agua potable. El glifosato y el Roundup están lejos de ser herbicidas benignos, y es urgentemente necesaria una revisión de su seguridad para la salud humana y animal, y para el medio ambiente.

Los cultivos transgénicos Roundup Ready -RR- han incrementado enormemente el uso de glifosato, especialmente en América. Esto es muy preocupante teniendo en cuenta la nueva evidencia sobre su toxicidad. El aumento de las malezas resistentes al glifosato está asociado a los cultivos transgénicos RR, y la escalada en la “carrera armamentista” en contra de estas malezas resistentes intensifica las preocupaciones de que aún más glifosato sea utilizado en el futuro en cultivos transgénicos RR, en formulaciones más fuertes y posiblemente con herbicidas adicionales. Esta faceta de los cultivos genéticamente modificados tolerantes a herbicidas debería ser suficiente para dar lugar a la prohibición de su cultivo”.

4.12. Asimismo, en el informe “Erradication Efforts, the State, Displacement and Poverty: Explaining Coca Cultivation in Colombia during Plan Colombia” (2008) de las profesoras Michelle L. Dion y Catherine Russler, se señala dentro de sus conclusiones -acerca de la implementación del Plan Colombia- que existe una relación directa, problemática y compleja entre la aspersión aérea con glifosato, cultivos de coca -y otros ilícitos- y el desplazamiento de la población. Afirman que “la erradicación aérea con glifosato, pieza central del Plan Colombia para atacar y reducir las exportaciones de coca tiene un impacto muy pequeño en

los cultivos de la planta comparado con otras variables. Adicionalmente, los impactos directos e indirectos de la aspersión aérea sobre las plantas de coca han demostrado afectar todas las formas de cultivos agrícolas en las regiones en donde se desarrolla el programa de fumigación (como efecto secundario), generando con ello mayores niveles de pobreza, exclusión y violencia”.

4.13. Por último, el Ministerio de Salud, remitió un escrito adicional en el que explica porqué recomendó al Consejo Nacional de Estupefacientes “suspender inmediatamente el uso del glifosato en la fumigación de cultivos ilícitos” tras conocer un estudio de la Organización Mundial de la Salud -OMS- y el programa de monografías de la Agencia Internacional de Investigación en Cáncer -IARC- de marzo de 2015, que “reúne las evidencias sobre las afectaciones de salud que genera el herbicida en la población”.

Al respecto, señala que de acuerdo al mencionado informe la IARC clasificó cinco plaguicidas según su carcinogenicidad: glifosato, malation, diazinon, tetrachlorvinifos y paration. Respecto de la toxicidad de estas sustancias concluyó que “el herbicida glifosato y los insecticidas malation y diazinon fueron clasificados como probablemente carcinogénicos para humanos (grupo 2A) y los insecticidas tetrachlorvinifos y paration, como posiblemente carcinogénicos para humanos (grupo 2B)”. (Negrilla fuera de texto original)

Explica el Ministerio de Salud que “la nueva clasificación del glifosato (grupo 2A) implica que este herbicida pertenece a un grupo de sustancias para las cuales, según la IARC, existe evidencia limitada de carcinogenicidad en humanos y suficiente en animales experimentales (además del hecho de que la carcinogénesis está mediada por un mecanismo que también opera en humanos). De acuerdo a la IARC, se entiende por evidencia suficiente de carcinogenicidad la existencia de una relación causal entre la exposición al agente (en este caso glifosato) y la presencia de cáncer, y se entiende por evidencia limitada de carcinogenicidad la existencia de una asociación positiva entre la exposición al agente y al cáncer”. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Adicionalmente, afirma lo siguiente: “en lo que concierne directamente al glifosato, el informe de la IARC revela que la exposición a esta sustancia puede estar relacionada con la generación del linfoma no-Hodgkin. Asimismo, el informe plantea que la exposición experimental en animales esté relacionada con la probabilidad de generar carcinoma tubular renal, hemangiosarcoma, tumores de piel y adenoma pancreático. El glifosato no había sido clasificado con anterioridad por la IARC. Su inclusión en el grupo 2A constituye, por lo tanto, un hecho científico nuevo de suma importancia”.

En conclusión, el Ministerio de Salud ratifica que por estas razones decidió, en aplicación del principio de precaución, recomendar la suspensión del uso del glifosato en aspersiones aéreas de cultivos ilícitos en todo el país, habida cuenta de las pruebas presentadas por el comité de expertos de la OMS en su informe lo que constituye un “hecho científico nuevo de suma importancia (...) y una advertencia insoslayable de posibles efectos adversos a la salud”.

b.- La política pública de aspersiones aéreas con glifosato. Descripción y características.

4.14. Tanto el Ministerio de Justicia como el Ministerio de Ambiente han señalado en sus contestaciones que el antecedente directo que permitió la construcción de una política pública antidrogas en el país tuvo origen en la suscripción por parte de Colombia de dos convenciones de Naciones Unidas: (i) la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 y aprobada mediante la Ley 13 de 1974; así como, (ii) el Convenio de Viena sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 aprobado mediante la Ley 43 de 1980.

4.15. En concordancia con lo anterior, se expidió el Decreto 1206 de 1973 que creó el Consejo Nacional de Estupefacientes -CNE- “como órgano asesor del Gobierno Nacional para

formular las políticas, los planes y programas que las entidades públicas y privadas deben adelantar para la lucha contra la producción, comercio y uso de drogas”. Al año siguiente se crearía el primer Estatuto de Estupefacientes que sería reglamentado por el Decreto 1188 de 1974.

4.16. Posteriormente, con la expedición de la Ley 30 de 1986 se actualizaron las disposiciones colombianas para combatir el narcotráfico y se adoptó el Estatuto Nacional de Estupefacientes “con el fin de atender la necesidad de fortalecer las herramientas legales para atender el problema social que se venía presentado en el país”, principalmente relacionado con la tipificación de nuevos delitos y otras formas de tráfico de drogas que estaban sin sanción penal.

4.17. El Consejo Nacional de Estupefacientes en cumplimiento de sus funciones y con el objeto de “detener el crecimiento constante de cultivos de coca, marihuana y amapola, el consecuente deterioro ambiental de ecosistemas y el detrimento de las condiciones de seguridad, sociales y económicas que presentaban las áreas afectadas por los cultivos” estableció como uno de los ejes fundamentales de la política de lucha contra las drogas la erradicación de cultivos ilícitos. Con este propósito, en 1988 el CNE puso en marcha el “Macroplan Colombiano frente al problema de las Drogas” que autorizó la aspersión aérea de cultivos ilícitos con glifosato a cargo del Programa de erradicación de cultivos ilícitos -PECIG- como estrategia que permitiera el control y la eliminación de las plantaciones de cultivos de coca y amapola de manera rápida y segura.

Unos años después, dicho programa se armonizó con la promulgación de la Ley 99 de 1993 que, en adelante, exigiría la expedición de autorizaciones ambientales y en salud humana a toda actividad de aspersión con glifosato, por parte tanto del Ministerio de Salud como delINDERENA. El PECIG ha sido reglamentado por el Consejo Nacional de Estupefacientes desde el año 1994, mediante la Resolución Núm. 001 de 1994, que ha tenido algunas modificaciones hasta llegar a la Resolución Núm. 013 de 2003.

4.18. De acuerdo a la información allegada por los Ministerios en mención, se tiene que en el año 2001, el Ministerio de Ambiente mediante Resolución 1065 de 2001 (modificada, posteriormente, por la Resolución 1054 de 2003) impuso a la Dirección Nacional de Estupefacientes -hoy en liquidación- la obligación de establecer un Plan de Manejo Ambiental -en adelante, PMA- para el “Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con glifosato” en todo el territorio nacional con el objeto de minimizar los riesgos potenciales de las fumigaciones sobre la salud humana, el medio ambiente y las actividades agropecuarias. Este PMA establece que el PECIG debe operar con fundamento en: (i) un concepto toxicológico; (ii) una evaluación de los efectos del glifosato en la salud humana; y, (iii) un panorama de riesgo en la salud humana. Actualmente, el Ministerio de Justicia es quien ejerce el control de dicho PMA con la supervisión del Ministerio de Ambiente y de la ANLA.

El PECIG cuenta con un Comité Técnico Interinstitucional, que a su vez, es un órgano asesor del Consejo Nacional de Estupefacientes y está integrado por quien anteriormente cumplía las funciones de Director Nacional de Estupefacientes, quien lo presidía, y un representante de las siguientes entidades: Ministerio de Interior, Ministerio de Ambiente, Ministerio de Salud, Ministerio de Agricultura, Policía Nacional (Dirección Antinarcóticos), Procuraduría General de la Nación, IGAC (Laboratorio de suelos) y del Instituto Colombiano Agropecuario. En la actualidad, la operación del PECIG se encuentra a cargo de la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional.

De igual forma se señala que la supervisión del PMA del PECIG estuvo a cargo del Ministerio de Ambiente hasta septiembre de 2011. En virtud del Decreto 3573 de 2011, esa función ha pasado a ser asumida por la ANLA, que es quien supervisa la ejecución del programa y puede verificar en cualquier momento el cumplimiento de los lineamientos y obligaciones contenidas en el PMA.

En el marco de dicho plan, las autoridades responsables están obligadas a seguir parámetros técnicos estrictos para asegurar la efectividad de la erradicación de los cultivos ilícitos y mitigar sus posibles impactos no deseados; a desarrollar un plan de monitoreo ambiental para medir y evaluar los impactos reales del programa de erradicación de cultivos sobre el medio ambiente (en especial suelos, agua y cobertura vegetal); a diseñar y ejecutar los mecanismos más apropiados para la atención de las quejas que se interpongan por posibles afectaciones causadas por el programa; a poner en marcha un programa de salud pública, orientado a identificar, evaluar, prevenir, mitigar, corregir y compensar las posibles afectaciones a la salud que se derivan del programa, así como fortalecer la capacidad institucional a nivel local, para la atención de dichas situaciones de manera oportuna y adecuada; a aplicar un plan de contingencia establecido para atender las emergencias que se puedan presentar durante el proceso de manipulación del glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos.

4.19. Como se ha visto, el PECIG se venía desarrollando de la forma descrita hasta que el programa de erradicación aérea fue suspendido por el Consejo Nacional de Estupefacientes en septiembre de 2015 en respuesta a un informe especial publicado por la OMS y la Agencia Internacional de Investigación en Cáncer -IARC-, en la Monografía 112/15, en el que se da cuenta de los potenciales efectos cancerígenos del herbicida glifosato en la salud humana y el medio ambiente.

En particular, como ya se reseñó en el fundamento 4.13., fue a iniciativa del Ministerio de Salud que el CNE decidió suspender el uso del glifosato en el PECIG de forma inmediata. El Ministerio fundamentó su solicitud en virtud del informe de la OMS ya referido, cuyas conclusiones fueron publicadas en la revista científica *The Lancet Oncology* en marzo de 2015, lo que a su juicio constituyó “un hecho científico nuevo de suma importancia”. Este nuevo hecho permitió que el Ministerio recomendara mediante concepto del 24 de abril de esa misma anualidad la aplicación inmediata del principio de precaución al PECIG, siguiendo los lineamientos que al respecto esta Corporación ya había establecido en el auto A-073 de

2014 en lo que respecta a las aspersiones aéreas con glifosato, cuando “en caso de no llegarse a una conclusión definitiva con base en criterios técnicos y científicos razonables sobre la inexistencia de un riesgo actual, grave e irreversible para el medio ambiente y/o la salud de las personas” se debe “dar aplicación al principio de precaución”.

De acuerdo con esta interpretación, el Ministerio de Salud concluyó que el principio de precaución debe aplicarse si se cuenta con la valoración de indicios que indiquen la potencialidad de un daño, como lo plantea el informe de la OMS sobre el herbicida glifosato.

En consecuencia, el Consejo Nacional de Estupefacientes expidió la Resolución número 0006 del 25 de mayo de 2015, en la que resolvió: “(...) ORDENAR la suspensión en todo el territorio nacional del uso del herbicida glifosato en las operaciones de erradicación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea autorizadas en el artículo 1º de la Resolución 0013 de junio 27 de 2003, una vez la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) revoque o suspenda el Plan de Manejo Ambiental (...).”

En igual forma, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, profirió la Resolución número 1214 del 30 de septiembre de 2015, mediante la cual ordenó: “(...) la suspensión, en virtud del principio de precaución, de las actividades del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con Glifosato PECIG, en el territorio nacional (...)”

4.20. Sin embargo, a raíz de varios informes gubernamentales -en particular del Ministerio de Defensa Nacional- que expresaron su preocupación por el aumento de cultivos ilícitos de coca como consecuencia directa de la suspensión del PECIG, el Consejo Nacional de Estupefacientes emitió la Resolución Núm. 09 de 29 de junio de 2016, “por la cual se autoriza la ejecución del programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión terrestre con glifosato”.

Dicha Resolución, autoriza la ejecución del “Programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión terrestre con glifosato” -en adelante, PECAT- en todo el territorio nacional (artículo 1º); crea un nuevo “Comité Técnico Institucional” con la finalidad de dirigir y coordinar todas las acciones del PECAT (artículo 6º); asigna la ejecución del programa a la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional (artículo 4º); y establece la obligación de realizar mensualmente un informe de evaluación del programa por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes (artículo 11).

Finalmente, la normativa en comento, en su artículo 5º asegura que “empleará los recursos humanos, técnicos y financieros que permitan prevenir y minimizar los posibles daños que se puedan derivar de dicha actividad, mediante el estricto cumplimiento de las medidas establecidas en el Plan de manejo ambiental y los protocolos conexos, dentro de los cuales se establecerán los parámetros de operación así como las medidas tendientes a la protección del medio ambiente y la salud del personal vinculado con la operación y de la población civil”.

c.- Conclusiones del informe de la Organización Mundial de la Salud sobre los efectos del glifosato (2015).

4.21. La Organización Mundial de la Salud -OMS-, a través de diversos comités de expertos agrupados en el programa de monografías de la Agencia Internacional de Investigación en Cáncer -IARC-, publicó en marzo de 2015 un informe global sobre los efectos de diversos herbicidas e insecticidas, entre ellos el glifosato, potencialmente tóxicos y que tienen la probabilidad de generar cáncer.

4.22. La IARC clasificó los siguientes cinco plaguicidas según su carcinogenicidad: glifosato,

malation, diazinon, tetrachlorvinifos y paration. El herbicida glifosato y los insecticidas malation y diazinon fueron catalogados como probablemente carcinogénicos para humanos (grupo 2A) y los insecticidas tetrachlorvinifos y paration, como posiblemente carcinogénicos para humanos (grupo 2B)

4.23. El informe está basado en una compilación de múltiples estudios llevados a cabo a lo largo de varias décadas a nivel mundial, que han medido la exposición humana y medio ambiental al glifosato en diferentes categorías. Estos estudios incluyen casos en EE.UU. (agricultura), Canadá, Finlandia (campesinos), Reino Unido (jardinería y control de plagas), Dinamarca, Noruega, Islandia, Brasil y Colombia (aspersión de cultivos ilícitos) y los 27 estados parte de la Unión Europea. Adicionalmente, hay mediciones sobre la presencia del glifosato y sus residuos en el aire (atmósfera), el suelo y el agua (en superficie y subterránea).

4.24. El informe destaca que en el caso de Colombia, comparado con el promedio de Europa y Canadá, es particularmente alta la presencia de glifosato -o sus residuos- en la orina de los habitantes de las regiones en las que se han realizado procesos de aspersión con el herbicida.

A pesar de todos los datos recolectados a nivel global, la IARC aduce que es aún poca la información disponible respecto de los efectos del glifosato en comunidades humanas y en personas que trabajan con el herbicida a diario. Con todo, la IARC es clara al afirmar que el glifosato -y sus residuos- pueden encontrarse en el suelo, en el aire y en el agua de superficie y subterránea de diversas formas. Asimismo, agrega el comité que las concentraciones más altas de glifosato en el mundo se han detectado en las operaciones de aspersión del herbicida tanto en actividades agrícolas como en erradicación de malezas y cultivos ilícitos, con casos documentados en EE.UU., Canadá, Europa y Colombia. También agregan que es gracias a la dieta (el consumo de alimentos tratados con glifosato) que la mayoría de las poblaciones humanas se encuentran expuestas al glifosato o a sus residuos.

4.25. En sus conclusiones, el informe de la IARC advierte claramente que “luego de realizar las evaluaciones y mediciones de rigor, el grupo de expertos encontró que la evidencia analizada justifica plenamente la categorización del glifosato en el grupo 2A [es decir, como probablemente carcinogénico para humanos]”. Adicionalmente, señaló que “hay una fuerte y sólida evidencia que muestra que el glifosato puede operar a través de dos importantes elementos de carcinogénesis humana [esto es, de generación de cáncer] y que estos pueden desarrollarse en humanos [carcinogénesis]”.

Específicamente, la IARC señala que: “1.- Hay suficiente evidencia que muestra que la exposición al herbicida glifosato o a otras sustancias basadas en las propiedades químicas del glifosato son genotóxicas y producen problemas de oxidación molecular. Esta conclusión tiene fundamento en estudios realizados en humanos (in vitro) y en estudios experimentales en animales.

2.- Una serie de estudios realizados en varias comunidades humanas y en individuos expuestos al glifosato o a fórmulas basadas en esta sustancia química han encontrado que puede producir, adicionalmente, daño cromosómico en las células sanguíneas”. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

4.26. Para el Ministerio de Salud, este informe y sus conclusiones, que la Sala se permite reiterar, permiten afirmar que “esta nueva clasificación del glifosato en el grupo 2A implica que este herbicida pertenece a un grupo de sustancias para las cuales, según la IARC, existe evidencia limitada de carcinogenicidad en humanos y suficiente en animales experimentales (además del hecho de que la carcinogénesis está mediada por un mecanismo que también opera en humanos).

(...)

De acuerdo a la IARC, se entiende por evidencia suficiente de carcinogenicidad la existencia de una relación causal entre la exposición al agente (en este caso glifosato) y la presencia de cáncer, y se entiende por evidencia limitada de carcinogenicidad la existencia de una asociación positiva entre la exposición al agente y al cáncer”.

(...)

En lo que concierne directamente al glifosato, el informe de la IARC revela que la exposición a esta sustancia puede estar relacionada con la generación del linfoma no-Hodgkin. Asimismo, el informe plantea que la exposición experimental en animales esté relacionada con la probabilidad de generar carcinoma tubular renal, hemangiosarcoma, tumores de piel y adenoma pancreático. El glifosato no había sido clasificado con anterioridad por la IARC. Su inclusión en el grupo 2A constituye, por lo tanto, un hecho científico nuevo de suma importancia”. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

5. El principio de precaución en materia ambiental y su aplicación para proteger el derecho a la salud de las personas. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. Al ser la actividad de aspersión aérea de cultivos ilícitos con glifosato, una actividad que como se ha visto hasta ahora, puede llegar a generar efectos nocivos no solo en el medio ambiente como entidad autónoma sino además en la salud de las poblaciones humanas, es aplicable a tales impactos el principio de precaución. A continuación se presentarán algunas breves consideraciones sobre el mismo.

En concordancia con lo anterior, el numeral 6° del artículo 1° de la Ley 99 de consagró dicho principio, indicando que la política ambiental se fundamenta en criterios y estudios científicos. Señaló la norma que:

“las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”.

5.3. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, el principio de precaución se aplica cuando el riesgo o la magnitud del daño generado o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual generalmente ocurre por la falta de certeza científica absoluta acerca de las precisas consecuencias de un fenómeno, un producto o un proceso.

En la jurisprudencia constitucional existen varios ejemplos de su aplicación. Vale traer a colación a este respecto la sentencia C-293 de 2002, mediante la cual la Corte estudió, entre otras disposiciones de la Ley 99 de 1993, la constitucionalidad de dicho principio y concluyó que era exequible. En su estudio el Tribunal indicó algunos requisitos para su aplicación, a saber:

- “1. Que exista peligro de daño;
2. Que este sea grave e irreversible;
3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta;

4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente.

5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado”.

Sobre la observancia del principio de precaución por los particulares precisó:

“El deber de protección [...] no recae sólo en cabeza del Estado, dado que lo que está en juego es la protección ambiental de las generaciones presentes y la propia supervivencia de las futuras. Por ello, el compromiso de proteger el medio ambiente es responsabilidad de todas las personas y ciudadanos e involucra a los Estados, trasciende los intereses nacionales, y tiene importancia universal. En el ámbito nacional, se trata de una responsabilidad enmarcada expresamente por la Constitución como uno de los deberes de la persona y del ciudadano”.

Ese mismo año, mediante la sentencia C-339 de 2002, por medio de la cual declaró exequibles los incisos 3º y 4º del artículo 34 de la ley 685 de 2001, Código de Minas, en el entendido que la autoridad ambiental debía aplicar el principio de precaución, la Corte relacionó el principio de precaución con la máxima “in dubio pro ambiente”. Ratificó que en caso de duda sobre los efectos nocivos que puedan ocasionarse en el medio ambiente con el desarrollo de una actividad, esta cederá para la protección de aquel.

5.4. Otro precedente relevante en esta materia lo constituye la sentencia C-595 de 2010. En esta oportunidad la Corte señaló que el principio de precaución “constituye una herramienta constitucional y de orden internacional de suma relevancia a efectos de determinar la necesidad de intervención de las autoridades frente a peligros potenciales que se ciernen sobre el medio ambiente y la salud pública. La precaución no sólo atiende en su ejercicio a las consecuencias de los actos, sino que principalmente exige una postura activa de

anticipación, con un objetivo de previsión de la futura situación medioambiental a efectos de optimizar el entorno de vida natural”.

En esta providencia la Sala Plena trajo a colación el estudio denominado “Análisis del principio de precaución en el derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea”, que al enunciar los principios estructurales del derecho internacional del medio ambiente señala los siguientes: (i) el principio del desarrollo sostenible y de equidad intergeneracional; (ii) el principio de cooperación con espíritu de solidaridad mundial; (iii) el principio de prevención; y (iv) el principio de precaución. Afirma la sentencia que, según el estudio en mención la diferencia entre los principios de prevención y de precaución gira en función del conocimiento científico del riesgo. Concretamente indica que:

“La prevención se basa en dos ideas-fuerza: el riesgo de daño ambiental podemos conocerlo anticipadamente y podemos adoptar medidas para neutralizarlo. Por el contrario, la precaución, en su formulación más radical, se basa en las siguientes ideas: el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos materialmente conocer los efectos a medio y largo plazo de una acción. La posibilidad de anticipación es limitada e imperfecta al estar basada en nuestro grado o estadio de conocimientos científicos, los cuales son limitados e imperfectos. En consecuencia, no es posible adoptar anticipadamente medidas para neutralizar los riesgos de daños, porque éstos no pueden ser conocidos en su exactitud.

[...] Es necesario situar el principio de precaución en el actual clima de relativismo del conocimiento científico en el que vivimos, el cual nos está llevando a cuestionarnos acerca de nuestra propia capacidad de prevención, más entendida ésta desde una perspectiva dinámica o activa, es decir, tras haber agotado incluso las medidas constitutivas de lo hemos denominado acciones preventivas. [...] El principio de cautela o precaución con ser importante, no puede ser ensalzado o cuando menos entendido como una fase superior o

más avanzada que la prevención desde una perspectiva estrictamente jurídica, sino que debemos circunscribirlo por completo a los riesgos de daños ambientales muy significativos o importantes, o más estrictamente, a los irreversibles, luego, como un principio, no tanto superior, más avanzado e incluso sustitutivo del principio de prevención, sino complementario (y por tanto, actuante en su ámbito propio de aplicación) del principio de prevención.

Y éste es a nuestro entender, el auténtico sentido del Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: ‘con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente’”.

5.5. Asimismo, en la sentencia C-703 de 2010 la Corte Constitucional resaltó nuevamente la importancia de los principios de precaución y de prevención, como elementos centrales y complementarios para asegurar la protección del medio ambiente de manera previa a su afectación:

“Tratándose de daños o de riesgos se afirma que en algunos casos es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas y cuando tal hipótesis se presenta opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente. El previo conocimiento que caracteriza al principio de prevención no está presente en el caso del principio de precaución o de cautela, pues tratándose de éste

el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual por ejemplo, tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos”.

5.6. Finalmente, a partir de la sentencia C-449 de 2015 la Corte reconoció que se ha empezado a gestar una línea jurisprudencial en perspectiva ecocéntrica que apunta a reconocer el valor intrínseco de la naturaleza, haciéndola sujeto de derechos con independencia de su significado para los seres humanos. Sobre lo anterior, puntualizó:

“La perspectiva ecocéntrica puede constatararse en algunas decisiones recientes de esta Corporación. La sentencia C-595 de 2010 anota que “la Constitución muestra igualmente la relevancia que toma el medio ambiente como bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la tierra.” De igual modo, la sentencia C-632 de 2011 expuso que “en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza”. Postura que principalmente ha encontrado justificación en los saberes ancestrales en orden al principio de diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7º superior).

Conforme a lo anterior, es admisible sostener por la Corte que los enfoques heterogéneos de protección al medio ambiente encuentran respaldo en las disposiciones de la Carta de 1991. El paradigma a que nos aboca la denominada “Constitución Ecológica”, por corresponder a un instrumento dinámico y abierto, soportado en un sistema de evidencias y de representaciones colectivas, implica para la sociedad contemporánea tomar en serio los ecosistemas y las comunidades naturales, avanzando hacia un enfoque jurídico que se muestre más comprometidos con ellos, como bienes que resultan por sí mismos objeto de

garantía y protección”.

5.7. En sede de revisión de tutelas, la Corte ha tenido la oportunidad de proteger los derechos fundamentales de individuos y de comunidades amparada en el principio de precaución. Así por ejemplo, en la sentencia T-397 de 2014 se analizó el reclamo de los residentes de un apartamento en la ciudad de Bogotá, incluidos varios adultos y un menor de 20 meses de edad, quienes denunciaron el ruido excesivo y peligros para la salud que consideran se originaban en una “antena monopolo” instalada por Comcel S.A. a un metro de distancia del inmueble.

“a) La exposición del menor Benjamín a la radiación electromagnética producida por la antena de telefonía móvil, situada aproximadamente a 25 metros de distancia del lugar en el que habita, conlleva el riesgo, aunque no la certeza científica absoluta, de una afectación grave en su salud a largo plazo, teniendo en cuenta que se trata de un niño de muy corta edad, que tiene en desarrollo su sistema nervioso.

b) Es evidente que, si ese riesgo se llega a concretar en el futuro, las consecuencias en la salud del menor serán graves e irreversibles.

c) Si bien el principio de precaución suele aplicarse como instrumento para proteger el derecho al medio ambiente sano, también ha sido aplicado por esta Corporación a favor del derecho a la salud en casos como los resueltos en las Sentencias T-104 de 2012 y 1077 del mismo año”.

Atendiendo lo anterior, dispuso el desmonte de la antena. Igualmente, se ordenó al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que, dentro del marco de sus funciones y en aplicación del principio de precaución, regulara la distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares

geriátricos.

5.8. Por otro lado, la sentencia T-154 de 2013 abordó el reclamo de un trabajador rural, quien indicó que la finca “Los Cerros” en la que residía con su familia, ubicada en el corregimiento La Loma, se encontraba aproximadamente a 300 metros de distancia de la mina de carbón “Pribbenow”, propiedad de la empresa Drummond Ltda., la cual era explotada “indiscriminadamente y sin control ambiental alguno”, ya que los trabajos de minería se llevaban a cabo las 24 horas del día. Lo que ocasionaba, según su relato, (i) ruido “insoportable”, por el funcionamiento de las máquinas; (ii) “polvillo y material particulado” disperso en el aire, producido por la explotación; (iii) afecciones a la salud, en especial “tos, ojos irritados y molestias en sus oídos” y, en algunos casos, fiebre y dificultad para respirar. En sede de Revisión, la Corte invocó el principio de precaución para conceder el amparo, de la siguiente forma:

“La Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, negó el amparo al no hallar expresamente demostrado que la empresa Drummond Ltd., esté “vulnerando, amenazando o poniendo en serio peligro un derecho constitucional fundamental, al actor o a sus hijos, ya que ninguna prueba obra con el alcance de evidenciar que la mina Pribbenow, dañe el ambiente sano y por ende la salud de las personas con residencias colindantes”.

Si tal insuficiencia probatoria se diere, lo cual podría deberse a inacción judicial y a la celeridad impuesta para que la protección de los derechos fundamentales sea oportuna, ya se ha efectuado referencia al principio de precaución, de imperio trasnacional e interno, que conduce a que la falta de certeza científica no puede aducirse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para precaver la degradación del ambiente y la generación de riesgos contra la salud”.

Se ordenó a la compañía demandada que en el término máximo de tres meses ejecutara la

instalación de maquinaria de última generación técnica, al igual que amortiguadores, lavadores, cubiertas y recuperadores de carbón y sus partículas, para contrarrestar el ruido y la dispersión del polvillo residual.

5.9. Adicionalmente el principio de precaución puede ser empleado para proteger el derecho a la salud. Así lo reconoció este Tribunal en las sentencias T-1077 de 2012 y T-672 de 2014:

“En su Observación General No. 14 el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales desarrolló el contenido del derecho a la salud, y a grandes rasgos señaló que se trata de un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como son el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, entre otros.

En particular, determinó que el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial entraña la reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos.

Al respecto, el Comité hace referencia al principio 1 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, conforme al cual los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

Así pues, de conformidad con la interpretación que el Comité DESC ha dado del derecho a la

salud, el amparo de éste conlleva, entre otras obligaciones, la de proteger el medio ambiente. Por tanto, la aplicación del principio de precaución no sólo tiene como finalidad la protección del medio ambiente, sino que también, indirectamente, tiene como propósito evitar los daños que en la salud pueden tener los riesgos medioambientales.

En desarrollo de tal obligación estatal, la Ley 99 de 1993, además de definir el principio de precaución, consagra expresamente algunas medidas a través de las cuales (i) se materializa este principio y, (ii) la protección del medio ambiente lleva consigo la del derecho a la salud. En este sentido, el artículo 85 de la norma mencionada establece:

(...) c) Suspensión de obra o actividad, cuando de su prosecución pueda derivarse daño o peligro para los recursos naturales renovables o la salud humana, o cuando la obra o actividad se haya iniciado sin el respectivo permiso, concesión, licencia o autorización.

La anterior disposición fue demandada ante la Corte Constitucional, y mediante la sentencia C-293 de 2002, estableció que no se violaban los artículos constitucionales mencionados por el actor (trabajo, propiedad, derechos adquiridos), si, como consecuencia de una decisión de una autoridad ambiental que, acudiendo al principio de precaución, con los límites que la propia norma legal consagra, procede a la suspensión de la obra o actividad que desarrolla el particular, mediante el acto administrativo motivado, si de tal actividad se deriva daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, así no exista la certeza científica absoluta.

Esta decisión evidencia que, tanto la norma como la jurisprudencia constitucional, reconocen la posibilidad de aplicar el principio de precaución, para proteger la salud de las personas".
(Subrayado y negrilla fuera de texto original)

5.10. Teniendo en cuenta este precedente, el principio de precaución ha sido aplicado por

este Tribunal en varias sentencias de tutela para la protección específica del medio ambiente y/o de la salud de la población, frente a los riesgos que implica vivir en la parte superior de una subestación eléctrica (T-299 de 2008), habitar cerca de torres de telefonía móvil (T-360 de 2010 y T-1077 de 2012), rodeado de antenas parabólicas (T-104 de 2012) o expuesto a material particulado derivado de la explotación de carbón (T-154 de 2013 y T-672 de 2014). Sin embargo, de manera adicional, existen pronunciamientos importantes en relación con la aplicabilidad del principio precaución para la protección del medio ambiente y/o de la salud de la población, frente a los riesgos que se derivan de los programas de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato (SU-383 de 2003), así como de las actividades de exploración y explotación de recursos naturales.

5.11. Adicionalmente, vale la pena traer a colación algunas decisiones recientes del Consejo de Estado que han analizado casos relacionados con el programa de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato -PECIG- y han determinado que esta es una actividad riesgosa, en la que es posible dar aplicación al principio de precaución.

Así por ejemplo, la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de diciembre de 2013, declaró la nulidad del parágrafo 2º del art. 1º de la Resolución Núm. 0013 de 27 de junio de 2003, proferida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, en lo relativo a la aplicación del programa de erradicación de cultivos ilícitos con el herbicida glifosato en el sistema de Parques Naturales Nacionales. En aquella oportunidad, la Sección Primera sostuvo lo siguiente:

“Se pudo verificar que la actividad de aspersión aérea con glifosato en el Sistema de Parques Nacionales Naturales conlleva un riesgo potencial al medio ambiente, riesgo sobre el cual existe incertidumbre científica cuya potencialidad ha sido evaluada científicamente, de tal forma que puede calificarse como grave e irreversible (...)”. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

En sentido similar la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 2014, determinó que el daño causado por el programa de aspersión aérea con glifosato es imputable al Estado en la medida en que “al haber tomado la decisión de desarrollar una actividad altamente peligrosa (la implementación del PECIG), está obligada jurídicamente a asumir los efectos nocivos que se produzcan en perjuicio de personas que no tienen el deber jurídico de soportarlos”.

En concreto señaló que: “Teniendo en consideración los efectos negativos que tiene la fumigación aérea de cultivos ilícitos con glifosato, de los cuales se perciben serios problemas para el ambiente y para la humanidad en general, y habida cuenta de los mandatos constitucionales de diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7º), riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8º), atención de la salud y saneamiento ambiental (art. 49), función ecológica de la propiedad privada (art. 58), ambiente sano (art. 79), planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales (art. 80), protección de los recursos culturales y naturales del país(art. 95), la Sala considera pertinente proferir las siguientes medidas de no repetición a cargo de la entidad demandada (...)”.

Dentro de esas medidas, el Consejo le ordenó a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional identificar y delimitar previamente las áreas de cultivos ilícitos y las zonas excluidas, para adoptar medidas técnicas que permitan mitigar o evitar eventuales daños antijurídicos colaterales. Además, exhortó al Gobierno para que, en aplicación del principio de precaución (artículo 1º de la Ley 99 de 1993), examine la posibilidad de utilizar alternativas diferentes a la erradicación aérea con el herbicida glifosato, con el fin de prevenir eventuales daños antijurídicos al ambiente y a la población.

Finalmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 2 de mayo de 2016,

después de analizar el caso de un piscicultor en Nariño que perdió todo un lote de peces en desarrollo (50.000) como consecuencia de la aspersión aérea de glifosato a cargo de la Policía Nacional, concluyó que el herbicida glifosato constituye una actividad riesgosa, como se precisa a continuación:

“el empleo del glifosato como medio policivo para erradicar cultivos ilícitos constituye una actividad riesgosa. Se indica que el empleo del glifosato tiene la potencialidad de producir daños ambientales indiscriminados, susceptibles de causar también perjuicios individuales, así como de eventualmente dañar la integridad física de los habitantes del territorio nacional, lo que comporta un riesgo excepcional que amerita ser reparado. además, se precisa que en los eventos en los cuales no se demostró una falla de servicio, pero que, sin embargo, se produjo un daño antijurídico imputable al estado por cuenta de la aspersión aérea de glifosato, se señala que dicha actividad, por su naturaleza, produce riesgos ambientales. por tanto, a la entidad creadora de la actividad peligrosa le corresponde reparar los daños antijurídicos causados por la configuración del riesgo excepcional que ésta entraña, sin que sea necesario acreditar dentro del plenario que incumplió los deberes de cuidado que le eran exigibles”. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

6. El derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas y el derecho a la etno-reparación.

a.- El derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas. Reiteración de jurisprudencia.

6.1. Esta Corporación ha sostenido -en jurisprudencia constante y uniforme- el carácter fundamental del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales y, en ese sentido, ha establecido que las comunidades étnicas tienen el derecho a que, de manera previa a su adopción, les sean consultadas las medidas legislativas y administrativas que

pueden afectarlas.

6.2. En efecto, para la Corte, el carácter fundamental del derecho a la consulta previa, tiene sustento en el artículo 1° de nuestra Carta Política, el cual señala que Colombia es un Estado Social de Derecho democrático y participativo; el artículo 2°, que establece como fines esenciales del Estado el facilitar la participación de todos los colombianos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política y administrativa de la Nación; el artículo 7°, en el que se reconoce y protege la diversidad étnica; el artículo constitucional 40-2 que garantiza el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación y control del poder político; el artículo 70, que considera la cultura fundamento de la nacionalidad y, de manera particular, los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en su territorio.

Con fundamento en esos preceptos, este Tribunal ha reiterado la necesidad de preservar la identidad de las comunidades negras, indígenas y tribales, así como la obligación de garantizarles autonomía frente a los asuntos que les conciernen y, asegurar que las actuaciones del Estado que puedan afectarlas no se adelanten si les ocasionan desmedro a su integridad cultural, social y económica.

6.3. Así por ejemplo, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corte precisó que la consulta previa tiene naturaleza fundamental porque implica la concreción de mandatos constitucionales como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad e integridad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos.

6.4. En ese marco, el artículo 40 constitucional, en su numeral 2º, establece el derecho de participación de todos los ciudadanos en los asuntos que los afecten, garantía que se ve

reforzada en el caso de los pueblos indígenas y las comunidades negras, por su relación con otros mandatos superiores. El artículo 330 de la Carta Política prevé, a su turno, la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios.

6.5. El Convenio 169 de la OIT, instrumento fundamental para la interpretación y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas ha sido incorporado al bloque de constitucionalidad, así que sus disposiciones son aplicables directamente en el orden interno, con fuerza constitucional, define los lineamientos centrales de la consulta, así:

El artículo 6, inciso 1º, literal a) del Convenio 169 de 1989 prevé que “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;|| b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; [y] || c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

Del texto citado, se extrae, en primer término, la regla general de consultar a las comunidades originarias, previa la adopción de medidas administrativas o legislativas que las afecten directamente; en segundo lugar, la definición de los medios para asegurar su participación en instituciones vinculadas con el diseño e implementación de políticas y programas que les conciernan; y finalmente, la destinación y provisión de recursos necesarios para el cumplimiento de esos propósitos. Además, el literal 2º del artículo 6º, plantea elementos centrales de la consulta, como la aplicación del principio de buena fe, la

flexibilidad en el modo de realizarla y la finalidad de obtención del consentimiento de los pueblos interesados.

El artículo 6º del Convenio hace parte de un amplio conjunto de derechos de las comunidades, y obligaciones correlativas de los estados, para asegurar su efectiva participación en toda decisión que les afecte, así como diversas normas destinadas a fomentar el diálogo y la cooperación entre los pueblos interesados y los estados parte del Convenio.

Así, el artículo 5º, ibídem, ordena reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos interesados y tomar en consideración sus problemas colectivos e individuales, y adoptar medidas para “allanar” sus dificultades al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, con su “participación y cooperación”; el artículo 7º plantea la obligación de garantizar su participación en los planes de desarrollo nacionales y regionales, y de realizar estudios sobre el impacto de las medidas en la forma de vida y el medio ambiente de sus territorios, con la participación y cooperación directa de los pueblos interesados; el artículo 4º establece la obligación genérica de adoptar medidas para la protección de los derechos e intereses de los pueblos interesados, sin contrariar sus deseos “expresados de forma libre”.

En relación con los territorios indígenas, el artículo 15 hace referencia a la obligación de consultar a los pueblos concernidos, con el propósito de determinar si sus intereses serán perjudicados antes de emprender programas de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras y al derecho a participar de los beneficios que reporten esas actividades, y recibir indemnizaciones equitativas por los daños que les ocasionen, en tanto que el artículo 16 establece la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos siempre que el Estado pretenda efectuar un traslado desde su territorio ancestral, y de concertar las medidas de reparación adecuadas ante tales eventos.

Esa amplia gama de garantías demuestra el papel central de la consulta previa en el Convenio, bajo las formas de participación, consulta previa, cooperación, consentimiento de la comunidad, participación en los beneficios e indemnización, que concurren al momento de asegurar la vinculación de las comunidades étnicas a la definición de las políticas públicas. Estas normas, además, cumplen las funciones de (i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades del orden nacional; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos (especialmente, pero no exclusivamente, los territoriales).

Los ejes centrales de la Declaración son (i) el principio de no discriminación, de acuerdo con el cual (i.1) las personas indígenas gozan de iguales derechos al resto de la población y (i.2) el goce de sus derechos especiales, asociados a la diversidad étnica, no debe convertirse en obstáculo para el ejercicio de los demás derechos humanos; (ii) el derecho a la autodeterminación; (iii) la relevancia del principio de no asimilación; y (iv) la participación, la consulta previa y el consentimiento libre e informado de las medidas que los afecten.

En armonía con el artículo 6º del Convenio 169 y la jurisprudencia constitucional, el artículo 19 de la DNUPDI establece la regla general de procedencia de la consulta, previa la adopción de medidas que afecten a los pueblos interesados, con el propósito de obtener su consentimiento libre e informado antes de la implementación de la medida: “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”.

Además de ello, la Declaración prevé estándares de protección específicos, como el derecho de los pueblos a establecer sus prioridades y estrategias de desarrollo y a participar en la elaboración y determinación de programas de salud, vivienda, y otros de carácter económico y social, así como a la administración de tales programas. El derecho a la reparación por la toma inconsulta y no consentida de sus tierras y recursos naturales. La consulta previa a la utilización de sus tierras o territorios para actividades militares, y la limitación de estas últimas a razones de interés público pertinente, o a un acuerdo libre con los pueblos interesados. La celebración de consultas para obtener el consentimiento libre e informado, antes de aprobar proyectos que afecten sus tierras, territorios y recursos. La obligación de adoptar medidas para alcanzar los fines de la Declaración, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, así como el establecimiento de medios para la movilización de la cooperación internacional y la asistencia técnica, necesarias para la consecución esos propósitos (artículos 38 y 41).

El consentimiento libre e informado de las comunidades indígenas es abordado en disposiciones asociadas a (i) la prohibición de desplazamiento de los pueblos indígenas; (ii) la obligación de reparar adecuada y eficazmente a los pueblos indígenas por la privación de bienes “culturales, intelectuales, religiosos y espirituales” o por la privación de tierras y territorios tradicionalmente poseídos y ocupados por los pueblos originarios (artículo 28), privilegiando en ambos casos las medidas de restitución; (iii) la prohibición de almacenar o eliminar materiales peligrosos en tierras y territorios indígenas.

6.7. En síntesis, la Declaración refuerza el deber de consulta, no solo recalcando su procedencia general frente a cualquier medida que afecte a los pueblos indígenas, sino previendo su participación y cooperación en todas las decisiones asociadas a los programas que incidan en su forma de vida; precisa algunos eventos en que una medida sólo procede con el consentimiento libre e informado de la comunidad, y desarrolla la obligación de adoptar medidas de reparación e indemnización concertadas con las comunidades en eventos en que se ha presentado una afectación a intereses protegidos de las comunidades sin consulta o, de ser el caso, sin consentimiento expreso.

b.- Alcance y procedencia de la consulta previa. Subreglas aplicables.

6.8. Las primeras decisiones proferidas por la Corte Constitucional en relación con la consulta previa, establecieron su procedencia frente a medidas susceptibles de afectar los territorios de los pueblos indígenas y los recursos naturales ubicados en ellos. Así, por ejemplo, en las sentencias T-428 de 1992, T-380 de 1993 y el primer fallo de unificación en la materia, SU-039 de 1997, la Corporación abordó casos sobre el eventual desconocimiento del derecho a la consulta, previa la construcción de una carretera por territorio colectivo de una comunidad indígena o la explotación de recursos en los territorios indígenas, tales como la madera de árboles nativos o la exploración y explotación de petróleo.

6.9. En casos posteriores, se consideró que debía realizarse también consulta frente a grandes proyectos de infraestructura (como represas T-652 de 1998, concesiones de explotación minera T-769 de 2009 y construcción de puertos T-547 de 2010, entre otros); y en las sentencias T-129 de 2011 y T-693 de 2011 la Corporación presentó el conjunto de supuestos en los que se ha considerado obligatorio agotar el trámite participativo: la adopción de medidas legislativas y actos legislativos que afecten directamente a las comunidades originarias, la entrega de concesión en general y de explotación minera o de licencias ambientales para la explotación de recursos en territorios indígenas, y los proyectos de infraestructura o planes y programas de desarrollo que afecten a las comunidades indígenas.

6.10. A pesar del valor ilustrativo que posee la enumeración de esas hipótesis, es preciso señalar que la consulta no procede única o exclusivamente en supuestos taxativos, previamente construidos en la Constitución, la Ley o la jurisprudencia de esta Corporación, sino antes de implementar cualquier medida susceptible de afectarlas directamente.

6.11. Ese aspecto fue aclarado por esta Corte en la sentencia SU-383 de 2003, cuando se analizó un eventual conflicto entre los intereses de las comunidades indígenas y la defensa de la seguridad nacional, reflejado en la cuestión de si es obligatoria la consulta, previa la aspersión de sustancias químicas para la erradicación de cultivos ilícitos, en el marco de la lucha internacional contra el narcotráfico. Sostuvo entonces la Corte que sí resultaba vinculante y aclaró que su ámbito material de procedencia está dado por la afectación directa de cualquiera de los derechos de las comunidades indígenas y no exclusivamente por la eventual incidencia en los territorios indígenas.

Ahora bien, en relación con las aspersiones aéreas para la erradicación de cultivos ilícitos, la sentencia SU-383 de 2003 estableció que la garantía de consulta previa se aplica frente a cualquier medida que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas o tribales. En consecuencia, éstos “deben ser consultados, sobre el programa de erradicación de cultivos ilícitos que las entidades accionadas adelantan en sus territorios, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas”. No obstante, en este caso se refirió específicamente a la consulta previa en relación con los valores culturales, económicos y sociales que se derivan del cultivo de la planta de coca para los pueblos indígenas y tribales de la región amazónica, así como su derecho a mantener estas plantaciones, y el alcance con que sus autoridades o las autoridades nacionales, según el caso, pueden combatir las plantaciones de uso ilícito, dentro de un ámbito territorial determinado.

En aquella oportunidad, la Corte concluyó que “las entidades accionadas, en los asuntos que a cada una compete, deberán consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que adelantan en sus territorios ‘con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas’ -Convenio 169, ratificado mediante la Ley 21 de 1991-. Procedimiento éste que deberá iniciarse y culminar en los tres meses siguientes a la notificación de esta decisión.

A lo anterior, añadió que “previamente, (...) las autoridades de los pueblos indígenas y las organizaciones que los agrupan, deberán ser consultadas, preferentemente i) sobre el procedimiento y los términos en que se adelantarán las consultas, ii) respecto del ámbito territorial de las mismas, y iii) sobre la determinación de los medios adecuados para adelantar en el ámbito territorial previamente delimitado la erradicación de los cultivos ilícitos, ya sea mediante la aspersión aérea o por otro método alternativo, siempre que el método elegido garantice real y efectivamente los derechos fundamentales que mediante esta providencia se amparan, y de los demás habitantes de los respectivos territorios.”

6.12. Con todo, la jurisprudencia constitucional, así como las normas de derecho internacional relevantes, han definido la consulta previa mediante un conjunto de subreglas, principios y criterios que pueden ser concebidos como guías para los órganos competentes de adelantarla, los pueblos interesados y los particulares que se vean inmersos en el proceso consultivo. Así, en la sentencia T-129 de 2011 se recogieron las principales subreglas, que pueden sintetizarse así:

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 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, (v) 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.

Las reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.

c.- El concepto de afectación directa.

6.13. Una vez establecidos el alcance y la procedencia de la consulta previa, a continuación se precisará el concepto de la afectación directa con base en dos puntos: primero, se recordará el concepto de consulta establecido en la sentencia SU-383 de 2003, de manera amplia, a partir del literal a) del artículo 6 del Convenio 169. De otra parte, se hará referencia a las consideraciones vertidas en sentencias de constitucionalidad sobre el concepto, escenario en donde el concepto ha exigido mayores esfuerzos hermenéuticos.

“(…) 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. Sin embargo, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. || (…) procede la consulta 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 (...) lo que debe ser objeto de consulta son aquellas

medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. [...] puede señalarse 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.

(...)

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.”

6.15. Posteriormente, en la providencia C-175 de 2009, la Corporación precisó:

“Según lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la preservación de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y tribales y, de esta manera, la eficacia del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, se logra a través de, entre otros mecanismos, la consulta previa. Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma (...) uniforme a todos los

ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses”.

En similar sentido, el ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los indígenas -profesor James Anaya- ha explicado el concepto de afectación directa como asociado a afectación diferencial, en estos términos:

“(…) una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexa, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas.”

6.16. De las decisiones citadas se desprenden diversos estándares para la determinación de la afectación directa: (i) de los fallos de revisión de tutela y unificación reiterados en el acápite precedente, se infiere que la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas; a su turno, las sentencias de constitucionalidad reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se oriente a

desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Finalmente, (iv) el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia “diferencial” de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población.

Estos criterios de apreciación no eliminan por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

d.- El sentido y alcance de las etno-reparaciones.

6.17. A modo de introducción debe señalarse que el derecho fundamental a la consulta, no solo establece su realización de forma previa o anterior al desarrollo de un programa o proyecto estatal, sino también implica la obligación de realizarla aún cuando después de ejecutado el plan o proyecto, este se ha perfeccionado sin consentimiento de la comunidad étnica afectada ya sea con fines de participar en la implementación del mismo o de obtener una reparación o compensación por los daños causados y de esta manera, proteger su integridad física, cultural y espiritual, como ya esta Corte lo ha establecido en las sentencias T-652 de 1998, T-693 de 2011 y T-969 de 2014.

6.18. En particular, es de especial relevancia para el caso sub examine la sentencia T-693 de 2011, en la cual se estudió la acción de tutela interpuesta por la comunidad indígena Achagua del Municipio de Puerto López (Meta), con ocasión de la licencia que le fue otorgada a la empresa Meta Petroleum Limited para la realización del Proyecto “Oleoducto Los Llanos”. La comunidad accionante consideró tener derecho a la consulta previa, pero el Ministerio del

Interior no certificó la existencia de tal comunidad en la zona de influencia del proyecto y esté se llevó a cabo hasta su culminación sin haber realizado ningún proceso de consulta previa. Sin embargo, durante el proceso se constató -por medio de conceptos técnicos y de diagnósticos ambientales- que la comunidad que interpuso la acción, era culturalmente diferenciada y se encontraba efectivamente asentada en el territorio referido, por lo cual, la Corte amparó el derecho fundamental a la participación y a la consulta de la referida comunidad, aún después de culminado y puesto en operación el proyecto petrolífero (oleoducto). A este respecto sostuvo:

“Ahora bien, pese a la imposibilidad de llevar a cabo en este momento la consulta previa y a que las obras ya culminaron, la Sala estima que esto no impide un pronunciamiento de fondo en el presente caso y la adopción de medidas para proteger ahora y en lo sucesivo los derechos de la comunidad, teniendo en cuenta que, como se indicó en apartes previos, la lesión de la integridad cultural de la comunidad continua vigente en la medida que el uso de su territorio ancestral continúa siendo afectado y limitado.

(...)

Sin embargo, el hecho de que en el presente caso se esté configurando una especie de daño inmaterial no impide que sea reparado con acciones y otras medidas que contribuyan a la preservación y recuperación de los valores culturales de la comunidad. Ciertamente, en este caso, ante la imposibilidad de asignar al daño inmaterial causado un equivalente monetario preciso, y teniendo en cuenta el tipo de valores afectados -de orden cultural y religioso-, la Sala estima que es necesario acudir a la modalidad de reparación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha descrito como ‘(...) la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto, entre otros, el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos.’”

Finalmente, la Corte ordenó que se realizara un proceso de consulta a las autoridades de la

comunidad Achagua, “con la finalidad de adoptar medidas de compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios con la construcción del oleoducto, que garanticen su supervivencia física, cultural, social y económica”.

6.19. En este mismo sentido, la Corte Constitucional, ha señalado que una de las subreglas que desarrolla el derecho a la consulta previa contempla la posibilidad de que esta se produzca después de culminado el programa o proyecto, por ejemplo, cuando ya se ha entregado y puesto en operación una hidroeléctrica o un oleoducto sin realización de consulta previa a las posibles comunidades afectadas. A ese respecto este Tribunal ha puntualizado lo siguiente:

“(…) (iv) ¿La consulta debe ser previa a las medida objeto de examen? (...) Es necesario reconocer que hay situaciones en las cuales la consulta no se lleva a cabo de manera previa. En tales casos, puede ocurrir que el proyecto, obra o actividad, ya haya causado daños e impactos. Lo dicho anteriormente respecto del carácter eminentemente preventivo de la consulta previa no significa que no se deba realizar la consulta una vez ha sido ejecutado el proyecto respectivo. Las consultas en tales casos deben ir encaminadas, principalmente, a corregir los impactos debidamente identificados, que hayan sido causados a los derechos colectivos de la comunidad. Sin embargo, dichas consultas no pueden desnaturalizarse convirtiéndose únicamente en mecanismos de compensación e indemnización de los daños causados a los miembros de la comunidad individualmente considerados. Esto debilitaría la autoridad de las instituciones y las formas organizativas propias de dichas comunidades. (Sentencias T-652 de 1998 y T-969 de 2014)”. (Subrayado y negrillas fuera de texto original)

6.20. Así las cosas, es claro que en los eventos antes reseñados, el derecho a la consulta puede desarrollarse también para obtener una reparación o compensación cuando las actividades o proyectos implementados por el Estado se han consumado -sin haber realizado procesos de consulta- y han terminado afectando a una comunidad étnica determinada.

6.21. De forma complementaria, tanto los Tribunales Internacionales de DD.HH., como la Corte Interamericana de DD.HH., la academia y organizaciones no gubernamentales han ido construyendo un procedimiento y una serie de criterios para determinar e implementar medidas de reparación a comunidades étnicas (etno-reparación) con base en el Convenio 169 de la OIT. Los profesores César Rodríguez Garavito y Yukyan Lam han sintetizado dichos planteamientos en cuatro criterios, a saber:

“1) A lo largo de todo el proceso de determinación de las medidas de etnorreparación, es necesario consultar con el grupo étnico que, a su vez, debe retener cierto nivel de control sobre su implementación; 2) las medidas de reparación tienen que respetar la identidad cultural particular del grupo étnico; 3) las etnorreparaciones siempre deben tomar en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones y las medidas de reparación; 4) para que las reparaciones sean eficaces, la determinación de las medidas de reparación debe partir de lo específico y debe ser enfocada hacia la satisfacción de las necesidades del grupo étnico”.

6.22. De acuerdo al primer criterio reseñado, los investigadores afirman que las medidas de reparación, como todas las medidas que puedan afectar a comunidades étnicas (art. 6º Convenio 169 de la OIT), tienen que ser consultadas con ellos. Para ilustrar su alcance citan varios casos. En el Sistema Universal “el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado de manera reiterada discusiones entre los pueblos aborígenes de Australia y el Estado australiano con el propósito de encontrar soluciones que los pueblos aceptarían y que cumplirían con las obligaciones estatales surgidas de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. De manera importante, el Relator Especial sobre los pueblos indígenas ha urgido al Gobierno de Canadá negociar la compensación debida al grupo étnico Métis por injusticias históricas”.

Por su parte, reseñan que en el Sistema Interamericano también se han dado importantes

decisiones -tanto a nivel de la Comisión como de la Corte IDH- con el objeto de fortalecer la consulta y su régimen de reparaciones. Por ejemplo, la CIDH “en un caso presentado por parte de comunidades mayas en contra de Belice, la CIDH exhortó a Belice a adoptar las medidas necesarias para asegurar los derechos sobre el territorio de los pueblos mayas a través de amplias consultas plenamente informadas con ellos”. En igual sentido, la Corte IDH “en los casos de la Comunidad Moiwana v. Surinam, la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay y la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, como medida de reparación, ordenó a los Estados demandados crear fondos de desarrollo comunitario para ser administrados por comités de implementación compuestos de tres miembros: uno elegido por las víctimas, otro elegido por el Estado, y el tercero elegido de mutuo acuerdo por ambos. Incluso, en el caso contra Surinam, la Corte ordenó al Estado adoptar medidas para asegurar los derechos de dominio de la comunidad, exigiendo a su vez que garantizara la participación y el consentimiento informado de las víctimas y de las comunidades indígenas, incluyendo, de hecho, a las comunidades indígenas vecinas”.

6.23. En cuanto al segundo criterio, destacan que la identidad cultural de la comunidad debe guiar la determinación de las medidas de reparación así como su forma de implementación de acuerdo a lo señalado en el artículo 5º del Convenio 169 de la OIT. Este criterio también ha sido desarrollado por el Sistema Interamericano, para la Corte IDH la identidad cultural del grupo étnico es fundamental en el proceso de reparación. En el caso *Aloeboetoe y otros v. Surinam* (1993), la Corte estimó que para efectos de reparación: “estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Este, como ya se ha indicado [...] no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana”.

Otro ejemplo que demuestra el papel central que tiene la identidad cultural en las medidas de reparación ordenadas por este Tribunal, incluyen el caso de la *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala* (2004), donde la Corte ordenó al Estado de Guatemala celebrar un acto público en honor a la memoria de aquellos ejecutados, “toma[ndo] en cuenta las tradiciones y

costumbres de los miembros de las comunidades afectadas”, así como los múltiples casos en los cuales la Corte IDH ha ordenado, como medida de reparación, la traducción de su fallo al lenguaje del grupo étnico y su difusión.

6.24. De acuerdo al tercer criterio (dimensión colectiva), los investigadores advierten que “un aspecto fundamental de las etnorreparaciones es que siempre se tiene en cuenta la naturaleza colectiva del daño causado al grupo étnico, incluso en casos de violaciones cometidas contra uno o unos miembros individuales del grupo. De forma complementaria, es importante que las medidas de reparación incluyan acciones en beneficio no solamente de las víctimas individuales que son miembros del grupo étnico, sino también del grupo como tal”. A este respecto, aducen que la Corte IDH ha reconocido en varios casos de comunidades étnicas (v.gr. Comunidad Yakye Axa v. Paraguay, Masacre del Plan Sánchez, Comunidad Moiwana v. Surinam, entre otros) medidas de reparación -tanto pecuniarias como simbólicas- que incluyen elementos colectivos para ser efectivas.

Adicionalmente, la Corte IDH al considerar la dimensión colectiva del daño causado por diversas vulneraciones a los derechos humanos de comunidades étnicas, como por ejemplo, en el caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam (2005) ha ordenado medidas de reparación colectiva que incluyen “el establecimiento de fondos de desarrollo para la implementación de programas comunitarios en materia de vivienda, salud y educación”; así como en el caso Aloeboetoe v. Surinam, “la inversión de recursos para reabrir y proveer el personal necesario para una escuela que había sido cerrada”.

Otro ejemplo concreto es el caso del Pueblo Saramaka v. Surinam (2007), en el cual la Corte Interamericana “consideró que el daño inmaterial causado al pueblo Saramaka por ‘alteraciones [...] en el tejido de la sociedad misma’ —inclusive el impacto del daño ambiental en su vínculo espiritual al territorio, así como el sufrimiento y angustia padecidos como resultado de la larga lucha por reconocimiento legal— le dio al pueblo el derecho a una justa compensación”.

6.25. Respecto al cuarto criterio (reparación eficaz), se señala que una formulación cercana a la teoría de la “justicia étnica colectiva” que adopte las necesidades de las comunidades étnicas como punto de partida contribuirá en gran medida a garantizar que las reparaciones proporcionadas sean eficaces y cumplan con los requisitos de idoneidad y efectividad, al no ser percibidas por sus beneficiarios como impuestas o paternalistas. En este sentido, se citan dos ejemplos. El primero se reseña el caso de la Masacre del Plan Sánchez, “en el que la Corte IDH designó un comité que habría de incorporarse con la comunidad con el objeto de formular métodos de evaluación médica y psicológica, permitiendo de esta manera que los miembros del pueblo indígena participaran en la creación de la política pública sobre salud”.

Finalmente, refieren que en el caso de las comunidades indígenas paraguayas Sayhoyamaxa y Yakya Axa, la Corte IDH consideró pertinente ordenar la creación de fondos de desarrollo - con participación de las comunidades- para brindar agua potable e infraestructura sanitaria, así como la implementación de proyectos de educación, salud, vivienda y agricultura.

6.26. En este orden de ideas, la Sala concluye que el derecho a la consulta puede desarrollarse también para obtener una reparación o compensación (con enfoque diferencial, esto es, etno-reparación) cuando las actividades o proyectos implementados por el Estado se han consumado -sin haber realizado procesos de consulta- y han terminado afectando a una comunidad étnica determinada. Como se observó, las medidas de reparación o compensación pueden tener una amplia gama de posibilidades que pueden ir desde la implementación de medidas tanto simbólicas (obras de valor pedagógico y cultural, publicaciones, investigaciones) como pecuniarias (pago de indemnizaciones, compensaciones, creación de fondos especiales de desarrollo) con el objeto de proteger los derechos fundamentales de los pueblos étnicos, en particular, su derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual, que los jueces deben estimar de acuerdo a las características de cada caso.

7. Análisis del caso concreto.

Introducción.

7.1. En el caso sometido a consideración de la Corte, las comunidades demandantes formularon acción de tutela para detener definitivamente la fumigación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea de glifosato sobre los territorios consagrados a la autoridad y soberanía del pueblo Carijona, en Puerto Nare (Guaviare), que se viene presentando desde hace varios años de forma inconsulta y que alegan están teniendo consecuencias nocivas e irreversibles en la salud y el medio ambiente, afectando con ello, presuntamente, sus derechos fundamentales en tanto comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan.

En este sentido, los accionantes consideran que la Presidencia de la República, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Ambiente, el Ministerio de Defensa, el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Antinarcóticos, son responsables por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la vida, a la salud, a la integridad étnica y cultural, al medio ambiente sano y a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, generada por actividades de fumigación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea de glifosato en sus territorios ancestrales.

En conclusión, piden al juez de tutela que ordene a las entidades accionadas la suspensión inmediata de las campañas de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato, hasta que se adelante consulta previa con el pueblo Carijona asentado en el resguardo de Puerto Nare (Guaviare). Además, solicitan que se remitan copias de los expedientes de las supuestas consultas previas realizadas a 13 comunidades indígenas vecinas al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

De igual manera, la acción de tutela contiene una medida provisional de protección que consiste en la suspensión de la erradicación de cultivos ilícitos en el resguardo de Puerto Nare, en otros 13 resguardos del municipio de Miraflores y en otros territorios de minorías étnicas, hasta que las entidades accionadas adelanten el proceso de consulta previa con las mencionadas comunidades que ocupan dichos territorios.

Metodología de resolución del caso.

7.2. Conforme con los antecedentes descritos, en el presente caso corresponde a la Sala determinar: (i) si la acción de tutela es procedente en el caso concreto para lograr la protección de los derechos invocados debido a la existencia de otros mecanismo idóneos de defensa judicial; (ii) luego, se procederá a resolver el problema jurídico propuesto. Adicionalmente, se realizarán unas breves reflexiones sobre la política pública en materia de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato.

a.- La acción de tutela y la procedibilidad de la misma para proteger los derechos fundamentales de comunidades étnicas.

7.3. Legitimación por activa. Esta corporación ha insistido en que la procedibilidad de las tutelas promovidas por minorías étnicas y, en general, por grupos y sujetos en situación de vulnerabilidad debe examinarse con criterios especiales. Tal flexibilización tiene su justificación en la necesidad de eliminar los obstáculos y las limitaciones que han impedido que estas poblaciones accedan a los mecanismos judiciales que el legislador diseñó para la protección de sus derechos en las mismas condiciones en que pueden hacerlo otros sectores de la población.

En aras de compensar esas dificultades y de hacer efectivo el deber de especial protección que las autoridades y, en especial, los jueces de tutela, tienen frente a los grupos y sujetos

de especial protección constitucional, la Corte ha admitido, por ejemplo, que las tutelas que buscan el amparo de los derechos fundamentales de una comunidad étnica sean instauradas por cualquiera de sus integrantes, o incluso, por las organizaciones que agrupan a los miembros de la comunidad de que se trate.

Esa posibilidad, que, se insiste, busca facilitar el acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico, postración económica o por su diversidad cultural, tiene plena justificación en el marco de un Estado comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a aquellos grupos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante.

Las concesiones que la Corte Constitucional ha hecho en este sentido -al flexibilizar las condiciones de procedibilidad de las tutelas promovidas para salvaguardar derechos fundamentales de las colectividades étnicamente diferenciadas- responden también a la necesidad de asegurar que las autoridades cumplan con sus compromisos respecto a la protección de las poblaciones indígenas y tribales. Recuérdese, al respecto, que el Convenio 169 de la OIT, incorporado al ordenamiento interno por la Ley 21 de 1991, compromete a sus Estados parte a proteger a los pueblos interesados contra la violación de sus derechos y a asegurar que puedan iniciar procedimientos legales, “personalmente o por conducto de sus organismos representativos”, para asegurar que tales derechos sean respetados.

En igual sentido, vale la pena recordar que esta Corporación ha reconocido legitimación en los integrantes de los pueblos indígenas, como también en las organizaciones que los agrupan, para demandar su protección constitucional (sentencias T-380 de 1993, T-428 de 1993 y T-652 de 1998).

Lo anterior, puesto que si los pueblos indígenas tienen derecho a defender su integridad cultural sin escindir su existencia colectiva, es porque tanto sus integrantes, como las organizaciones que los agrupan, están legitimados para instaurar las acciones

correspondientes (i) debido a que el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, debe facilitarse, (ii) a causa de que las autoridades están obligadas a integrar a los pueblos indígenas a la nación, asegurándoles la conservación de su autonomía y autodeterminación, y (iii) porque el Juez constitucional no puede entorpecer el único procedimiento previsto en el ordenamiento para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales la conservación de su derecho fundamental a la diferencia -artículos 7º, 286, 287, 329 y 330 Superiores-.

Adicionalmente, en relación con la legitimación por activa de los miembros de comunidades étnicas o de sus representantes para presentar la acción de tutela, la Corporación ha reconocido “no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también “las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, tribales y la Defensoría del Pueblo”.

En todo caso, para la Sala es claro que los señores Martín Narváez autoridad indígena del resguardo de Puerto Nare (Capitán) y Jairo Augusto Murcia Archila/Yaroka en calidad de asesor-agente representante para la Salvaguardia de la Cultura y Lengua del Pueblo Carijona del Resguardo de Puerto Nare (Guaviare), al acreditar plenamente que la comunidad étnica accionante les ha conferido el poder de representarlas legalmente en este proceso, se entiende que están legitimados para promover la presente acción de tutela en nombre y representación de la comunidad Carijona en Puerto Nare.

7.4. Cumplimiento del requisito de subsidiariedad. En virtud del principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, esta Corporación ha sostenido que en los casos en que existan medios judiciales ordinarios de protección al alcance del actor, el amparo será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y

recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere del amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, se configuraría un perjuicio irremediable; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es un sujeto de especial protección constitucional.

En este sentido, es preciso recordar que los accionantes, al ser comunidades indígenas y sujetos de especial protección constitucional, obran con el objeto de que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad étnica y cultural, a la libre determinación, a la consulta previa y al medio ambiente sano.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles o están en peligro de extinción, sin perjuicio de la existencia de otros medios de defensa judicial, como en este caso, de acciones populares (ante la demanda de protección de derechos colectivos como la salud y el medio ambiente sano), asunto que -en principio- escapa a la competencia del juez constitucional, cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente.

Sobre el particular, en la sentencia SU-383 de 2003, se recordó que la Corte Constitucional ha sostenido, de manera reiterada, que dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, el mecanismo de la consulta previa constituye un derecho fundamental, “pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”.

En esa sentencia, la Corte expresó además que “no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”, criterio que fue establecido por la Corte en la sentencia SU-039 de 1997 y que ha sido reiterado en numerosas oportunidades.

En conclusión, reitera la Sala que en el presente caso, aún cuando se pudiera estimar en principio que la acción procedente para amparar los derechos de la comunidad Carijona es la acción popular (al tratarse de un asunto que involucra derechos colectivos y del ambiente), esta, por las especiales circunstancias descritas por los demandantes, no resulta ser el medio más eficaz para dar solución a la problemática reseñada por las siguientes razones.

En primer lugar, es cierto que los demandantes aducen afectaciones al medio ambiente en el que viven, y el derecho al medio ambiente sano es un derecho colectivo. Sin embargo, en el presente caso la vulneración del derecho a gozar de un medio ambiente sano tiene repercusiones sobre otros derechos y principios constitucionales que, tanto el texto de la Constitución como la jurisprudencia de la Corte, reconocen como fundamentales. Tales son los derechos a la salud, tanto de los niños como de los mayores, y el principio de dignidad humana, reconocido como un principio fundamental en el artículo 1º de la Constitución. Es así como el artículo 44 de la Constitución Política reconoce el carácter fundamental del derecho a la salud y a la integridad física de los niños, mientras que a partir de las sentencias T-060 de 2007, T-148 de 2007 y T-760 de 2008 se reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud.

En suma, la Sala considera que la acción idónea para amparar de forma preferente y sumaria

los derechos fundamentales de la comunidad Carijona es la acción de tutela, debido a las particularidades del caso que involucran su condición de pueblo indígena, su alto riesgo de extinción como etnia (en términos de supervivencia física, cultural y espiritual) así como su especial condición de vulnerabilidad.

De acuerdo con lo expuesto en este acápite, es claro que concurren todos los requisitos requeridos para la procedencia de la acción.

b.- Respecto de la presunta carencia actual de objeto. No se configura en el presente caso.

7.5. Para la Corte, el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado se presenta “cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna”.

Lo anterior quiere señalar que el propósito de la acción de tutela se limita a la protección de derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley. Sin embargo, cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde su razón de ser, pues en estas condiciones no existiría una orden que impartir. A continuación se explicará por qué se considera que en este caso no se configuró el fenómeno jurídico en comento y es procedente su estudio de fondo.

En el caso sub examine se tiene que una de las pretensiones de la comunidad demandante consiste en que se ordene a las entidades accionadas la suspensión de las campañas de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato, hasta que se adelante proceso de consulta previa con el pueblo Carijona del resguardo de Puerto Nare (Guaviare).

Durante el trámite de revisión, la Sala pudo conocer la orden de suspensión por parte de la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, de las operaciones de aspersión aérea con glifosato en todo el territorio nacional a partir de la fecha de publicación de la Resolución número 1214 del 30 de septiembre de 2015, proferida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-.

En relación a lo anterior, la Sala considera que en el presente caso no se ha presentado un hecho superado por cuanto la solicitud de la acción de tutela está dirigida a obtener la protección de los derechos a la integridad étnica y cultural, a la libre determinación, a la consulta previa, a la salud en conexión con la vida y al medio ambiente sano de la comunidad Carijona y no simplemente a que se suspenda el programa de fumigaciones aéreas con glifosato. En este sentido, la Corte está obligada a pronunciarse de fondo en el presente caso por (i) existir una política pública de erradicación de cultivos ilícitos en ejecución sobre todo el territorio nacional; (ii) estar en juego decisiones y precedentes de la Corte Constitucional en materia de consulta previa y, (iii) la posibilidad de que puedan estar comprometidos seriamente derechos de minorías étnicas y sujetos de especial protección constitucional.

De igual forma, es necesario considerar que la causa indicada en la Resolución 1214 de 2015 “por la cual se adopta una medida preventiva de suspensión de actividades en virtud del principio de precaución”, fue prevenir e impedir que con la ejecución de las fumigaciones que se derivan del uso de herbicidas a partir del ingrediente activo glifosato por aspersión aérea, se pudieran generar afectaciones sobre el ambiente, los recursos naturales, agua, suelo, paisaje o se pusiera en riesgo la salud humana.

En forma complementaria, debe indicarse que si bien el Gobierno nacional suspendió el PECIG en septiembre de 2015, este hecho por sí mismo no basta para declarar una carencia actual de objeto por hecho superado en el presente caso, dado que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional vigente, que se ha desarrollado, entre otras, en las sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-547 de 2010, T-129 de 2011, T-693 de 2011, T-384A de 2014 y T-661 de 2015, señala que es obligación del Estado realizar procesos de consulta previa a comunidades étnicas cuando las actividades a desarrollar, en diferentes ámbitos (como pueden ser: infraestructura, explotación de recursos naturales o programas de erradicación de cultivos ilícitos, etc.), tengan la potencialidad de afectarlas.

Con todo, el derecho fundamental a la consulta, no solo establece su realización de forma previa o anterior al desarrollo de un programa o proyecto estatal, sino también implica la obligación de realizarla aún cuando después de ejecutado el plan o proyecto, este se ha perfeccionado sin consentimiento de la comunidad étnica afectada, ya sea con fines de participar en la implementación del mismo o de obtener una reparación o compensación por los daños causados y de esta manera, proteger su integridad física, cultural y espiritual.

Adicionalmente, la Sala considera importante reiterar que el caso que en esta oportunidad ocupa a la Corte plantea un asunto fundamental: el riesgo de extinción de la cultura Carijona asentada en el resguardo de Puerto Nare (Guaviare), que como pueblo étnico es sujeto de especial protección constitucional.

Por las razones antes expuestas es que la Corte debe entrar a determinar la certeza de la ocurrencia de los hechos denunciados y si se presentó o no una vulneración de los derechos fundamentales de los demandantes con ocasión de la no realización de consulta previa antes de realizar fumigaciones con glifosato dentro del programa de erradicación de cultivos ilícitos sobre territorios de la comunidad indígena Carijona (resguardo Puerto Nare).

c.- Acerca de la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad étnica accionante como consecuencia de la realización de actividades de aspersión aérea con glifosato para erradicar cultivos ilícitos sobre el resguardo de Puerto Nare (Guaviare).

7.6. Antes de entrar a analizar las presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales de la comunidad Carijona que habita en el resguardo de Puerto Nare (Guaviare), la Sala presentará una breve caracterización del pueblo indígena demandante, que considera necesaria para comprender con mayor exactitud la situación que esta etnia atraviesa actualmente.

De acuerdo con la información allegada en el trámite de revisión, el pueblo Carijona, en la actualidad, se encuentra asentado en el departamento del Guaviare, al sur del municipio de Miraflores, en el resguardo “Puerto Nare”, en las regiones comprendidas por el alto Vaupés y el río Yará. En el bajo Caquetá se encuentran entre “La Pradera” y “María Manteca”, y en Orteguaza. Otros asentamientos se ubican en la zona denominada “La Pedrera” (Amazonas), cerca de la frontera con Brasil, río abajo de la confluencia del Mirití-Paraná con el Caquetá, en la orilla sur de este mismo río.

Los demandantes en el caso sometido a estudio de la Corte en esta oportunidad, hacen parte de la etnia Carijona y están asentados concretamente en el resguardo de Puerto Nare, al sur del municipio de Miraflores, en el departamento de Guaviare, creado en 2003, conforme lo establece la resolución número 022 de 2003 expedida en su momento por el INCORA. De acuerdo a lo señalado en los hechos de la demanda, “la cultura, la lengua y el pueblo Carijona se encuentran en peligro de extinción” puesto que desde hace 10 años, el número de familias que componen el resguardo ha disminuido dramáticamente de 146 a 42, entre los que se cuentan los últimos 2 sabedores de los ritos, bailes y canciones ancestrales -una abuela y un abuelo- y 16 de los últimos hablantes entre 30 y 77 años de edad. A lo anterior

añaden que esta disminución en el número de integrantes de la comunidad se debe principalmente al desplazamiento de la población Carijona fuera del resguardo, con ocasión de las fumigaciones aéreas a los cultivos ilícitos con glifosato que desde hace 20 años se realizan sobre el territorio en el cual se asienta esta comunidad étnica y frente a lo cual no han tenido procesos de consulta previa como lo establece la jurisprudencia constitucional.

Sobre las presuntas afectaciones.

7.7. La comunidad étnica Carijona del resguardo de Puerto Nare (Guaviare) ha denunciado que debido a las fumigaciones con glifosato -en desarrollo de la política pública de erradicación de cultivos ilícitos del Estado colombiano-, que se realizaron por cerca de 20 años, y que se intensificaron en los últimos años hasta su suspensión oficial en septiembre de 2015, están viviendo una serie de afectaciones a sus derechos fundamentales en materia de salud, seguridad alimentaria, contaminación del medio ambiente, desplazamiento y falta de consulta previa, que han documentado en una serie de 25 videos que describen, ilustran y recogen las diferentes clases de afectaciones a las que se ha visto sometida la comunidad Carijona que habita en el resguardo de Puerto Nare, así como otros 13 resguardos indígenas de la región (Miraflores, Guaviare).

En concreto, la comunidad demandante describe en los videos aportados al expediente que las aspersiones aéreas con glifosato les han generado:

(i) problemas de salud como dolor de cabeza, afectaciones a la visión (irritación ocular), dolor de estómago, diarrea, mareo y otros problemas epidérmicos. Estos hechos son ratificados a través de una serie de visitas y entrevistas realizadas en territorio del resguardo de Puerto Nare por varios indígenas Carijona que viven en el resguardo, como Anita quien es uno de los

últimos dos sabedores Carijona que conocen los cantos y los bailes propios de su pueblo, Ernesto y el capitán del resguardo Martín Narváez, que son dos de los últimos 16 hablantes Carijona de la zona, señalan que tras las aspersiones aéreas se producen enfermedades como “la diarrea, gripa, fiebre, dolor de cabeza, hongos, brotes, nacidos, chucharos, la moneda y otras enfermedades en la piel”.

Estas afirmaciones son reiteradas por miembros de comunidades étnicas vecinas y colonos del municipio de Miraflores (Guaviare) que alegan haber sufrido afectaciones en su salud como consecuencia de las fumigaciones con glifosato, como Rivelino (miembro del resguardo indígena Lagos del Dorado) quien manifiesta tener “frecuentes afectaciones en la piel”; María Olivia (indígena cubeo, vice-capitana del resguardo Puerto las Palmas), quien señala que tras tomar agua de arroyo contaminada con glifosato ha sufrido “vómito, insomnio, mareo, diarrea, dolor de estómago y de cabeza” y, finalmente, Ana Rita (campesina con más de 20 años en la región) quien indica que ha tenido “rasquiña, ardor en las vistas, dolor de estómago”.

(ii) afectaciones a la seguridad alimentaria como consecuencia de la destrucción de cultivos de subsistencia que generan desarraigo familiar y social, deserción escolar, incertidumbre y, finalmente, desplazamiento “silencioso”. Para los indígenas Carijona del resguardo de Puerto Nare la amenaza a la seguridad alimentaria se concreta en la pérdida de árboles maderables, chagras y cultivos de sustento familiar. Por ejemplo, para Anita quien manifiesta haber perdido sus cultivos de plátano y yuca, la chagra (parcela Carijona) es más que una huerta, “es un reflejo de fuerza maternal y de fecundidad” de la que vive toda su familia que “ya cuenta con nueve nietos”. A lo anterior, Ernesto y el Capitán Martín añaden -mientras recorren parte de la zona afectada- que “una vez fumigada la tierra no responde igual, porque los árboles ya no alcanzan a dar su fruto y mueren...”.

De igual forma, al continuar el recorrido por las zonas afectadas por las fumigaciones, en donde se observan pastos y bosques resacos así como árboles sin hojas, los demandantes afirman que las plantaciones del árbol de abarco han sufrido grandes daños. Al respecto

señala el Capitán Martín que “la fumigación le dio indiscriminadamente a los cultivos de alimentación, a los cultivos de abarco, a los potreros y los pastales útiles para el ganado”.

Respecto del cultivo del abarco, que es maderable y que es parte del programa gubernamental de sustitución de cultivos, agregan que “el programa de cultivo de abarco se hizo hace 6 años e incluía la siembra de cacao, plátano, borojó, caña y tavena”. A lo anterior, añaden que el efecto del glifosato en las vegetación es tan poderoso que “la fumigación afectó también plantas alimenticias y de uso artesanal: cacao, arazá, piña, plátano, cultivos que se plantaron alrededor de los árboles de abarco” .

De acuerdo a los demandantes, en este programa de sustitución “se sembraron 8 hectáreas de abarco en el resguardo. El primer año 2 hectáreas fueron fumigadas y en esta fumigación, 6 años más tarde, otras 2 hectáreas fueron fumigadas, dejando 4 hectáreas todavía creciendo. Es decir, el gobierno mismo acabó con 50% de un programa de cultivos alternativos con la fumigación indiscriminada sobre territorio del resguardo Carijona de Puerto Nare” .

Frente a lo anterior, estiman que los programas estatales para promover cultivos alternativos son insuficientes y mal planeados por que dichos programas, en la práctica, son “eliminados por acción de la avioneta” .

Al terminar su recorrido por la zona del resguardo afectada, el Capitán Martín concluye: “Como se puede ver las avionetas no le dan a la cocaína, sino a la comida... Ahí es donde vemos que nosotros somos un pueblo Carijona (sic) que somos afectados desde hace veinte años que comenzó (sic) las fumigaciones y desde ese tiempo para acá siempre le han dado es a la comida” .

En forma complementaria afirman los demandantes que la amenaza a la seguridad alimentaria también produce un daño social que ellos han denominado “desplazamiento silencioso” que surge como consecuencia de la destrucción de cultivos de subsistencia que no solo incide de forma directa en la vida, usos, costumbres y tradiciones de la comunidad Carijona sino en otras comunidades indígenas de la región, para quienes no queda otro camino, una vez destruidos sus cultivos, que desplazarse a otras zonas o incluso a las poblaciones urbanas.

Concluyen afirmando que “la fumigación nos envenenó gran parte de los recursos (sic) que contamos para vivir” .

Por otra parte, destacan que la contaminación del suelo es tan fuerte que “después de esto [la fumigación] nace un pasto, pero una maleza que no sirve para nada, una maleza que no tiene ninguna utilidad”, a lo que agregan que “las zonas fumigadas no se recuperan” lo que incluye árboles, bosques, pastos, ríos y caños.

Adicionalmente, el Capitán Martín (como antes ya lo había afirmado María Olivia, indígena cubeo, vice-capitana del resguardo Puerto las Palmas) señala que el agua de los ríos y los arroyos, “traslada el veneno (glifosato) al caño del cual toman agua todas las familias del resguardo que incluyen ancianos, mujeres y niños” .

Finalmente, en el video número 25, el Capitán Martín del resguardo de Puerto Nare recorre y describe el contraste notorio que ofrece la contemplación de la selva que no ha sido tocada por las fumigaciones de glifosato en sus territorios ancestrales, en la que siente de nuevo “el verde profundo de la selva (...) se puede escuchar a los pájaros” .

(iv) la falta de consulta previa antes de cualquier proceso de aspersión y la realización de fumigaciones con una nueva fórmula -que era más fuerte que la utilizada previamente y que impactó de forma más severa en la salud y los cultivos de la comunidad del resguardo-, que se llevaron a cabo de manera indiscriminada sobre cultivos de sustento lícitos, el bosque tropical y las viviendas de la población. Situación que -afirman- ha causado daño “a la comida de los micos, los pájaros, las dantas y demás especies, las plantas de uso medicinal, cultural y ritualístico de los payes y sabedores”.

A este respecto, el Capitán Martín del resguardo de Puerto Nare señala que no han sido consultados por ninguna entidad estatal antes de la realización de los procesos de fumigación: “lo que decimos es algo acertado y muy lógico... no nos inventamos cosas para hacer una acusación contra las fumigaciones, hablamos lo que nosotros sentimos y lo que estamos viviendo y las afectaciones que estamos sufriendo a causa de la fumigación” .

Complementa lo anterior afirmando que “las fumigaciones se guían por coordenadas desactualizadas, aparentemente sin el requerimiento de una verificación visual”.

Adicionalmente, en los videos 1 al 6, los demandantes presentan los testimonios de varios representantes de otras comunidades indígenas vecinas que también se han visto afectados por el programa de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato y no han sido consultados previamente al inicio de tales actividades sobre sus territorios.

Finalmente, a propósito de las afectaciones culturales, que tienen un profundo impacto en su supervivencia física y espiritual como pueblo indígena, los demandantes afirman que con las fumigaciones con glifosato “se afectaron también plantas silvestres como el yarumo, la palma de corombolo de donde sale el cumare, también el platanillo que se usa para hacer casas y malocas”.

En un sentido más amplio, y mientras los demandantes recorren territorio del resguardo de Puerto Nare, insisten en que "... la avioneta no solo nos causa in daño a la alimentación, sino que causa un daño ecológico, daño a nuestros medicamentos tradicionales a nuestra materia prima de uso artesanal". A propósito de la medicina y sus usos y costumbres ancestrales, el capitán del resguardo Carijona, cuenta que "la fumigación ha afectado helechos silvestres de uso medicinal y una planta de uso tradicional, sembrada en el territorio hace 50, 60 años por los abuelos para elaborar pinturas artesanales... también afectó plantas de uso artesanal como el guarumo, usado para elaborar el balai, el matafrío, el cernidor... Y palmas de cumare, material del cual se elaboran bolsos, hamacas, cabuya".

Las respuestas de las entidades accionadas y los informes científicos sobre las características y efectos del herbicida glifosato en relación con el principio de precaución.

7.8. Respecto a los anteriores reclamos, las entidades del Estado accionadas, como la Presidencia de la República (folios 41-55 y 233-246 del Cuaderno principal), el Ministerio de Justicia y del Derecho (folios 56-109 y 203-232 del Cuaderno principal), el Ministerio de Ambiente (folios 115-146 y 247-279 del Cuaderno principal), el Ministerio de Defensa – Policía Nacional -Dirección Antinarcóticos- (folios 110-114 del Cuaderno principal), el Ministerio de Interior (folios 66-88 del Cuaderno de revisión); así como el Ministerio de Salud (folios 30-49 del Cuaderno de revisión) y la Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- (folios 50-65 del Cuaderno de revisión) vinculadas en el trámite de revisión, han señalado en términos generales que: (i) el PECIG se ejecuta con respeto de la normatividad vigente; (ii) que el componente principal de las fumigaciones mediante aspersiones aéreas -el herbicida glifosato- en principio no causa problemas a la salud humana ni al medio ambiente y, (iii) que se realizó proceso de consulta previa con la comunidad Carijona en 2005.

7.9. En particular, ha llamado la atención de la Sala que varias de las respuestas entregadas por las entidades accionadas están fundadas en los siguientes estudios, todos ellos con el común denominador de negar los posibles efectos nocivos de glifosato, a saber: (i) "Efectos

del glifosato en la Salud Humana”, realizado por la Clínica de Toxicología Uribe Cualla (Nariño, 2001); (ii) “Informe de la Oficina de Prevención, Plaguicidas y Sustancias Tóxicas de la Agencia Ambiental de los EE.UU – Caso Colombia” (2002); y (iii) “Efectos del PECIG mediante la aspersión aérea con el herbicida glifosato y de los cultivos ilícitos en la salud humana y en el medio ambiente” – Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD-OEA, 2005).

En virtud de los anteriores informes, por ejemplo, el Ministerio de Justicia señaló que “los estudios adelantados sobre los presuntos efectos del Glifosato en la salud humana, han determinado que este herbicida no es bioacumulable, es catalogado de baja toxicidad en forma aguda o crónica; no es carcinógeno, ni mutágeno y tampoco tiene efectos lesivos sobre la reproducción. Con respecto a los humanos no se le considera nocivo, excepto por la posibilidad de irritación ocular transitoria y probablemente cutánea (con recuperación de ambas).

De igual forma, la Policía Nacional -Dirección Antinarcóticos-, adujo que en estos estudios “no hubo hallazgos concluyentes entre la exposición a glifosato empleado en la erradicación de cultivos ilícitos y los efectos en la salud humana, debido a que no se halló exposición ocupacional concomitante por la misma sustancia y por otras de mayor toxicidad que el glifosato”.

Finalmente, el Ministerio de Ambiente basado en los mismos estudios sobre los posibles efectos del glifosato en el medio ambiente y en la salud humana como consecuencia de la implementación del programa de aspersiones aéreas, indicó que “el glifosato empleado para la erradicación de los cultivos ilícitos no produce daños irreversibles en el medio ambiente; por el contrario: hay elementos de juicio que permiten concluir que la regeneración de las zonas asperjadas se produce en lapso no muy largo y que, en cambio, numerosas hectáreas de bosques son destruidas por causa de la tala de éstos por los cultivadores ilícitos”.

7.10. En contraste a lo anterior la Corte advierte que, de acuerdo a las pruebas aportadas por los accionantes, que se han podido analizar en los videos allegados al expediente, las principales afectaciones a los derechos fundamentales de la comunidad Carijona del resguardo de Puerto Nare (Guaviare) a la consulta previa, la salud, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente (contaminación), a las cultura y las tradiciones del pueblo indígena Carijona que sumadas son causa de desplazamiento, como consecuencia de la realización de fumigaciones aéreas con glifosato, se han concretado y caracterizado por:

(i) causar problemas de salud como “dolores de cabeza, afectaciones a la visión, dolores de estómago, diarrea, mareo, problemas epidérmicos, afectando especialmente a los niños y niñas” ;

(ii) amenazar la seguridad alimentaria a partir de la destrucción de los cultivos de sustento, lo que en palabras de la comunidad “ha causado desarraigo familiar y social, deserción escolar, incertidumbre, desosiego, sufrimiento y en consecuencia desplazamiento” ;

(iii) generar contaminación de la tierra y las fuentes hídricas como “nacederos de agua, ríos, arroyos y quebradas de donde la gente saca el agua para tomar y bañarse”, afectando con ello al medio ambiente, incluso, dejándolo improductivo por varios años después de realizado el proceso de fumigación.

Adicionalmente, como lo señala la comunidad Carijona, las actividades de fumigación “afectan gravemente los bosques tropicales receptores del veneno, afectando la comida de los micos, los pájaros, las dantas y demás especies compartiendo estos ecosistemas, afectando la fuente y oferta de recursos naturales propios de los usos y costumbres de los Carijona, entre estos: plantas medicinales, plantas para uso artesanal, como también plantas

para uso cultural y ritualístico de los payes y sabedores, como son el Yagé y el Cagí”.

(iv) desconocer el derecho a la consulta previa de la comunidad Carijona. De acuerdo a los testimonios recogidos, “las fumigaciones no se consultan previamente y no se realizan dentro de un patrón de precisión que busque que la aspersión se limite a los cultivos ilícitos solamente, sino que se realizan de forma generalizada e indiscriminadamente sobre cultivos de sustento, el bosque tropical y muchas veces hasta sobre las viviendas mismas de los dolientes, dejando los techos ‘escurriendo de veneno’” .

7.11. La valoración de las anteriores afectaciones -que no fueron controvertidas por las entidades accionadas- mediante pruebas documentadas y verificadas no solo por la comunidad Carijona sino por varias comunidades étnicas vecinas han permitido a la Sala confirmar que el resguardo Carijona de Puerto Nare (Guaviare) fue fumigado con glifosato en el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos y que esta actividad, como ha sido precisado por los accionantes, ha producido afectaciones en la salud, la seguridad alimentaria y el medio ambiente que no solo han dejado a la comunidad en una gran condición de vulnerabilidad y con un alto riesgo de extinción sino que además vulnera intensamente sus derechos fundamentales a la integridad étnica y cultural, la libre determinación, a la consulta previa, a la salud en conexión con la vida y al medio ambiente sano.

7.12. Adicionalmente, el problema planteado reviste una trascendencia aún mayor a la de las graves afectaciones descritas sobre la comunidad indígena Carijona. De acuerdo con los estudios referidos en la parte dogmática de esta providencia (fundamentos 4.8 a 4.13 y 4.21 a 4.25), la Corte ha podido advertir que el glifosato es una sustancia que tiene la potencialidad de afectar la salud humana como probable agente cancerígeno y, también, de forma muy peligrosa, el medio ambiente. Dicha conclusión está basada en la revisión de varios estudios que sobre la materia se han publicado en las últimas décadas y que han sido citados en el capítulo 4 la presente providencia, pero principalmente, en el informe global

sobre los efectos de diversos herbicidas e insecticidas, entre ellos el glifosato, potencialmente tóxicos y que tienen la probabilidad de generar cáncer, que realizó el comité de expertos de la Organización Mundial de la Salud -OMS- y el programa de monografías de la Agencia Internacional de Investigación en Cáncer -IARC- de marzo de 2015, durante más de tres décadas en cerca de 50 países, lo que lo convierte en el estudio más importante y con mayor rigor científico hecho hasta el momento sobre la naturaleza y efectos del glifosato.

Con todo, respecto de los efectos nocivos del glifosato, la Sala debe reiterar las conclusiones del informe de la OMS, donde se advierte con claridad que el glifosato es probablemente cancerígeno en humanos, en tanto se ha logrado establecer que “hay una fuerte y sólida evidencia que muestra que el glifosato puede operar a través de dos importantes elementos de carcinogénesis humana [esto es, de generación de cáncer] y que estos pueden desarrollarse en humanos [carcinogénesis]”.

Ahora bien, la Sala debe destacar que el informe de la OMS va aún más allá, al determinar que el glifosato u otras sustancias basadas en las propiedades químicas del herbicida pueden alterar o dañar la estructura molecular (o ADN) de las células humanas -principalmente las sanguíneas- causando mutaciones genéticas que pueden generar cáncer, y por eso lo ubicó en el “grupo 2A”, lo que significa que existe evidencia científica que prueba que el glifosato es “probablemente carcinogénico para humanos”. En palabras de los investigadores:

“1.- Hay suficiente evidencia que muestra que la exposición al herbicida glifosato o a otras sustancias basadas en las propiedades químicas del glifosato son genotóxicas y producen problemas de oxidación molecular. Esta conclusión tiene fundamento en estudios realizados en humanos (in vitro) y en estudios experimentales en animales.

2.- Una serie de estudios realizados en varias comunidades humanas y en individuos expuestos al glifosato o a fórmulas basadas en esta sustancia química han encontrado que

puede producir, adicionalmente, daño cromosómico en las células sanguíneas”.

Por otra parte, debe recordarse, que una de las principales razones esgrimidas por el Ministerio de Salud para prohibir el uso del glifosato fue la revelación de que “la exposición a esta sustancia puede estar relacionada con la generación del linfoma no-Hodgkin (en humanos) y de carcinoma tubular renal, hemangiosarcoma, tumores de piel y adenoma pancreático (en animales)”. Esto quiere decir que el estudio de la OMS encontró que el glifosato puede producir cáncer en animales y en humanos, y que en consecuencia, esta nueva clasificación del herbicida glifosato en el “grupo 2A” constituye, un hecho científico nuevo de suma importancia que implicaba la toma de acciones concretas para evitar mayores riesgos de afectación en las poblaciones humanas, animales y en el medio ambiente.

Aplicación del principio de precaución en el caso concreto.

7.14. En consideración a lo hasta aquí expuesto, para la Corte es menester concluir que la actividad de aspersión (fumigación) aérea de cultivos ilícitos con glifosato, al tener la potencialidad de generar menoscabo a la salud y al medio ambiente, como se ha visto en el caso de la comunidad Carijona, está sujeta a la aplicación del principio de precaución. Este se aplica cuando -aunque haya un principio de certeza técnica- existe incertidumbre científica respecto de los efectos nocivos de una medida o actividad. En ese caso, debe preferirse la solución que evite el daño y no aquella que pueda permitirlo. Este principio no solo está concebido para proteger el derecho al medio ambiente sino también el derecho a la salud cuando exista la amenaza de vulneración. De esta forma, como se vio en el capítulo 5 (fundamentos 5.1 a 5.11) de la presente providencia, cuando por causa de las aspersiones aéreas con glifosato, en caso de que exista duda razonable respecto de si estas afectan el entorno natural o la salud de las personas, como se ha evidenciado en el asunto sub

examine, deben tomarse las medidas que anticipen y eviten cualquier daño, y en caso de que esté causado, las medidas de compensación correspondientes.

Así las cosas, y ante la evidencia de los potenciales efectos cancerígenos que tiene el uso del glifosato u otras sustancias basadas en las mismas propiedades químicas del herbicida -aún cuando hayan sido suspendidas por el Gobierno-, que puede poner en peligro no solo a las comunidades sino al medio ambiente en su conjunto, la Sala considera que en este caso se reúnen los requisitos para dar aplicación al principio de precaución en materia ambiental y para proteger el derecho a la salud de las personas.

7.15. En concreto, la aplicación del principio de precaución en el presente caso tendrá como objetivo prohibir que, en adelante -no obstante la actual suspensión voluntaria de aspersiones aéreas con glifosato- se use o se retome el uso del herbicida glifosato en el programa de erradicación de cultivos ilícitos en forma de aspersión aérea. Adicionalmente, respecto de la erradicación manual con glifosato (autorizada mediante la resolución 09 de 2016), la Corte planteará más adelante una serie de medidas para que o bien se busque una forma alternativa de erradicación con otra sustancia química no tóxica, o bien esta se realice bajo estrictos controles y minimizando los potenciales efectos negativos que esta pueda llegar a tener sobre las comunidades étnicas.

La jurisprudencia constitucional aplicable al caso en materia de erradicación de cultivos ilícitos. El -PECIG- ha debido ser consultado previamente a la comunidad Carijona del resguardo de Puerto Nare (Guaviare).

7.16. Respecto de la implementación del programa de erradicación de cultivos ilícitos, la jurisprudencia en vigor de la Corte Constitucional ha señalado que siempre que este se vaya a adelantar, las entidades competentes deben realizar procesos de consulta previa con las comunidades étnicas que puedan verse potencialmente afectadas por su ejecución.

7.17. A este respecto, debe recordarse que de acuerdo con lo estipulado en la sentencia de unificación SU-383 de 2003, la garantía de consulta previa se aplica frente a cualquier medida que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas o tribales. En particular, cuando se trata de PECIG, estas comunidades “deben ser consultadas, sobre el programa de erradicación de cultivos ilícitos que las entidades accionadas adelantan en sus territorios, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas”.

Precisamente, en la sentencia en comento, se analizó un eventual conflicto entre los intereses de las comunidades indígenas y la defensa de la seguridad nacional, reflejado en la cuestión de si es obligatoria la consulta, previa la aspersion de sustancias químicas para la erradicación de cultivos ilícitos, en el marco de la lucha internacional contra el narcotráfico. Sostuvo entonces la Corte que sí resultaba vinculante y aclaró que su ámbito material de procedencia está dado por la afectación directa de cualquiera de los derechos de las comunidades indígenas y no exclusivamente por la eventual incidencia en los territorios indígenas.

En este caso, la Corte se refirió específicamente a la consulta previa en relación con los valores culturales, económicos y sociales que se derivan del cultivo de la planta de coca para los pueblos indígenas y tribales de la región amazónica, así como su derecho a mantener estas plantaciones, y el alcance con que sus autoridades o las autoridades nacionales, según el caso, pueden combatir las plantaciones de uso ilícito, dentro de un ámbito territorial determinado.

A este respecto, las sentencias T-652 de 1998, T-547 de 2010, T-129 de 2011, T-693 de 2011, T-384A de 2014 y T-661 de 2015 han establecido y desarrollado los criterios generales según los cuales deben realizarse procesos de consulta previa a comunidades étnicas cuando las actividades a desarrollar por el Estado, en diferentes ámbitos, tengan la potencialidad de afectarlas. En particular, la sentencia SU-383 de 2003 estableció como obligación del Estado la realización de consulta previa a las comunidades étnicas siempre que se ejecuten dentro

de sus territorios programas de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato.

7.18. Conforme a lo reseñado anteriormente y a lo señalado en capítulo 6 de esta providencia sobre las reglas aplicables en casos de consulta previa, la Corte procederá a analizar si se surtió o no proceso de consulta previa con la comunidad Carijona. En primer lugar, de acuerdo con la información allegada en el trámite de revisión, se tiene que los supuestos procesos de consulta previa realizados a las comunidades de la región del Guaviare en 2005, incluido el pueblo Carijona, no fueron efectivos y no se dieron en cumplimiento de los requisitos exigidos para que se puedan considerar surtidos.

En segundo lugar, los demandantes denunciaron una serie de irregularidades dentro de los supuestos procesos de consulta que fueron llevados a cabo por el Ministerio del Interior en 2005 con ocasión del desarrollo del PECIG. A este respecto, el representante de la comunidad Carijona afirmó que: “una vez examinados los documentos entregados por el Ministerio, se encontró que las actas de 2005 fueron suscritas por Luis Hernando Papurí, quien nunca ha vivido en Puerto Nare ni representa a dicha comunidad. Además, señalaron que una vez socializadas las actas de la supuesta consulta previa con la comunidad, estos le indicaron que el señor Papurí ‘nunca había vivido en Puerto Nare y mucho menos habría ocupado un cargo de representatividad en la comunidad’.

Lo anterior fue corroborado por el representante de la Comunidad Carijona, quien agregó un video con la declaración del señor Luis Hernando Papurí, en la que manifiesta que no estuvo ni participó en las mencionadas reuniones del proceso de consulta previa, porque para la época de los hechos “se encontraba activo como concejal del municipio de Miraflores”. También aclaró que la firma y el nombre que aparece en las actas suministradas por el Ministerio de Interior no fueron hechos por él y que por tanto corresponden “o bien a un error o a una falsificación”.

En conclusión, el representante de los accionantes adujo que la presunta consulta previa adelantada en el año 2005 con la comunidad del resguardo de Puerto Nare, no superó los estándares contenidos en la sentencia SU-383 de 2003, por cuanto el Estado colombiano impuso su particular concepción del mundo al no permitir dentro del proceso de consulta: (i) el establecimiento de un espacio de diálogo intercultural entre iguales; (ii) la identificación de las afectaciones que la actividad de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato está causando en las comunidades étnicas y, (iii) la búsqueda consensuada de fórmulas y estrategias para prevenir, mitigar o compensar las afectaciones o daños causados por la actividad objeto de consulta.

7.19. En respuesta a las anteriores alegaciones, el Ministerio de Interior se limitó a remitir copias de listados de procesos de consulta de 2005 y de seguimiento a otros procesos de supuesta consulta previa realizados en 2014 sobre la consulta efectuada en 2005 a diferentes comunidades indígenas del departamento de Guaviare. En dichos documentos, la Sala puede constatar que la llamada “consulta” se circunscribió a la realización de una serie de reuniones con algunos líderes locales y a la presentación de información general sobre el programa PECIG, sin que exista evidencia de que se llevó a cabo un proceso de diálogo y participación activa de las comunidades étnicas involucradas, como tampoco que hayan dado su consentimiento para que el programa de fumigaciones siguiera adelante, como lo exige la jurisprudencia constitucional en comento.

7.20. En este sentido, la Sala debe llamar la atención del Ministerio de Interior -Dirección de Consulta Previa- por no suministrar de forma adecuada la información requerida en el trámite del expediente de la referencia y por no realizar un proceso de consulta previa con observancia de las reglas que rigen esta clase de procedimientos con el pueblo Carijona antes de comenzar cualquier proceso de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato, en virtud de lo cual, esta Corporación se permite reiterar -a continuación- las reglas que deben seguirse para que un proceso de consulta se considere efectivamente realizado de acuerdo al Convenio 169 de la OIT y a la jurisprudencia constitucional.

A este respecto, la Sala reiterará las reglas que ya había establecido la sentencia SU-383 de 2003 respecto de la obligación concreta de realizar procesos de consulta previa a las comunidades indígenas, antes de iniciar cualquier programa de erradicación de cultivos ilícitos.

7.21. En este orden de ideas, las entidades a quienes corresponda adelantar estos procesos con las comunidades deberán consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales sobre las decisiones atinentes al programa de erradicación de cultivos ilícitos que adelantan en sus territorios “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. De esta manera, las autoridades de los pueblos indígenas y las organizaciones que los agrupan, deberán ser consultadas, previamente (i) sobre el procedimiento y los términos en que se adelantarán las consultas, (ii) respecto del ámbito territorial de las mismas, y (iii) sobre la determinación de los medios adecuados para adelantar en el ámbito territorial previamente delimitado la erradicación de los cultivos ilícitos, ya sea mediante la aspersión aérea o por otro método alternativo, siempre que el método elegido garantice real y efectivamente los derechos fundamentales que mediante esta providencia se amparan, y de los demás habitantes de los respectivos territorios.

7.22. De igual forma, las autoridades deberán, en la adopción de las medidas pertinentes, como resultado de las consultas a los pueblos indígenas y tribales, considerar y ponderar (i) la efectiva protección de los derechos fundamentales amparados, (ii) la garantía de 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-, (iii) el interés general de la Nación colombiana, y (iv) las potestades inherentes al Estado colombiano para definir y aplicar de manera soberana y autónoma la política criminal y dentro de ella los planes y programas de erradicación de los cultivos ilícitos.

7.23. Conforme a lo señalado anteriormente, para la Sala es claro que en el presente caso no se realizó un proceso adecuado de consulta con la comunidad Carijona del resguardo de

Puerto Nare (Guaviare), cuando ha debido realizarse un proceso de consulta previa con la comunidad indígena accionante, siguiendo los lineamientos que para el efecto ha desarrollado el Convenio 169 de la OIT, la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional en vigor. En un sentido más amplio, se debe agregar que la consulta previa es un deber y una garantía que, en virtud de una afectación directa, de acuerdo a las particularidades y consecuencias de cada caso, ha debido ser activada en el caso sub examine para proteger de forma efectiva los derechos fundamentales de la comunidad étnica Carijona, frente a los programas de erradicación aérea de cultivos ilícitos que se desarrollaron en sus territorios.

En estos casos, la consulta del programa de erradicación de cultivos ilícitos debe orientarse a la concertación de las medidas más adecuadas y menos gravosas para la comunidad y su seguridad alimentaria, pero que sean igualmente efectivas para asegurar los objetivos esenciales del Estado de garantizar la seguridad de la nación y cumplir los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de lucha contra el tráfico de estupefacientes.

7.24. Ahora bien, llegados a este punto la Sala debe reiterar que aunque el Gobierno nacional no haya realizado un proceso adecuado de consulta con la comunidad Carijona en 2005, y en la actualidad haya suspendido voluntariamente desde septiembre de 2015 las fumigaciones de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato, la obligación de consultar a dicho pueblo, ahora de cara a las posibles afectaciones como consecuencia de las aspersiones, persiste.

7.25. Como anteriormente se indicó, el derecho fundamental a la consulta previa, no solo establece su realización de forma previa o anterior al desarrollo de un programa o proyecto estatal, sino también implica la obligación de realizarla aún cuando después de ejecutado el plan o proyecto, este se ha perfeccionado sin consentimiento de la comunidad étnica afectada, ya sea con fines de participar en la implementación del mismo o de obtener una

reparación o compensación por los daños causados y de esta manera, proteger su integridad física, cultural y espiritual.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado en diversas oportunidades, en especial a partir de la sentencia T-693 de 2011, que una de las subreglas que desarrolla el derecho a la consulta contempla la posibilidad de que esta se produzca después de culminado el proyecto o cuando ya se ha entregado y puesto en operación una hidroeléctrica (T-652 de 1998) o un oleoducto (T-693 de 2011) sin realización de consulta previa a las posibles comunidades afectadas. A ese respecto este Tribunal ha puntualizado lo siguiente:

“(…) (iv) ¿La consulta debe ser previa a las medida objeto de examen? (…) Es necesario reconocer que hay situaciones en las cuales la consulta no se lleva a cabo de manera previa. En tales casos, puede ocurrir que el proyecto, obra o actividad, ya haya causado daños e impactos. Lo dicho anteriormente respecto del carácter eminentemente preventivo de la consulta previa no significa que no se deba realizar la consulta una vez ha sido ejecutado el proyecto respectivo. Las consultas en tales casos deben ir encaminadas, principalmente, a corregir los impactos debidamente identificados, que hayan sido causados a los derechos colectivos de la comunidad. Sin embargo, dichas consultas no pueden desnaturalizarse convirtiéndose únicamente en mecanismos de compensación e indemnización de los daños causados a los miembros de la comunidad individualmente considerados. Esto debilitaría la autoridad de las instituciones y las formas organizativas propias de dichas comunidades. (Sentencias T-652 de 1998 y T-969 de 2014)”. (Subrayado y negrillas fuera de texto original)

7.26. Así las cosas, es claro que en los eventos antes reseñados, el derecho a la consulta puede desarrollarse también para obtener una reparación o compensación cuando las actividades o proyectos implementados por el Estado se han consumado -sin haber realizado procesos de consulta- y han terminado afectando a una comunidad humana determinada. De hecho, la Corte Constitucional ha señalado que a pesar de consumarse un daño sobre una comunidad indígena al no haberse realizado la consulta previa antes de la adopción y la

ejecución de decisiones que puedan afectarla de manera directa, ello no impide un pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela y la adopción de medidas para proteger, en lo sucesivo, los derechos de esa comunidad.

7.27. En este orden de ideas, la Sala advierte que dado que el desarrollo de aspersiones aéreas con glifosato sobre el resguardo indígena de Puerto Nare ha causado una serie de impactos de diversos órdenes (sanitarios, socioculturales y ambientales) en la comunidad Carijona, como ya se refirió en el fundamento 7.7, el hecho de que en el presente caso no sea posible establecer con plena certeza la configuración de un daño, no impide que el Estado pueda realizar acciones, planes o programas e incluso otras medidas a cargo del Estado que contribuyan a la preservación y recuperación de los valores y de la integridad étnica y cultural de la comunidad, y más importante aún, que amparen la supervivencia física, cultural y espiritual del pueblo Carijona, en tanto garantía de su modo de vida tradicional que en la actualidad se encuentra en peligro de extinción, como ya se ha señalado a lo largo de esta providencia.

7.28. A este respecto, la Sala debe señalar que el material audiovisual aportado por los demandantes -y que se reitera no fue controvertido por las entidades accionadas- sugiere que se ha causado un daño grave a la comunidad Carijona en materia de salud, seguridad alimentaria, medio ambiente y territorio ancestral, integridad étnica y cultural e incluso desplazamiento, por falta de realización de consulta previa al programa PECIG, como ya se reseñó en el acápite respectivo (fundamentos 7.10 y 7.11). Lo que está en juego en este caso es la supervivencia física, cultural y espiritual del pueblo indígena Carijona y frente a esta situación, el Estado debe tomar medidas que permitan el fortalecimiento étnico, social y cultural de la comunidad afectada.

7.29. A juicio de esta Corporación, el proceso de consulta y etno-reparación a adoptar requiere en este caso específico, (i) la verificación de las condiciones en las que se encuentra actualmente el resguardo Carijona en Puerto Nare (Guaviare), haciendo la correspondiente

caracterización; (ii) la determinación en conjunto con la comunidad demandante de los impactos específicos de las fumigaciones en términos socioculturales, espirituales, entre otros; (iii) el diseño conjunto -de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad y su derecho consuetudinario- de acciones y medidas que permitan el alivio espiritual de la comunidad y que contribuyan a recuperar y conservar sus prácticas, costumbres y tradiciones; así como, (iv) los impactos en la salud, la seguridad alimentaria y los cultivos lícitos de la comunidad Carijona; y, (v) establecer en qué medida el pueblo Carijona tienen derecho a mantener sus plantaciones, y con qué alcance sus autoridades o las autoridades nacionales, según sea el caso, pueden reprimir el delito de plantaciones ilícitas, dentro de un ámbito territorial determinado.

En efecto, si no realiza este proceso, no resultará posible maximizar el grado de autonomía que requieren los pueblos indígenas de la región para conservar su integridad étnica y cultural; determinar para cuáles pueblos indígenas y tribales la coca es una planta sagrada y deberá seguir siéndolo dadas las implicaciones que en su cultura tiene esta conceptualización; en qué casos del cultivo de la coca depende la supervivencia del pueblo, dada la modalidad de sombrío que la plantación brinda a las otras plantaciones en algunas regiones y épocas; y, finalmente, la trascendencia de la utilización de la planta de coca en sus prácticas curativas y rituales, como se vio en el capítulo 3, fundamento 3.15.

7.30. De forma complementaria, y para obtener una protección integral de los derechos fundamentales de la comunidad Carijona, la modalidad de etno-reparación bajo consideración deberá seguir estos cuatro criterios: “1) A lo largo de todo el proceso de determinación de las medidas de etno-reparación, es necesario consultar con el grupo étnico que, a su vez, debe retener cierto nivel de control sobre su implementación; 2) las medidas de reparación tienen que respetar la identidad cultural particular del grupo étnico; 3) las etno-reparaciones siempre deben tomar en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones y las medidas de reparación; 4) para que las reparaciones sean eficaces, la determinación de las medidas de reparación debe partir de lo específico y debe ser enfocada hacia la satisfacción de las necesidades del grupo étnico”.

7.31. Con todo, el proceso de consulta que se adelante con la comunidad indígena Carijona deberá atender las siguientes directrices: (i) presentar fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad en las que se tenga en cuenta las manifestaciones sobre la conformidad o inconformidad con los programas de erradicación de cultivos ilícitos (que pueden incluir planes de sustitución de cultivos u otros programas alternativos en el marco de la implementación del punto 4 “Solución al problema de las Drogas Ilícitas” del Acuerdo Final de Paz) y las observaciones relacionadas con la afectación de su identidad étnica, cultural, espiritual y económica; (ii) el proceso deberá regirse por el respeto mutuo y la buena fe entre las comunidades y las autoridades públicas. Para el efecto, la comunidad deberá contar con información suficiente y oportuna, creando así un ambiente de confianza y claridad en el proceso; (iii) finalmente, se debe llegar a compromisos idóneos para mitigar, corregir o restaurar los impactos culturales que los programas de erradicación aérea de cultivos ilícitos generaron en detrimento de la comunidad o de sus miembros, teniendo en cuenta que este programa -PECIG- se implementó por más de 20 años y fue suspendido en 2015. Uno de los propósitos principales de este proceso debe ser la supervivencia de la comunidad Carijona, la protección de su lengua ancestral, la recuperación de sus tradiciones orales, prácticas religiosas, y los usos y costumbres asociadas.

La dirección del proceso de consulta ordenado se encargará a la Defensoría del Pueblo, entidad que, una vez finalizadas las reuniones y mesas de trabajo, deberá verificar el cumplimiento del acuerdo en los términos pactados, en conjunto con el juez de primera instancia en los términos del Decreto 2591 de 1991, y remitir informes periódicos a esta Corporación. De las actuaciones que adelante en cumplimiento de estas órdenes, la Defensoría del Pueblo deberá remitir informe a esta Corporación dos (2) meses después de concluido el proceso de consulta anteriormente ordenado.

Como ya se señaló, esta Sala también invitará al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) para que acompañe el proceso de consulta que debe surtirse con la comunidad Carijona, con la finalidad de que la institución analice y contribuya a determinar

el grado de afectación cultural del grupo como consecuencia del desarrollo de actividades de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea de glifosato, a fin de diseñar fórmulas adecuadas de compensación.

7.33. Adicionalmente, la Sala debe señalar que en el trámite del expediente de la referencia, los representantes de la comunidad accionante han indicado que otros 13 resguardos indígenas de la región (Miraflores, Guaviare) se encuentran en una situación muy similar, frente a lo que han aportado documentos firmados por los capitanes de cada resguardo y videos con testimonios adicionales en los que afirman haber sufrido afectaciones como consecuencia de la ejecución del programa de erradicación de cultivos ilícitos sin haber sido consultados. Sin embargo, los representantes de los otros resguardos indígenas no han interpuesto acción de tutela.

En este sentido, esta providencia tendrá -de manera excepcional- efectos inter comunis, con el objeto de amparar los derechos de los 13 resguardos indígenas de la región (Miraflores, Guaviare) que alegan estar en la misma condición que el pueblo Carijona como consecuencia de las aspersiones aéreas con glifosato, que aún cuando no hayan promovido esta acción constitucional se encuentren igualmente afectadas por los hechos denunciados y así lo prueben ante las autoridades competentes, con el fin de dar a todos los miembros de estas comunidades un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Algunas consideraciones sobre la política pública de erradicación de cultivos ilícitos.

7.34. Finalmente, la Sala considera pertinente señalar que en lo relacionado con el diseño e implementación de la política pública de erradicación de cultivos ilícitos en Colombia resulta necesario llamar la atención del Gobierno Nacional -y de las entidades directamente encargadas- respecto de la utilización de sustancias químicas potencialmente tóxicas como única forma de combatir los cultivos ilícitos y el narcotráfico, y sobre la efectividad de tales

medidas. Numerosos estudios incluido el precitado en esta providencia “Eradication efforts, the State, Displacement and Poverty: Explainig Coca Cultivation in Colombia during Plan Colombia” (2008) han demostrado que la política de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión con glifosato no solo puede llegar a afectar la salud de las comunidades y sus formas de producción agrícola tradicionales sino que las condena a la pobreza, a la violencia y a la marginalidad, al dejarlas sin opciones de etno-desarrollo y con afectación del medio ambiente.

Esta política según la cual un riesgo mayor (el narcotráfico) justifica un riesgo menor (la fumigación con glifosato), y que se ha desarrollado por más de 20 años, puede estar amenazando la salud humana y el medio ambiente de las comunidades cuando se realiza con glifosato o con sustancias basadas en las propiedades químicas del herbicida mediante aspersión aérea, sin delimitar claramente las zonas de aplicación, cuyos efectos no pueden ser controlados y tampoco han sido estudiados con rigor en el país.

7.35. Precisamente, en el marco de la política de lucha contra el narcotráfico y para garantizar la seguridad de la Nación, el Estado ha encontrado total legitimación para desarrollar estas acciones orientadas a la eliminación de los cultivos ilícitos que se encuentran en el territorio nacional. Sin embargo, a partir de las denuncias elevadas por las comunidades en el caso sub examine, es posible advertir algunos impactos que tienen las aspersiones aéreas con glifosato sobre sus cultivos lícitos y, en consecuencia, sobre sus derechos territoriales, alimentarios y de subsistencia; a más de los mencionados al medio ambiente y a la salud en conexidad con la vida.

Según las denuncias de las comunidades accionantes, documentadas en 25 videos que anexan al expediente de la referencia y hacen parte del acervo probatorio examinado, con las fumigaciones aéreas se están viendo afectados también los cultivos lícitos que producen para su propio sostenimiento y consumo.

Ya sea por imprecisiones derivadas del proceso de geo-referenciación (o focalización), por la dificultad de controlar dónde cae exactamente el herbicida asperjado por el avión, o por la cercanía y, en muchas ocasiones, mezcla de cultivos lícitos con cultivos ilícitos, las comunidades manifiestan que las fumigaciones afectan sus cultivos, generando, entre otros, un importante riesgo de “desplazamiento silencioso”, el cual se expresa desde dos ámbitos: (a) en primer lugar, está el impacto directo sobre los cultivos lícitos que constituyen el soporte de la subsistencia de los pueblos indígenas. Producto del daño sobre sus cultivos, algunas comunidades se han visto obligadas a desplazarse para buscar otros lugares en los cuales puedan cultivar o encontrar otras fuentes de empleo para garantizar su alimentación; (b) en segundo lugar, las comunidades también denuncian que hay una desconexión evidente entre las políticas de fumigación y los procesos de sustitución voluntaria de cultivos. Según plantean los demandantes, a pesar de la implementación del programa de sustitución de cultivos, las fumigaciones aéreas se continuaron haciendo sobre sus territorios, aún cuando estaban libres de plantaciones prohibidas lo que ha terminado afectando sus propias plantaciones dentro del programa de cultivos alternativos promovido por el Gobierno. Así, a pesar de la realización de acciones y esfuerzos conjuntos con la comunidad para la sustitución voluntaria de cultivos, las aspersiones aéreas no han guardado coherencia con esos programas, y se realizaron frecuentemente sobre sus territorios, hasta la suspensión del PECIG en 2015.

7.36. De esta manera, urge que el Gobierno nacional -no obstante la actual suspensión voluntaria de aspersiones aéreas con glifosato- evalúe la forma en que viene diseñando y ejecutando la política pública de fumigaciones para erradicar cultivos ilícitos conforme a los últimos hallazgos científicos en la materia. Con este objetivo, resulta necesario explorar y encontrar formas alternativas de erradicación y sustitución de cultivos, y que tal tarea se ejecute en zonas claramente delimitadas y con realización de consulta previa cuando dichas actividades se desarrollen en territorios de comunidades étnicas, ya sean indígenas, afrocolombianas o campesinas, en todo caso con respeto de los Tratados Internacionales, la Carta Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En sentido complementario, es necesario resaltar que los programas de erradicación de cultivos ilícitos deben tener en cuenta que si bien pueden conllevar como consecuencia afectaciones sobre cultivos o plantaciones de alimentos, el desarrollo de los programas antinarcóticos no pueden llegar al punto de amenazar o destruir las fuentes de subsistencia de las comunidades étnicas. Dicho de otra forma: no puede el Estado implementar una política pública indiscriminada de lucha contra los cultivos ilícitos sin comprender las particularidades de las regiones y de las poblaciones que van a ser sujeto de ella. Con este propósito, al diseñarse la política de erradicación debe distinguirse qué plantaciones lícitas están dedicadas a la producción de alimentos, cuales a la reproducción de la cultura y las tradiciones, y cuales son indispensables para asegurar el respeto del derecho a la seguridad alimentaria, que es además, uno de los objetivos de la “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” adoptada recientemente por las Naciones Unidas.

Adicionalmente, el programa de erradicación de cultivos ilícitos debe dejar de pensarse desde una perspectiva eminentemente policiva para pasar a tener una fundamentación eminentemente social, en donde se contemplen soluciones sociales que amparen los derechos de las comunidades étnicas, sus medios de subsistencia y sus tradiciones, y sean respetuosas y favorables con el medio ambiente. En este sentido es importante destacar incluso que una cosa es el cultivo de la planta de coca con fines comerciales (hecho que debe combatirse) y otro, profundamente arraigado a los usos y las costumbres de las comunidades indígenas colombianas, es su cultivo y uso como tradición cultural y ancestral, que debe protegerse.

7.37. En el caso concreto, para la protección de los derechos fundamentales amenazados de la comunidad Carijona, la Sala resalta la necesidad de reorientar la política de erradicación de cultivos a métodos de sustitución que, garantizando los derechos de las comunidades, resulten más efectivos para la eliminación de las plantaciones de uso ilícito en sus territorios. Asimismo, se destaca la importancia de articular distintos métodos de erradicación y concertar los planes de contingencia para controlar los riesgos y prevenir, mitigar, compensar y corregir sus impactos, por supuesto, sin que esto implique una renuncia al

deber del Estado de combatir el narcotráfico.

A este respecto, también podrían seguirse las pautas que al respecto ha señalado el Acuerdo de Paz en su capítulo sobre las soluciones que plantean al problema de las drogas ilícitas, en el que se establece la creación de un “nuevo Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de uso Ilícito -PNIS-” regido por los siguientes principios: (i) integración a la reforma rural integral; (ii) construcción conjunta, participativa y concertada de los mecanismos de sustitución; (iii) enfoque diferencial de acuerdo a las condiciones de cada territorio; (iv) respeto y aplicación de los principios y normas del Estado social de derecho y convivencia ciudadana; y (v) sustitución voluntaria de cultivos.

Con todo, la Sala ha podido observar que, a pesar de constituir una actividad legítima del Estado, la erradicación de cultivos ilícitos y las aspersiones aéreas con glifosato en los territorios colectivos de las comunidades étnicas del Guaviare están generando un fuerte impacto sobre estos pueblos y los está poniendo en una situación de mayor vulnerabilidad que amenaza no solo sus derechos fundamentales sino su supervivencia física, cultural y espiritual.

7.38. Ahora bien, respecto de la erradicación terrestre o manual de cultivos ilícitos mediante aspersión de glifosato -PECAT-, aprobada mediante la Resolución 09 de 2016 por el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Sala, en coherencia con lo que venido sosteniendo respecto de los potenciales efectos del glifosato, le es menester señalar que esta nueva política debe encontrar una forma alternativa de erradicación con otra sustancia química no catalogada como tóxica y en caso de que esto no sea posible en el corto plazo, cuando menos, debe estar precedida de estudios científicos (i) que precisen los efectos del glifosato sobre la salud humana y el medio ambiente, (ii) que determinen claramente si este herbicida no afecta la tierra para su cultivo posterior o contamina permanentemente las fuentes de agua, y, (iii)

que permitan delimitar con precisión el territorio donde se va a ejecutar el programa.

7.39. A lo anterior hay que agregar que cuando se trate de cultivos de coca que sean usados por las comunidades indígenas para la reproducción de su cultura, esta actividad no se podrá realizar. Con independencia de lo anterior, para la Sala es importante reiterar que de acuerdo con lo señalado en la sentencia SU-383 de 2003, antes de realizar cualquier proceso de erradicación manual de cultivos ilícitos debe llevarse a cabo consulta previa a las comunidades étnicas que este programa tenga la potencialidad de afectar.

7.40. En este sentido, la Sala considera que la suspensión de las aspersiones aéreas con glifosato en septiembre de 2015, en aplicación del principio de precaución y como consecuencia del informe de la OMS sobre los efectos nocivos del herbicida glifosato, no solo prohíbe que se retome el uso de tal sustancia en el programa de erradicación de cultivos ilícitos en forma de aspersión aérea, sino que impone la implementación de una nueva política pública respetuosa de los derechos humanos, del medio ambiente y su entorno, así como del principio de diversidad étnica y cultural, que le corresponde observar en primer lugar al Gobierno nacional a la hora de diseñar la política antidrogas, máxime cuando la suspensión de las aspersiones aéreas fue impulsada y avalada tanto por el Ministerio de Salud como por la ANLA, en beneficio de los derechos fundamentales de todos los colombianos.

Para avanzar en ese objetivo el Gobierno debería tener en cuenta los elementos que la OMS ha planteado sobre el uso del glifosato para modificar la forma en que se ejecutan los programas de erradicación de cultivos ilícitos en el país.

7.41. Por otra parte, resulta de la mayor importancia para la Sala señalar que la política pública de erradicación de cultivos ilícitos, pese a su importancia nacional y a que involucra múltiples derechos fundamentales de comunidades étnicas, se siga desarrollando a partir de resoluciones y no a través de una ley, restándole con ello la posibilidad de seguir un proceso

más amplio de discusión pública y participación tanto del Congreso como de la sociedad civil e incluso de las comunidades potencialmente afectadas.

En este sentido, para la Corte resultaría más adecuado que la política pública de erradicación de cultivos ilícitos se reglamente vía ley ordinaria. Esto implicaría mayores procesos de discusión, de control y de participación por parte de la sociedad civil en la construcción de una política con mayor enfoque social que tenga como objetivo la protección la salud de las poblaciones humanas y el medio ambiente. En consecuencia, una nueva legislación que atienda a los parámetros aquí señalados, necesariamente debería estar precedida de estudios científicos y de consulta previa antes de su aprobación en el Congreso. En este sentido, se exhortará al Gobierno nacional.

Esta propuesta también podría contemplar la posibilidad de permitir la participación de un representante de las comunidades étnicas del país en el Consejo Nacional de Estupefacentes de manera que este órgano pueda contar con la perspectiva de las comunidades que son quienes más han sufrido con la ejecución de las políticas de erradicación de cultivos ilícitos.

Debido a la naturaleza del programa de erradicación de cultivos ilícitos, a sus métodos y a las sustancias químicas que utiliza, este tiene la capacidad de poner en riesgo, así sea latente, la subsistencia, la identidad étnica y cultural, los usos, valores y costumbres tradicionales, las formas de producción y apropiación del territorio, la cosmovisión y la historia de las comunidades étnicas sobre las que se desarrolla dicha política, como se ha visto en el estudio del caso de la comunidad Carijona.

7.42. Adicionalmente, se ordenará al Ministerio de Interior, que como forma de reparación simbólica, traduzca el contenido completo de este fallo a la lengua tradicional de la comunidad Carijona. Para tal efecto, tendrá tres (3) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia.

7.43. Finalmente, respecto de la denuncia hecha por los demandantes sobre presuntas irregularidades en el desarrollo del proceso de consulta previa con las comunidades accionantes, se compulsarán copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el veinticinco (25) de febrero de 2015 por el Tribunal Superior del Distrito de Villavicencio -Sala Penal-, que negó el amparo en la acción de tutela instaurada por Martín Narváez autoridad indígena del resguardo de Puerto Nare y Jairo Augusto Murcia Archila/Yaroka en calidad de asesor-agente representante para la Salvaguardia de la Cultura y Lengua del Pueblo Carijona del Resguardo de Puerto Nare (Guaviare), contra la Presidencia de la República y otros. En su lugar, CONCEDER a los actores el amparo de sus derechos fundamentales a la consulta previa y posterior, a la integridad étnica y cultural, a la libre determinación, a la salud en conexión con la vida y al medio ambiente sano por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR que a los demandantes, en tanto miembros de la comunidad indígena

Carijona y sujetos de especial protección constitucional, se les desconoció el derecho fundamental a la realización de una consulta previa, libre e informada, frente a la implementación del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos en sus territorios ancestrales en el departamento de Guaviare, de acuerdo a lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia constitucional vigente y la sentencia SU-383 de 2003, que estableció la obligación de realizar procesos de consulta previa específicamente en estos casos.

TERCERO.- ORDENAR al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia, al Ministerio de Ambiente y al Ministerio de Salud con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) que en el término de cinco (5) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, realicen un proceso de consulta a las autoridades de la comunidad Carijona (resguardo Puerto Nare) siguiendo los parámetros establecidos en la parte motiva (fundamentos 7.26, 7.29 a 7.31 y 7.33), con la finalidad de adoptar medidas de etno-reparación y compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios por el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato, que garanticen su supervivencia física, cultural, espiritual y económica.

CUARTO.- ENCARGAR la dirección del proceso de consulta antes referido a la Defensoría del Pueblo, entidad que, una vez finalizadas las reuniones y mesas de trabajo, deberá verificar el cumplimiento del acuerdo en los términos pactados, en conjunto con el juez de primera instancia. De las actuaciones que adelante en cumplimiento de estas órdenes, la Defensoría del Pueblo deberá remitir informe a esta Corporación dos (2) meses después de concluido el proceso de consulta anteriormente ordenado.

SEXTO.- EXHORTAR al Gobierno nacional para que examine, de acuerdo a sus funciones

legales y constitucionales, la posibilidad de reglamentar el programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante ley en la medida en que esta política tiene profundas implicaciones en los derechos fundamentales de las comunidades étnicas del país. Esto implicaría mayores procesos de discusión, de control y de participación por parte de la sociedad civil en la construcción de una política con mayor enfoque social que tenga como objetivo la protección de la salud de las poblaciones humanas y el medio ambiente.

Adicionalmente, debería incluir la participación de un representante de las comunidades étnicas del país en el Consejo Nacional de Estupefacientes de manera que este órgano pueda contar con la perspectiva de las comunidades que son quienes más han sufrido con la ejecución de las políticas de erradicación de cultivos ilícitos.

SÉPTIMO.- ORDENAR al Ministerio de Interior, que como forma de reparación simbólica, traduzca el contenido completo de este fallo a la lengua tradicional de la comunidad Carijona. Para tal efecto, tendrá tres (3) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia.

OCTAVO.- COMPULSAR copias del presente expediente a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia, respecto de la denuncia hecha por los demandantes sobre presuntas irregularidades en el desarrollo del proceso de consulta previa con la Comunidad Carijona de Puerto Nare (Guaviare).

NOVENO.- COMUNICAR esta decisión a la Procuraduría General de la Nación para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales, ejerza la vigilancia administrativa que le compete en relación con el cumplimiento de las órdenes adoptadas.

DÉCIMO.- OTORGAR efectos inter comunis a la presente decisión para aquellas comunidades indígenas de Miraflores (Guaviare) que pese a no haber interpuesto acción de tutela, puedan probar ante las autoridades competentes que se encuentren en igual situación fáctica y jurídica que los accionantes.

DÉCIMO PRIMERO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ (e.)

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretario General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-080/17

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Se debió declarar carencia actual de objeto por hecho superado, por suspensión de las fumigaciones de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato (Salvamento de voto)

Se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado puesto que los actos que generaron las presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales invocados en la tutela de la referencia, relacionados con la erradicación de cultivos ilícitos mediante la aspersión con glifosato, cesaron con ocasión de la expedición de la Resolución número 1214 del 30 de septiembre de 2015, proferida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, es decir, la violación o amenaza de los postulados Superiores invocados desaparecieron y en consencuencia no tienen vocación de actualidad

La posibilidad de que el juez de tutela ordene la indemnización en abstracto es excepcional y está condicionada al cumplimiento de estrictos requisitos, los cuales no se limitan a la mera constatación de que una persona sufrió un daño con ocasión de las conductas reprochadas, sino que la labor del juez se enfoca en demostrar probatoriamente el daño y la responsabilidad del demandado en su causación.

CONDENA EN ABSTRACTO EN TUTELA-Improcedencia porque no se demostró el daño, el hecho o acción atribuible a las autoridades accionadas y el nexo de causalidad entre dichos elementos (Salvamento de voto)

En la acción de tutela de la referencia era improcedente la aplicación excepcional del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, específicamente en lo relacionado con la indemnización en abstracto, en atención a que no se cumplieron los presupuestos para su aplicación por parte del juez constitucional, principalmente, porque no se demostró el daño, el hecho o acción

atribuible a las autoridades accionadas y el nexo de causalidad entre dichos elementos que permitiera establecer con certeza la responsabilidad de las entidades y la obligación de reparar a las comunidades presuntamente afectadas.

Referencia: Expediente T-5.120.337

Demandante: Martín Narváez Gómez en calidad de Capitán del resguardo indígena Carijona de Puerto Nare (Guaviare) y otro.

Demandado: Presidencia de la República y otros.

Magistrado Ponente:

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones que me conducen a salvar mi voto a la decisión adoptada por la Sala Quinta de Revisión en sesión del 7 de febrero de 2017, que por votación mayoritaria profirió la sentencia T-080 de 2017, de la misma fecha.

La sentencia en la que salvo mi voto resolvió lo siguiente: i) CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales invocados por los accionantes; y ii) ORDENAR al Ministerio del

Interior, al Ministerio de Justicia, al Ministerio de Ambiente y al Ministerio de Salud con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) que en el término de 5 meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, realicen un proceso de consulta a las autoridades de la comunidad Carijona (resguardo Puerto Nare) con base en los parámetros establecidos en la parte motiva (fundamentos 7.26, 7.29 a 7.31 y 7.33), con la finalidad de adoptar medidas de etno-reparación y compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a los actores dentro de sus territorios por el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato, que garanticen su supervivencia física, cultural, espiritual y económica, entre otras órdenes, a las cuales le otorgó efectos inter comunis para aquellos grupos indígenas de Miraflores que puedan probar que se encuentren en igual situación fáctica y jurídica que los demandantes.

Los peticionarios consideraron que las entidades públicas accionadas desconocieron sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la vida, a la existencia física y cultural de la comunidad a la que pertenecen, a la educación, al medio ambiente sano, al debido proceso, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, generada por la fumigación de cultivos ilícitos mediante la aspersión de glifosato sobre el territorio que habitan.

En ese sentido, adujeron que el programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato se ejecutó sobre sus territorios sin haberse cumplido con el requisito de la consulta previa a las comunidades afectadas, de conformidad con lo ordenado en la sentencia SU-383 de 2003.

De igual manera manifestaron que se han visto afectados en su integridad personal, social y cultural, producto de los componentes químicos del glifosato utilizado en las fumigaciones de los cultivos ilícitos, genera en sus miembros daños en su salud, pone en riesgo la seguridad alimentaria, su entorno y en consecuencia, es la causa del desplazamiento forzado de los integrantes del resguardo.

El problema jurídico planteado en la sentencia fue el siguiente: “(...) determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad étnica y cultural, a la libre determinación, a la salud en conexión con la vida y al medio ambiente sano de la comunidad étnica accionante, al realizar actividades de aspersión aérea con glifosato para erradicar cultivos ilícitos-aun cuando estas actividades se encuentren suspendidas por parte del Estado colombiano- sin adelantar proceso de consulta previa con los miembros del resguardo Carijona en Puerto Nare (Guaviare).”

La posición mayoritaria de la Sala consideró que en el presente asunto la acción de tutela era procedente porque acreditó los requisitos generales para generar un estudio de fondo. Específicamente, expuso que no acaeció el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, ya que, si bien estaba demostrado que existía una orden de suspensión de las operaciones aspersión aérea con glifosato en todo el territorio por parte de la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, a partir de la fecha de publicación de la Resolución número 1214 del treinta (30) de septiembre de 2015, proferida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA, la petición de amparo buscaba obtener la protección de los derechos a la integridad étnica y cultural, a la libre determinación, a la consulta previa, a la salud en “conexión” con a la vida y al medio ambiente sano de la comunidad Carijona y no simplemente a que se suspendiera el programa de fumigaciones aéreas con glifosato.

Adicionalmente, indicó que el derecho fundamental a la consulta, no solo establece su realización de forma previa o anterior al desarrollo de un programa o proyecto estatal, sino que genera la obligación de realizarla después de que el mismo fue ejecutado sin el “consentimiento” de la comunidad afectada, bien sea para participar en su implementación o para obtener la reparación o compensación por los daños causados y así proteger su integridad física, cultural y espiritual.

De esta manera, la posición mayoritaria al analizar el caso concreto adujo que el derecho a la consulta también tiene la finalidad de reparación o de compensación en el evento en que las actividades o proyectos implementados por el Estado se consumaron y afectaron a una determinada comunidad. En tal sentido, advirtió que el desarrollo de aspersiones aéreas sobre el resguardo indígena de Puerto Nare “(...) ha causado una serie de impactos de diversos órdenes (Sanitarios, socioculturales y ambientales) en la comunidad Carijona (...)” sin embargo “(...) el hecho de que en el presente caso no sea posible establecer con plena certeza la configuración de un daño, no impide que el Estado pueda realizar acciones, planes o programas e incluso otras medidas a cargo del Estado que contribuyan a la preservación y recuperación de los valores y de la integridad étnica y cultural de la comunidad.” (Negrillas fuera de texto)

En este salvamento de voto, me aparto tanto de la parte considerativa como resolutive, específicamente las relacionadas con: i) la carencia actual de objeto por hecho superado; y, ii) la acción de tutela como mecanismo judicial excepcional de reparación del daño.

Carencia actual de objeto. Hecho superado por suspensión de las fumigaciones de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato.

1. 1. La ponencia que presenté como magistrada sustanciadora inicial y que fue derrotada por la mayoría de la Sala, contenía una aproximación argumentativa y decisoria diferente a la consignada en la sentencia T-080 de 2018, básicamente porque considero que en el presente asunto operó el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, en atención a que la materia sometida a consideración del juez constitucional recaía en la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades accionantes con ocasión del programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea, el cual fue suspendido por las autoridades competentes.

En efecto, los señores Martín Narváez autoridad indígena del resguardo de Puerto Nare y

Jairo Augusto Murcia Archila/Yaroka en calidad de asesor-agente representante para la Salvaguardia de la Cultura y Lengua del Pueblo Carijona del Resguardo de Puerto Nare, formularon acción de tutela contra la Presidencia de la República, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Ambiente, el Ministerio de Defensa, el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Antinarcóticos, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la vida, a la existencia física y cultural, a la educación, al medio ambiente sano, al debido proceso, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, generada por la fumigación aérea de los cultivos ilícitos sobre los territorios consagrados a la autoridad y soberanía de los pueblos originarios indígenas colombianos, sin que se surtiera el requisito de la consulta previa con las comunidades que habitan las zonas afectadas.

Bajo ese entendido, la solicitud de amparo gravitó exclusivamente sobre las presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales invocadas, supuestamente ocasionadas por aspersión aérea con glifosato, sin que en la misma se hayan presentado cuestionamientos sobre otras modalidades de erradicación de cultivos ilícitos, como sería la fumigación terrestre o manual. Por tal razón, la decisión adoptada en el presente asunto, estaba limitada a ese particular programa, sin que fuera posible la extensión de sus efectos, tanto de la parte considerativa (ratio decidendi) como resolutive, a la totalidad de la política pública de lucha contra el narcotráfico implementada por el Estado.

2. De acuerdo a lo anterior, la pretensión de la acción de tutela consistía en ordenar a las entidades accionadas involucradas en la política de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea de glifosato, la suspensión inmediata de dicho programa hasta que se cumpla con el requisito de la consulta previa. En sede de revisión, la Corte pudo constatar que durante el trámite de la solicitud de amparo, se profirieron las Resoluciones 0006 del 25 de mayo de 2015 y 1214 del 30 de septiembre de 2015, expedidas por el Consejo Nacional de Estupefacientes y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, respectivamente, mediante las cuales se ordenó la suspensión inmediata de las fumigaciones aéreas con dicho agente químico en todo el territorio nacional.

Las razones que sustentaron la adopción de la mencionada medida preventiva se fundamentaron en la aplicación del principio de precaución, los artículos 4º, 12, 13, 36 y 39 de la Ley 1333 de 2009 y el concepto técnico número 5266 del 30 de septiembre de 2015, rendido por el Grupo de Agroquímicos y Proyectos Especiales de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA, que recomendó “(...) la suspensión del uso del glifosato en el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con Glifosato PECIG en todo el territorio nacional (...)”

En efecto, el artículo primero de la mencionada resolución ordenó:

“(...) la suspensión, en virtud del principio de precaución, de las actividades del Programa de Erradicación de Cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea con Glifosato - PECIG en el territorio nacional, amparadas por el Plan de Manejo Ambiental establecido mediante la Resolución 1065 de 26 de noviembre de 2001, modificada por las Resoluciones 1054 de septiembre 30 de 2003, 0099 de enero 31 de 2003 y 672 de julio 4 de 2013, cuyo titular es el Ministerio de Justicia y del Derecho, por las razones ampliamente expuestas en la parte motiva del presente acto.”

La Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, certificó en sede de revisión que desde la fecha de publicación de la Resolución 1214 del 30 de septiembre de 2015, proferida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, no efectúa operaciones de aspersión aérea con glifosato en el territorio nacional.

De igual manera, manifestó que en cumplimiento de la sentencia SU-383 de 2003, las labores de erradicación, cualquiera sea su modalidad, al interior de los resguardos indígenas, serán reanudadas una vez se agote el requisito de la consulta previa de las comunidades

afectadas.

3. En relación con la carencia actual de objeto, esta Corporación, en reiterados pronunciamientos, ha sostenido que el objeto de la acción de tutela es la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, durante el proceso de amparo pueden presentarse circunstancias que permitan inferir que las vulneraciones o amenazas invocadas cesaron porque: i) se conjuró el daño alegado; ii) se satisfizo el derecho fundamental afectado; o iii) se presentó la inocuidad de las pretensiones de la solicitud de amparo. Estas situaciones generan la extinción del objeto jurídico del amparo, por lo que cualquier orden de protección proferida por el juez caería en el vacío. Este fenómeno ha sido denominado “carencia actual de objeto”, el cual se presenta por la ocurrencia de hecho superado o daño consumado.

Se está frente a un hecho superado cuando durante el trámite de amparo las acciones u omisiones que amenazan al derecho fundamental desaparecen por la satisfacción de la pretensión que sustenta la acción de tutela, por lo que la orden a impartir por parte del juez constitucional pierde su razón de ser, pues que el derecho ya no se encuentra en riesgo. De otra parte, el daño consumado surge cuando se ocasionó el daño que se pretendía evitar con la orden de protección del juez de tutela, debido a que no se reparó oportunamente la vulneración del derecho.

4. Conforme a lo anterior, el hecho superado exige evaluar si los actos que amenazan con afectar derechos fundamentales han desaparecido y si se generó la satisfacción de la pretensión que sustentase la acción de tutela, es decir, el derecho ya no se encuentra en riesgo, por lo que: “(...) las decisiones del juez de tutela pierden su finalidad constitucional, razón por la cual el juez de tutela, en lugar de pronunciarse de fondo, debe declarar la carencia actual de objeto de la acción.”

De otra parte, el daño consumado se presenta cuando la violación o amenaza de los

derechos fundamentales que se pretendía evitar, ya se produjo o se concretó, de tal forma que no es posible retrotraer la situación anterior ni es factible evitar lo que ya ocurrió. Por lo tanto, en estos casos, las órdenes que pueda proferir el juez de tutela resultarían inocuas o de cumplimiento imposible.

5. En el caso bajo estudio de la Sala, la pretensión de la acción de tutela tenía como finalidad la suspensión inmediata de las fumigaciones de cultivos ilícitos mediante la aspersión de glifosato al interior del resguardo indígena de Puerto Nare, comunidad Carijona, se acreditó que dicha modalidad de erradicación está suspendida en todo el territorio nacional, mediante Resolución 1214 del 30 de septiembre de 2015, proferida por la ANLA y además, la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional certificó que desde esa fecha no se efectúan operaciones de aspersión aérea con ese agente químico en ninguna zona del territorio nacional.

6. En ese orden de ideas, en el presente caso se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado puesto que los actos que generaron las presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales invocados en la tutela de la referencia, relacionados con la erradicación de cultivos ilícitos mediante la aspersión con glifosato, cesaron con ocasión de la expedición de la Resolución número 1214 del 30 de septiembre de 2015, proferida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, es decir, la violación o amenaza de los postulados Superiores invocados desaparecieron y en consiguiente no tienen vocación de actualidad. De esta suerte, cualquier orden que pudiera proferir la Corte dentro del expediente de la referencia sería inocua, porque la pretensión contenida en el escrito de tutela fue plenamente satisfecha por las entidades accionadas, quienes además expresaron que la reanudación del programa estaba condicionada al agotamiento de la consulta previa con las comunidades.

7. Adicionalmente, el objeto de la tutela y la operancia de la carencia actual de objeto, limitaba el alcance del conocimiento de la Sala en el presente caso, especialmente en relación con la tensión entre las políticas públicas de erradicación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea de fungicidas adelantadas por las autoridades competentes y

los derechos fundamentales de las comunidades afectadas con la misma. La resolución de dicha colisión de principios, mediante la formulación de subreglas jurisprudenciales aplicables a cualquier modalidad de fumigación (aérea o manual) para la protección de los derechos de las comunidades adoptadas y la adopción de órdenes de etno reparación, tal y como lo resolvió la sentencia T-080 de 2017 no era procedente, porque había operado el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, en tanto que las pretensiones de la tutela perdieron trascendencia ius fundamental y mutaron hacia reclamos económicos de naturaleza resarcitoria, que debían ser debatidos en los cauces procesales ordinarios dispuestos por el ordenamiento jurídico.

8. Con fundamento en lo expuesto, la solicitud de amparo de la referencia debió declararse improcedente, con base en la acreditada configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado.

La procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo judicial para la reparación del daño.

9. Conforme al artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es una garantía Constitucional que se caracteriza por ser residual y subsidiaria, que permite acudir ante los jueces para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando aquellos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad y el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

10. Por regla general, la solicitud de amparo es improcedente para pretender el pago de sumas económicas, especialmente derivadas de los daños causados por las vulneraciones de los derechos fundamentales invocados, ya que su naturaleza no es indemnizatoria sino que tiene como finalidad la garantía de postulados superiores.

11. No obstante, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, el juez de tutela podrá ordenar la indemnización en abstracto del daño emergente causado, si aquel fuera necesario para asegurar el goce efectivo del derecho.

Esta Corporación en jurisprudencia uniforme y pacífica ha expresado que la aplicación de la mencionada disposición es excepcional y extraordinaria. Por tal razón, su procedencia está sometida al cumplimiento estricto y concurrente de los siguientes presupuestos: i) la acreditada inexistencia de otra vía judicial para el resarcimiento del perjuicio; ii) la necesidad de demostrar que la violación o amenaza del derecho es evidente y consecuencia de la acción clara e indiscutiblemente arbitraria del demandado; iii) la garantía del debido proceso del accionado; y finalmente, con dicho instrumento iv) solo se persigue el pago por el daño emergente causado y no la ganancia o provecho que resulte afectada.

Ahora bien, la decisión judicial en sede de amparo que ordene la indemnización en abstracto en un determinado caso, debe haber acreditado los elementos que se exponen a continuación:

i. i) La prueba del daño causado;

) La justificación constitucional de que su resarcimiento se torna indispensable para el goce efectivo del derecho fundamental invocado como vulnerado;

) La determinación del hecho o acto que generó el daño;

) La relación de causalidad entre la acción del agente y el daño causado; y,

) Los parámetros para que el juez competente efectúe la correspondiente liquidación en concreto.

12. En conclusión, la posibilidad de que el juez de tutela ordene la indemnización en abstracto es excepcional y está condicionada al cumplimiento de estrictos requisitos, los cuales no se limitan a la mera constatación de que una persona sufrió un daño con ocasión de las conductas reprochadas, sino que la labor del juez se enfoca en demostrar probatoriamente el daño y la responsabilidad del demandado en su causación.

13. En el presente asunto, la posibilidad de ordenar mecanismos de etno reparación (indemnización) a las comunidades accionantes y extender sus efectos a los grupos afectados (inter comunis), era improcedente por carecer de sustento argumentativo y probatorio como pasa a verse a continuación:

i. i) No se demostró la inexistencia de una vía judicial para el resarcimiento de los presuntos perjuicios ocasionados a las comunidades accionantes y además, tampoco se expusieron las razones por las cuales otras acciones procesales, que están a disposición de los peticionarios, como la reparación directa ante la jurisdicción contenciosa administrativa, no son idóneas ni eficaces para obtener la reparación del presunto daño.

) Está ausente la justificación de la necesidad del resarcimiento como requisito indispensable para el goce efectivo de los derechos fundamentales presuntamente afectados, puesto que únicamente se refirió a la obligación del Estado de “(...) realizar acciones, planes o programas e incluso otras medidas (...) que contribuyan a la preservación y recuperación de

los valores y de la integridad étnica y cultural de la comunidad.”

) En el expediente no se acreditó el daño causado a las comunidades. Ese hecho fue clara y expresamente reconocido en la propia providencia: “(...) la Sala advierte que dado que el desarrollo de aspersiones aéreas con glifosato sobre el resguardo indígena de Puerto Nare ha causado una serie de impactos de diversos órdenes (Sanitarios, socioculturales y ambientales) en la comunidad Carijona, como ya se refirió en el fundamento 7.7, el hecho de que en el presente caso no sea posible establecer con plena certeza la configuración de un daño (...)”

La falta de prueba del daño genera la ausencia de certeza en la demostración de la responsabilidad de las entidades demandadas, por lo que iv) estuvo ausente la demostración probatoria del hecho o acto que causó el perjuicio y la autoridad a la que se le atribuye; y, v) no se estableció la relación de causalidad entre la acción o la omisión de las entidades accionadas y el presunto daño causado.

En conclusión, la ausencia de prueba del daño alegado por los accionantes impedía establecer la responsabilidad de las autoridades accionadas y la obligación de resarcimiento de los perjuicios que fue ordenada en la sentencia T-080 de 2018. En ese sentido, las medidas de etno reparación ordenadas en la mencionada providencia, carecen de sustento argumentativo y probatorio.

14. En definitiva, en la acción de tutela de la referencia era improcedente la aplicación excepcional del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, específicamente en lo relacionado con la indemnización en abstracto, en atención a que no se cumplieron los presupuestos para su aplicación por parte del juez constitucional, principalmente, porque no se demostró el daño, el hecho o acción atribuible a las autoridades accionadas y el nexo de causalidad entre dichos elementos que permitiera establecer con certeza la responsabilidad de las entidades y

la obligación de reparar a las comunidades presuntamente afectadas.

Conclusiones.

15. En suma, los argumentos contenidos en la sentencia de la referencia y que sustentaron la postura mayoritaria de la Corte, presentaron los siguientes problemas:

a. a) En el presente caso operó el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, en atención a que el asunto sometido a conocimiento del juez de tutela se limitó a solicitar la supuesta valoración de la supuesta afectación de derechos fundamentales de las comunidades indígenas con ocasión de las aspersiones aéreas con glifosato, las cuales fueron suspendidas en el año 2015, por disposición de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

b) Las subreglas desarrolladas en la sentencia y que se relacionan con la protección de los derechos fundamentales de las comunidades, entre ellos la consulta previa, no son aplicables a todas las modalidades de erradicación de cultivos ilícitos, principalmente a la aspersión terrestre y manual de glifosato. Debido a que el objeto de la tutela fue delimitado exclusivamente a las supuestas afectaciones causadas por las fumigaciones aéreas con el mencionado agente químico, este no era el escenario judicial para resolver las tensiones entre los derechos fundamentales de las comunidades y las políticas públicas de erradicación de cultivos ilícitos, principalmente aquellas que se desarrollan a partir del uso del glifosato.

c) No procedía la indemnización en abstracto en la modalidad de etno reparación a los accionantes y demás grupos afectados (efecto inter comunis), tal y como lo consideró la postura mayoritaria de la Sala, debido a que no expusieron razones suficientes para acreditar la ausencia de medios judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios de la

comunidad, no se justificó la relación inescindible entre el reconocimiento del daño y la efectividad de los derechos fundamentales presuntamente afectado y no se demostró el daño, los hechos o acciones atribuibles a las autoridades y el nexo de causalidad que demostraran su responsabilidad en la causación del mismo y constituyeran la obligación de reparar a los eventuales perjudicados.

Con base en lo expuesto, la acción de tutela de la referencia debió declararse improcedente por haber acaecido el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, y porque no se acreditaron los presupuestos para ordenar una indemnización en concreto en los términos del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

