

T-300-13

Sentencia T-300/13

(Bogotá, D.C., mayo 22)

DERECHOS A LA PARTICIPACION, LIBRE DETERMINACION Y CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE-Caso en que se solicita suspender erradicación de palmas africanas afectadas por la pudrición del cogollo con el método de confinado por inyección

DERECHO DE TODOS A PARTICIPAR EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN-Protección constitucional

COMUNIDAD INDIGENA-Derecho a participar en las decisiones que las afecten/DERECHO DE PARTICIPACION DE COMUNIDAD INDIGENA Y TRIBAL-Reconocimiento en convenio internacional

La participación de los pueblos tribales en las decisiones que los afectan, además de enmarcarse dentro de los parámetros propios de la participación de todos en las decisiones que los afectan, tiene una serie de particularidades especiales. La primera de ellas, y la más relevante, es la de que sus parámetros normativos, además de estar dados por los artículos 2, 7, 40, 103 y 330 de la Constitución Política, surgen del Convenio 169 de la OIT - aprobado por la Ley 21 de 1991- que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta, hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

DERECHO A LA AUTODETERMINACION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Ambitos de protección

Dado que los pueblos indígenas o tribales tienen una identidad étnica y cultural diversa, valga decir, unos valores y una cosmovisión diferentes y especiales, y tienen el derecho a mantener esta identidad, el derecho a la libre autodeterminación tiene un significativo rol dentro de su vida social, pues en virtud de él estos pueblos pueden determinar sus instituciones y sus autoridades, darse normas, tomar decisiones y optar por formas de desarrollo o proyectos de vida.

## CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Contenido y alcance

DERECHOS A LA PARTICIPACION, LIBRE DETERMINACION Y CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE-No vulneración por cuanto la decisión de erradicar palma africana por pudrición del cogollo con aplicación del químico MSMA se ordenó en el marco de una emergencia fitosanitaria y no produjo afectación directa a la comunidad

No se concede el amparo por no haberse constatado la vulneración de los derechos a la participación, a la libre autodeterminación y a la consulta previa, ni menoscabo alguno a su singularidad cultural. La erradicación de la palma africana enferma con la pudrición del cogollo se ordenó en el marco de una emergencia fitosanitaria, declarada con fundamento en circunstancias científicas objetivas y, en todo caso, no les produjo una afectación directa y especial a dichas comunidades, diferente a la sufrida por los demás agricultores de esta especie vegetal, capaz de alterar su estatus o afectar su cultura diversa. Además, en cuanto a la aplicación del químico MSMA master, que es el objeto mismo de la tutela, no se encontró evidencia de su efecto nocivo y peligroso. Por el contrario, se pudo verificar que existen numerosos medios de prueba técnicos que permiten sostener que su aplicación es viable, siempre y cuando se sigan los protocolos técnicos del caso.

Referencia: expediente T-3.772.839

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del 1 de octubre de 2012 proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tumaco, y Sentencia del 20 de noviembre de 2012, proferida por la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Accionante: Consejo Comunitario Alto Mira y Frontera y Consejo Comunitario Bajo Mira y Frontera.

Accionados: Instituto Colombiano Agropecuario ICA, Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite Fedepalma, Asociación Palmasur S.A.T.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo

Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado sustanciador: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demanda de tutela[1].

#### 1.1. Elementos.

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: derecho a la participación y a la libre determinación y a la consulta previa.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración: erradicar cultivos de palma africana, afectados por el fenómeno de la pudrición del cogollo, mediante el uso del químico MSMA master de Proficol, en la costa pacífica del Departamento de Nariño, en predios que van desde el sector de la Guayacana hasta la ciudad de Tumaco.

1.1.3. Pretensión: se tutele el derecho fundamental de los Consejos Comunitarios del Alto Mira y Frontera[2] y del Bajo Mira y Frontera[3], que representan a comunidades negras, a la consulta previa; se suspenda la aplicación del químico MSMA master en los territorios colectivos, hasta que se concluya el Estudio de Manejo Ambiental (EIA) y el Plan de Manejo Ambiental; se convoque a consulta previa a las comunidades afectadas; y se adopten medidas para proteger el referido derecho y garantizar que cese su vulneración.

#### 1.2 . Fundamento de la pretensión.

1.2.1.1. El ICA, por medio de la Resolución 1022 del 23 de febrero de 2011, publicada en el Diario Oficial 47.992 de esta fecha, declara el “Estado de Emergencia Fitosanitaria en el municipio de Tumaco (Nariño), para el manejo de la enfermedad conocida como “Pudrición del Cogollo” y se dictan otras disposiciones”, por el término de un año.

El fundamento jurídico de la declaración es la competencia que tiene el ICA para disponer las acciones necesarias con el propósito de prevenir, controlar y manejar las plagas y enfermedades de los vegetales y sus productos, de manera coordinada con los productores, las autoridades y el público en general.

El fundamento fáctico de la declaración está dado por tres circunstancias, a saber: (i) la enfermedad de la pudrición del cogollo, causada por la “*Phytophthora palmívora*”, afectó 29.000 hectáreas de las 35.000 hectáreas sembradas en Tumaco, de las cuales no se ha podido erradicar en 16.200 hectáreas, lo que constituye un riesgo fitosanitario inminente para la sanidad de siembras nuevas del “hibrido oleífera por guineensis (OxG); (ii) la “*Phytophthora palmívora*” tiene características letales bajo condiciones climáticas de alta lluvia, alta humedad relativa (mayor al 80%) e inundaciones, como las que tiene Tumaco; y (iii) tanto la investigación científica como la experiencia demuestran que la “erradicación química o mecánica de palmas enfermas, con incidencias mayores al 25%, es eficiente para bajar el volumen de inóculo dentro del proceso de control fitosanitario”.

La declaración del estado de emergencia fitosanitaria conlleva la erradicación obligatoria de las palmas de aceite afectadas por la pudrición del cogollo. Además de la erradicación, se debe instalar, de manera obligatoria, trampas para capturar “el insecto *Rhynchophorus palmarum*”. Estas medidas serán ejecutadas y seguidas por un comité técnico presidido por el Subgerente de Protección Vegetal del ICA o su delegado, e inspeccionadas, vigiladas y controladas por los funcionarios del ICA.

1.2.1.2. La anterior resolución fue modificada, en sus artículos 1 y 3 por la Resolución 4750 del 5 de diciembre de 2011, publicada en el Diario Oficial 48.275 de esta fecha. La modificación se soporta en dos circunstancias sobrevinientes, a saber: (i) las dificultades de los titulares de las plantaciones para erradicar las palmas afectadas; (ii) la agresividad de la enfermedad, que se ha diseminado hacia plantaciones sanas de “especies gineensis” e incluso de especies híbridas, como las que resultan del cruce de las antedichas con la “especie olífera”.

Ante las anteriores circunstancias, el ICA considera que es necesario prorrogar la emergencia fitosanitaria y precisar los métodos de erradicación, para lo cual modifica los artículos 1 y 3 de la resolución inicial, en los siguientes términos:

**Artículo 1. OBJETO.** Declárese el Estado de Emergencia Fitosanitaria en el municipio de Tumaco (Nariño) por la presencia de la enfermedad conocida como “Pudrición del Cogollo” en los cultivos de palma de aceite hasta el 21 de agosto de 2012, con el propósito de mejorar la condición fitosanitaria de los cultivos de palma de aceite en este municipio.

Artículo 3. MEDIDAS DE EMERGENCIA. Ordéñese a los titulares de las plantaciones de palma la erradicación obligatoria de las palmas de aceite afectadas por la Pudrición del Cogollo, las cuales constituyen fuente de diseminación del inóculo de la enfermedad y de multiplicación y dispersión de insectos dañinos.

Esta medida será complementada con la instalación obligatoria de trampas para captura del insecto *Rhynchophorus palmarum*, y por la aplicación obligatoria de las medidas, establecidas en el parágrafo 1º del presente artículo.

3.1. Para los efectos de la mencionada erradicación se acepta únicamente la adopción de cualquiera de los siguientes métodos:

3.1.1. Erradicación con palín. Consiste en cortar el sistema radical en contorno lo más cerca del bulbo de la palma hasta provocar su caída, se cortan todas las hojas y se amontonan junto al estípite. Este método ofrece inicialmente una menor exposición de tejido a la acción de los insectos y debe complementarse con la aspersión periódica de un insecticida sugerido por un Ingeniero Agrónomo y un fungicida a base de mancozeb.

Debe existir la certeza de que se está separando el área meristemática del resto del estípite. Se busca que la corona de la palma se seque rápidamente y se suspenda el proceso de pudrición.

3.1.2. Erradicación con motosierra. Consiste en hacer un corte con motosierra lo más próximo a la base del estípite, con el fin de acelerar la descomposición del pequeño tronco remanente y reducir el riesgo de que se reproduzcan allí los insectos diseminadores, al igual que en el caso anterior las hojas y desechos se amontonan junto al estípite y se asperjan periódicamente con el insecticida y el fungicida.

Así como en la erradicación con palín se recomienda hacer un corte por debajo de la zona meristemática para separarla del estípite.

3.1.3. Erradicación con excavadora. Dentro de las prácticas usadas actualmente para la erradicación y renovación de palma se encuentra el uso de la excavadora, la cual en la parte final "pala" se realiza una modificación rellenando los dientes, que son limados formando una especie de cuchilla afilada. Posteriormente la máquina se ubica en frente a la

palma que se desea erradicar cortando las raíces y con la ayuda del brazo se tumba; luego se aprisiona la palma y se dispone a realizar cortes delgados dejando varios fragmentos al picar el estípite. Esto evita la reproducción de insectos y la rápida deshidratación de los tejidos siendo la práctica más eficiente para este fin pero debe complementarse con la aplicación de insecticida y fungicida.

3.1.4. Método confinado por inyección. Aplicación del herbicida a base de MSMA (Metanoarsenato ácido monosódico) como alternativa química para la erradicación de palmas de aceite; este herbicida tiene efecto preventivo en la multiplicación de insectos en las plantas inyectadas.

Parágrafo 1°. Para cualquiera de los métodos a aplicar, con excepción del método confinado por inyección, se debe tener en cuenta que las hojas y el estípite se deben cortar en fragmentos delgados de no más de 50 cm. de largo y asperjarlos inmediatamente con una dilución de 135 gr. del producto Metomil de concentración 400 gramos/Kilogramos en 200 litros de agua para aspersión con bomba de espalda sobre el material vegetal cortado, cada tres días durante quince días (seis aspersiones desde el momento del repique por erradicación), para reducir el crecimiento del número poblacional de *R. palmarum* y de *Strategus aloeus* y así minimizar el riesgo de diseminación de los mismos.

Parágrafo 2°. Para disminuir y/o eliminar los reservorios de inóculo de *P. palmivora*, se debe hacer, con excepción del método confinado por inyección, una aspersión de un fungicida protector formulado con base en la molécula Mancozeb en formulación concentrada de 450 gr/kg. En una dilución de 1kg por el producto formulado 200 litros de agua para aspersión con bomba de espalda sobre el material vegetal cortado, cada tres días durante quince días, (seis aspersiones desde el momento del repique por erradicación), para reducir el volumen estructuras reproductivas (inóculo) de *P. palmivora*.

3.2. Se establece como estrategia de monitoreo y control del picudo de la palma de aceite *Rhynchophorus palmarum*, la utilización de trampas cebadas con atrayentes, para disminuir el número poblacional de la plaga.

Además de la utilización de feromonas registradas ante el ICA; esta proporción garantiza la fermentación de los tejidos vegetales y la atracción de insectos durante 15 días en promedio.

Para incrementar el número de insectos capturados se debe utilizar la feromona de agregación sintética rinkolure que atrae *R. palmarum* y eleva las capturas cinco veces más.

3.2.1. Tipo de trampa. La trampa como tal es el complemento del atrayente en la captura del insecto y, por lo tanto, su diseño conduce a lograr la mayor captura de insectos al menor costo y con el menor deterioro ambiental. La trampa más efectiva por el número de insectos capturados por hectárea ha sido la de tipo cerrado con dos aberturas supero - laterales (8 x 12 cm). Este tipo de trampa no requiere la adición de insecticidas ya que una vez ingresa el *R. palmarum* en su interior, no puede fugarse. Además, la colocación de costal de fique o lona sintética (empaque residuo de los fertilizantes) hace más eficiente el trapeo. El costal de fique tiene una duración máxima de cuatro meses, mientras que la lona sintética tiene mayor duración.

3.2.2. Sitio para localizar las trampas. La mayor captura de insectos ocurre en las trampas ubicadas en el suelo y debajo de las paleras ya que allí están más protegidas y el efecto atrayente es mayor, especialmente en zonas donde la temperatura ambiental es alta y la humedad relativa baja.

3.2.3. Distribución de las trampas en el cultivo. Los resultados experimentales obtenidos por Cenipalma con dichas trampas, sugieren colocar en áreas afectadas por PC cada 200 metros. Estas deben ubicarse en las franjas de vegetación nativa que bordea los lotes. Densidad 1 trampa cada 4 has.

Para localizar las trampas en los lotes, la mejor recomendación es situarlas en la periferia de la plantación, de tal manera que atraiga hacia dichos sitios los insectos que frecuentan los lotes de la plantación y que, a su vez, se convierta en una barrera que impida el ingreso de los que se encuentren en la vegetación nativa colindante o en cultivos aledaños.

En estas circunstancias, es recomendable distribuir las trampas a lo largo de las vías periféricas para agilizar la colección, el registro de la población capturada y la renovación del atrayente.

En grandes extensiones de cultivo, además de los linderos, se deben preferir las zonas de bosque protectores de quebradas y ríos internos en lugar de las vías internas entre lotes o

dentro de dichos lotes.

1.2.1.3. Pese a cumplirse el término previsto para la declaración de emergencia fitosanitaria, las dificultades persisten y se agravan, al punto de que es menester volver a declarar la emergencia, como en efecto se hace por medio de la Resolución 2854 del 31 de agosto de 2012[4]. Además de lo dicho sobre la enfermedad de la palma de aceite y su alto riesgo de propagación, en este acto administrativo se pone de presente:

Que con ocasión de la ola invernal que padeció el país durante los años 2010, 2011 y comienzos de 2012 el hongo generador de la enfermedad se ha propagado de manera agresiva en los cultivos de palma de aceite del municipio de Tumaco, Nariño (sic.) a pesar de los esfuerzos interinstitucionales y privados para su erradicación, ni aún para reducir los riesgos fitosanitarios a niveles deseados.

Que para superar la emergencia fitosanitaria, se hace necesario establecer un conjunto de medidas que de manera integral conduzcan al aprovechamiento de las condiciones climáticas y de manejo fitosanitario para disipar el resto de esporulación masiva del hongo y para la erradicación de las palmas enfermas, que serán de obligatorio cumplimiento por parte de los cultivadores de palma de aceite en el municipio de Tumaco, Nariño.

La nueva declaración de emergencia, que se hace por el término de un año, reitera la obligación de erradicar las palmas afectadas, por medio de alguno de los métodos previstos en la emergencia anterior, esto es por el método químico de confinado por inyección (aplicación inyectada de 100 cm<sup>3</sup> de MSMA), o por los métodos mecánicos de excavación o con palín o con retroexcavadora, o de corte desde la base del tronco con motosierra.

### 1.2.3. Hechos relacionados con el químico MSMA master.

1.2.3.1. En comunicaciones del 26 de febrero de 2012, dirigidas a la Procuradora Judicial II Agraria y Ambiental de Nariño y Putumayo, el ICA se refiere al químico MSMA[5] en los siguientes términos::

(...) el producto Master 720 de la empresa Proficol tiene el Registro de Venta No. 2040 y su dictamen Técnico Toxicológico No. 2163/2011 vigente desde el 31/07/96, cuya Trazabilidad data desde el 13/04/92 con licencia de venta No. 2040 y concepto ecotoxicológico MP

5517/94.

Así mismo cuenta con Registro o recomendación de uso como erradicante de palmas enfermas, tal como consta en el rotulado aprobado por esta Dirección Técnica y que fue refrendado en el 2011.

A esta comunicación se acompaña el registro de venta 2040[6], el dictamen toxicológico DTT 2163 de 2011[7], el concepto toxicológico MP-5517-94[8], el concepto provisional del 8 de marzo de 1991[9], la Resolución 1532 del 24 de diciembre de 2003 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial[10], la Resolución 1065 del 8 de junio de 2010 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial[11]. Estos documentos, dispuestos según un orden cronológico, dan cuenta de las circunstancias que se pasa a precisar.

1.2.3.2. En el concepto provisional del 8 de marzo de 1991, el Jefe de la División de Control de Accidentes y Salud Ocupacional y el Jefe de la Sección de Toxicología del Ministerio de Salud, en tanto se obtiene la información científica necesaria para dar un concepto definitivo, dicen:

1. Que el herbicida M.S.M.A. 720 PROFICOL de la entidad PROFICOL EL CARMEN S.A., de composición:

Ingredientes activos:

M.S.M.A.

Metanoarsinato monosódico 47.19%

(720 grs/litro a 20°C)

Ingredientes aditivos:

Tensoactivo

Alcohol Lineal Etoxiliado NaCl y Na<sub>2</sub>SO<sub>4</sub>

Inertes

Agua

Disolvente

Antiespumante 52.81%

FG-10

Fosfato Butoxitrieten glicol

Corresponde a la categoría III de toxicidad (MODERADAMENTE TÓXICO).

(...)

2. Que el herbicida M.S.M.A. 720 PROFICOL de la entidad PROFICOL EL CARMEN S.A., puede ser expendido en el territorio nacional para uso agrícola, siempre que se adopten los requisitos necesarios para evitar perjuicios a la salud durante su almacenamiento, transporte, venta y utilización de acuerdo a la categoría III de toxicidad (MODERADAMENTE TÓXICO) y se cumplan las disposiciones preventivas en salud.

1.2.3.3. El concepto toxicológico MP-5517-94, el Subdirector de Ambiente y Salud del Ministerio de Salud señala:

PERMISO DE USO:

EL HERBICIDA MASTER 720 C.E. LÍQUIDO SOLUBLE EN AGUA, de la Empresa PRODUCTOS FITOSANITARIOS PROFICOL EL CARMEN S.A., de composición:

INGREDIENTE (S) ACTIVO (S)	CONCENTRACIÓN
----------------------------	---------------

M.S.M.A.

Metanoarsonato monosódico 48.0%

AUXILIARES DE FORMULACIÓN	CANTIDAD PROPORCIONAL
---------------------------	-----------------------

Alcohol fosfato éster modificado

## Silicona EG-10

Aqua c.s.p. 100%

Puede ser utilizado en el Territorio Nacional en aplicaciones de USO agrícola, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes y adoptando las medidas necesarias para la protección de la salud de acuerdo con la siguiente:

### 2. CATEGORÍA TOXICOLÓGICA:

EL HERBICIDA MASTER 720 C.E. LÍQUIDO SOLUBLE EN AGUA, de la Empresa PRODUCTOS FITOSANITARIOS PROFICOL EL CARMEN S.A, con la formulación antes expresada, corresponde a la CATEGORÍA TOXICOLÓGICA III, MEDIANAMENTE TÓXICO, en virtud de la cual debe emplearse con las correspondientes medidas de protección y teniendo en cuenta las prácticas recomendadas.

1.2.3.4. La Resolución 1532 de 2003, por la cual se otorga una licencia ambiental para la importación del ingrediente activo MSMA y se toman otras determinaciones, aclara que el ingrediente activo solicitado es el ácido metanoarsonato monosódico, equivalente al MSMA; que el MSMA “no debe contener más de 2.2. g/kg de arsénico trivalente, 27 g/kg de arsénico pentavalente y 2.2. g/kg de antimonio”; que el MSMA se puede usar como herbicida post-emergente para controlar “malezas de hoja ancha, ciperáceas y gramíneas que afectan los cultivos de algodón, caña de azúcar, cafeto y frutales, palma de cocotero, plátano y banano”.

Entre las consideraciones de la resolución, merece destacarse el Concepto Técnico 1170 del 14 de octubre de 2003, que aparece transcrita en lo relevante, así:

### DESCRIPCIÓN DE ACTIVIDADES

NOMBRE COMÚN: MSMA

NOMBRE QUÍMICO: Metil arsonato ácido de sodio.

GRUPO QUÍMICO: Arsénico orgánico.

No. De CAS: 216380-6

FORMULACIÓN:

ANSAR 529 H.C.

PROVEEDOR:

ANCOM CROP CARE SDN. BHD de Malasia

AGRICULTURAL CHEMICAL TRADERS de Aruba.

SANACHEM. SUDÁFRICA.

#### EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL

El estudio de Impacto Ambiental presentado por PROFICOL S.A. establece que:

El ingrediente activo MSMA es un herbicida de contacto con una moderada acción sistémica, para uso postemergente de control de malezas gramíneas, ciperáceas y de hoja ancha en los cultivos de algodón, caña de azúcar, café y frutales, palma africana, plátano y banano, de forma aérea o terrestre. La principal aplicación es para el algodón en la Región Caribe (se extiende a los departamentos de Cesar, Atlántico, Bolívar, Sucre, Córdoba y Antioquia).

#### COMPORTAMIENTO AMBIENTAL

Suelo: El ingrediente activo MSMA tiene de moderada a alta persistencia en suelos, mostrando además afinidad por sus componentes. Las transformaciones químicas y bioquímicas del arsénico en los suelos incluyen: oxidación, reducción y metilación, que afectan la volatilización, adsorción, disolución y disposición biológica de las especies arsénicas involucradas. La concentración natural del arsénico en el suelo es de 1-40 mg/l. El arsenato es el principal componente del arsénico en el suelo y se liga estrechamente a los coloides arcillosos. El principal metabolito del MSMA es el dimetil arsenato (cacodilato).

El arsénico orgánico tiende a oxidarse en los suelos a arsenato inorgánico y puede presentar metilación. Las reacciones de reducción son favorecidas bajo condiciones anaeróbicas o de inundación, formándose metil arsinas volátiles las cuales se liberan a la atmósfera. Estas son rápidamente reoxidadas en el aire y el arsenato depositado sobre material particulado, es retornado al suelo y los océanos con la lluvia creando un ciclo de arsénico.

Aguas superficiales y subterráneas: El MSMA es totalmente soluble en agua (100 mg/ml) con un pk1 de 4.1 y pk2 de 8.7, que indica que es estable a la hidrólisis química. Por su baja movilidad, no se espera que lixivie a aguas subterráneas.

Comportamiento en el aire: El metabolismo del MSMA incluye la formación de arsinas volátiles, que dentro del ciclo del elemento se absorben como arsenatos a las partículas suspendidas; a un ritmo que no alcanza a alterar la calidad del aire.

## TOXICIDAD

### IMPACTO EN LOS ECOSISTEMAS TERRESTRES

En cuanto a la toxicidad para mamíferos es ligeramente peligroso de acuerdo a la DL50 oral para ratas: 2833 mg/kg. La CL 50 por inhalación es >20 mg/l a DL50 dérmica para conejos es >10.000 mg/kg. Produce leve irritación ocular en conejos.

En cuanto a toxicidad crónica, la prueba de Ames para efecto mutagénico fue negativa. No se han encontrado (sic.) efecto de teratogénesis.

Para aves es levemente tóxico: Para pato silvestre la CL50 es de 5.000 mg/kg y para Codornices Bobwhite es de 3.000 mg/kg.

### IMPACTO EN LOS ECOSISTEMAS ACUÁTICOS

Para organismos acuáticos como los peces es ligera a prácticamente no tóxico, la CL 50 (96h) para Ocorinchus mykiss es >167 mg/l, para Lepomis macrochirus >51 mg/l.

En cuanto a toxicidad crónica, el NOEC para Oncorinchus mykiss es 167 mg/l, para Lepomis macrochirus 93.2 mg/l.

### IMPACTO SOBRE ORGANISMOS BENÉFICOS

Se ha encontrado evidencias de toxicidad para abejas mieleras, cuando se alimentan en un jarabe. Sin embargo, cuando el MSMA se utiliza para el control de semillas de azúcar de caña en un estado primario de crecimiento, hay posibilidad de peligro para las abejas. Para lombrices no se ha determinado que sea tóxico.

## FITOTOXICIDAD y BIOACUMULACIÓN

El ingrediente activo MSMA puede ser fitotóxico si no se utiliza a las dosis recomendadas. Estudios han reportado que los organismos marinos acumulan más arsénico que los organismos de agua dulce.

ANSAR 529 HC es un líquido cristalino transparente, ligeramente viscoso sin olor particular, con Licencia de venta No. 1242, expedida por el ICA como concentración soluble de agua con 720 g de MSMA hasta completar un litro con inertes y aditivos. El grado toxicológico es II, altamente tóxico, según Concepto Toxicológico No. AP. 7363-95 del Ministerio de Protección Social

De acuerdo con la Hoja de Seguridad ANSAR 529 HC es moderadamente peligroso para mamíferos, con una DL50 oral para ratas de 1738 mg/kg; la CL 50 por inhalación para conejos es >20 mg/l, la LD50 dérmica para conejos es 2500 mg/kg, con ligera irritación para los ojos de los mismos[12].

## COMPONENTE SOCIAL

No presenta posibles efectos sobre la salud por toxicidad aguda y crónica si se observan las adecuadas medidas de protección. La educación y la capacitación son la clave para la protección de personas y el ambiente.

Según la evaluación toxicológica del Ministerio de Protección Social, el producto puede ser utilizado en el territorio nacional en aplicaciones de uso agrícola, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes y adoptando las medidas necesarias para la protección de la salud.

1.2.3.5. La Resolución 1065 de 2010, por la cual se autoriza la cesión de unas licencias ambientales y se toman otras determinaciones, autoriza la cesión de las licencias ambientales emitidas a nombre de PROFICOL S.A. a PROFICOL B.V. SUCURSAL COLOMBIA. Entre las licencias cedidas hay dos que tienen como ingrediente activo MSMA: la de ANSAR 529 HC y la de MASTER 720 SL.

1.2.3.6. El concepto técnico toxicológico DTT 2163 de 2011, rendido por el Director General de Salud Pública a la empresa PROFICOL ANDINA B.V. SUCURSAL COLOMBIA, el 17 de marzo

de 2011, que anula el concepto toxicológico MP-5517-94, dice:

1. EL HERBICIDA PARA USO AGRICOLA, MASTER 720 SL. CONCENTRADO SOLUBLE, de la empresa PROFICOL ANDINA B.V. SUCURSAL COLOMBIA, de composición:

INGREDIENTES ACTIVOS	CONCENTRACIÓN
MSMA TÉCNICO 57%	82.72%

Sodium hydrogen methylarsonale

INGREDIENTES ADITIVOS	CONCENTRACIÓN
-----------------------	---------------

RHODORSIL 426 R.

AR MIX 146

AGUA	c.s.p. 100%
------	-------------

La composición declarada en el presente dictamen técnico, corresponde a la información del certificado de composición del producto formulado MASTER 720 S. [(MSMA TÉCNICO 57% (82.72%)] , aportado por la empresa PROFICOL ANDINA B.V. SUCURSAL COLOMBIA, y en ningún caso será modificada por parte de éste Ministerio.

La composición descrita en el presente dictamen técnico toxicológico corresponde a información confidencial, la cual está protegida contra toda divulgación por parte de este Ministerio. Así mismo se solicita al Instituto Colombiano Agropecuario ICA y a la empresa titular del producto MASTER 720 SL [(MSMA TÉCNICO 57% (82.72%)] , garantizar la protección de la misma.

(...)

2.1. Clasificación de peligrosidad según los resultados de toxicidad aguda de la formulación:

CATEGORÍA	RESULTADO DE LA EVALUACIÓN
II MODERADAMENTE PELIGROSO	II MODERADAMENTE PELIGROSO

(...)

3. Puede ser utilizado en el Territorio Nacional en aplicaciones de USO AGRÍCOLA, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes y adoptando las medidas necesarias para la protección de la salud.

Se emite el presente dictamen Técnico, previa evaluación de riesgo, con los estudios de toxicidad aguda de la formulación MSMA 720 de propiedad de la empresa ANCOM CROP CARE SDN. BHD., a favor de la empresa PROFICOL ANDINA B.V. SUCURSAL COLOMBIA.

El presente dictamen Técnico, ANULA el concepto toxicológico MP-5517-94 del producto MASTER 270 SL., de la empresa PROFICOL ANDINA B.V. SUCURSAL COLOMBIA Y ANULA todos los conceptos toxicológicos y/o dictámenes técnicos de la misma empresa que tengan igual nombre comercial al producto del presente Dictamen técnico toxicológico.

En el dictamen se reconoce la existencia de posibles riesgos en materia de irritación ocular y dérmica, y se encuentra que no hay riesgo de sensibilización dérmica. En cuanto al riesgo de irritación ocular, se señala un nivel de severidad III, en la medida en que puede comprometer la córnea o causar una irritación que desaparece en siete o menos días. En cuanto al riesgo de irritación dérmica, se señala un nivel de severidad III, en la medida en que puede generar una irritación moderada a las 72 horas (eritema moderado).

1.2.3.7. El "REGISTRO DE VENTA No. 2040 DESDE 31/07/96 CON VIGENCIA INDEFINIDA", otorgado a PROFICOL ANDINA B.V. SUCURSAL COLOMBIA, para vender el producto MASTER® 720 SL, tiene una composición garantizada de MSMA (sodium hydrogen methylarsonate, de formulación a 20°C), como ingrediente activo, de 720 g/l; una categoría toxicológica de moderadamente peligroso (DTT-2163-2011); un uso específico como herbicida agrícola; un estado físico como concentrado soluble (SL); un empaque en bidón plástico por 1.5 y 10 litros, en tambor plástico por 4.5 y 10 litros, en recipiente metálico por 1, 4, 5, 10 y 20 litros. Su etiqueta debe decir:

#### PRECAUCIONES Y ADVERTENCIAS DE USO Y APLICACIÓN:

Causa irritación moderada a los ojos.

Evitar el contacto con la piel y ropa.

No comer, beber o fumar durante las operaciones de mezcla y aplicación.

Utilice ropa protectora durante la manipulación, la aplicación y para ingresar al área tratada.

Después de usar el producto lave el equipo de aplicación, lave la ropa de protección, báñese con abundante agua y jabón, y cámbiese de ropa.

## INSTRUCCIONES DE PRIMEROS AUXILIOS

En caso de intoxicación, llame al médico inmediatamente o lleve el paciente al médico y muéstrelle la etiqueta.

En caso de contacto con los ojos, lavarlos con abundante agua fresca durante mínimo 15 minutos, manteniendo los párpados abiertos.

En caso de contacto con la piel, lávese con abundante agua y jabón.

En caso de inhalación, lleve al paciente a un lugar aireado.

En caso de ingestión, induzca el vómito. Nunca suministre nada por vía oral a una persona inconsciente.

Instrucciones para el médico: Si es ingerido, pudiera ser necesario un lavado gástrico. En la literatura se ha recomendado una terapia de quelación con BAL o D-penicilamina para el envenenamiento sintomático con arsénico. Las personas alérgicas a la penicilina pueden sufrir reacción a la D-penicilamina y por lo tanto deberán ser tratadas solamente con BAL.

## EN CASO DE EMERGENCIA, COMUNÍQUESE CON (...)

## MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE:

Para la protección de fauna terrestre y acuática evite que el producto entre en contacto con áreas fuera del cultivo a tratar.

Evite contaminar fuentes de agua con el producto o sus residuos.

En caso de derrame, recoja con material absorbente, y elimine de acuerdo con lo

establecido por la autoridad local competente.

(...)

Para el uso del producto en la erradicación de palma africana, las dosis y recomendaciones son las siguientes:

Inyectar 100 cm<sup>3</sup> a la palma, en un agujero en el estípite de 25 cm de profundidad.

Inyectar 100 cm<sup>3</sup> en 2 a 3 puntos en el estípite, opuestos entre sí, distribuyendo la dosis por palma en partes iguales.

1.2.3.8. El 28 de marzo de 2012, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural aclara que el herbicida “MSMA Arseniato Metil Monosódico” tiene el registro ICA 2040, que está vigente, y se usa para controlar arvenses y para erradicar palma[13].

1.2.3.9. El 14 de mayo de 2012, Jairo Ubencio Correa Castañeda, miembro del Consejo Comunitario Bajo Mira se quejó al ICA por la intoxicación de niños y muerte del ganado de nativos residentes cerca a quebradas afluentes del río Mira, la que atribuyó al uso del químico MSMA master. En el mismo escrito solicitó que se tomen medidas para dejar de aplicar este químico[14].

Por las razones antedichas, el mismo día, presentó un derecho de petición ante PALMASUR S.A.T., en el cual le solicitaba información sobre el listado de favorecidos con la aplicación del químico, los estudios sobre impacto ambiental del mismo y los soportes de haberse realizado la consulta previa[15].

1.2.3.10. El 16 de mayo de 2012, Jairo Ubencio Correa Castañeda, presentó una queja ante la Procuraduría General de la Nación, dirigida a la Procuradora Judicial II Ambiental y Agraria de Nariño y Putumayo, por la intoxicación de personas y animales, que atribuyó al uso del químico MSMA master. En el mismo escrito se solicitó que se requiriera al Hospital San Andrés de Tumaco, para que remita un listado de pacientes ingresados a partir del 27 de abril, sus hojas clínicas y su epicresis de los enfermos; que se disponga lo necesario para que la aplicación del químico cese; y que se imponga una medida cautelar o se inicie una acción preventiva, con el propósito de evitar un daño a las personas y al medio ambiente[16].

1.2.3.11. El 23 de mayo de 2012, la Procuradora Judicial II Ambiental y Agraria de Nariño y Putumayo da respuesta al peticionario[17]. Luego de precisar los hechos, la procuradora manifiesta que, por razones de competencia, ha dado traslado de la petición a los Ministerios de Salud, Ambiente, Agricultura, al ICA, a la ANLA, al Instituto Departamental de Salud de Nariño, a Corponariño y al Centro de Contaminación del Pacífico de Tumaco, para que se investiguen los hechos denunciados[18].

1.2.3.12. El 28 de mayo de 2012, PALMASUR S.A.T., al responder el derecho de petición informó que esta compañía ejecutó un contrato celebrado entre ella y FEDEPALMA, para erradicar 1.300 hectáreas de palma enferma con pudrición del cogollo, en predios de pequeños y medianos productores, y precisó que el químico Master tiene como ingrediente activo metanoarsonato monosódico y no arsénico[19], como se insinúa en la petición.

1.2.3.13. El 21 de junio de 2012, Jairo Ubencio Correa Castañeda denunció los hechos en comento a la Fiscalía General de la Nación[20]. A esta denuncia se suman las que hicieron Luis Hernando Moreno Peña[21] y Dayner Julio Rosero Quiñones[22].

En esta misma fecha, el señor Correa Castañeda solicitó al Fiscal 40 Local de Tumaco que certificara la existencia de una investigación por intoxicación masiva de menores y por el fallecimiento del menor Marco Solís; que oficiara al Hospital San Andrés de Tumaco, para que remitiera el listado de pacientes ingresados a partir del 28 de abril, sus hojas clínicas y epicresis; se requiera a PALMASUR para que entregue un listado de los favorecidos con la erradicación por medio del químico MSMA; y se investigue a la autoridad responsable por los daños causados[23].

1.2.3.14. El 14 de junio de 2012 la Procuradora Judicial I 96 Administrativa de Nariño, se pronuncia en una acción popular[24] y advierte:

Teniendo en cuenta que existe incertidumbre sobre la magnitud y el carácter específico de los daños que se pueden ocasionar por el mal manejo del tratamiento del PC y atendiendo al Principio de Precaución. (sic.) Este Despacho considera necesario para realizar una verdadera política palmera, la eficacia de las medidas fitosanitarias y la protección de los derechos invocados, atender las siguientes recomendaciones:

a.- Realización general y total de un censo palmero, que permita establecer en concreto la

magnitud del problema, a fin de hacer la apropiación de los recursos necesarios para la erradicación total de la palma enferma.

b.- Realizar un diagnóstico de los nuevos cultivos en forma urgente, para establecer cuales (sic.) aún son viables y responden a un tratamiento curativo, y cuales (sic.) deben erradicarse dado el grado de contaminación que exista.

c.- Se haga un estudio de impacto ambiental y consulta previa con la comunidad, para verificar el método de erradicación apropiado que debe aplicarse, y garantizar que la aplicación del Químico Master no causara (sic.) efectos colaterales a la población humana, así como sobre flora y fauna.

d.- Evaluar nuevas alternativas y metodologías que requiere la problemática planteada, dejando abierta la posibilidad de abandonar aquellas que actualmente se realizan, y acudir a técnicas de erradicación del PC, (sic.) que tengan la misma meta que la aplicación del herbicida, y que no impliquen riesgos para la salud humana y el medio ambiente.

e. Que se cree una comisión integrada por las autoridades competentes, encargada de hacer un seguimiento a las acciones desplegadas en la erradicación del PC, y con participación de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, con el objeto de realizar un seguimiento y evaluación mensual del impacto ambiental que genera la realización de dichas actividades, especialmente la aplicación del METANOARSONATO MONOSODICO (MSMA).

1.2.3.15. El 21 de junio de 2012 el ICA respondió al peticionario[25] en los siguientes términos:

Con respecto a los hechos citados, nos permitimos aclarar que a la fecha no existe certeza sobre la causa de la muerte del menor. A pesar de lo anterior, el Instituto Colombiano Agropecuario ICA, teniendo en cuenta que hubo “rumores”, como el que aquí se afirma, intentó coordinar un desplazamiento a la Vereda Bajo Jagua - Río Mira, que por contratiempos logísticos tuvo lugar sin funcionarios del Instituto. Como resultado de la visita se levantó un informe por parte de la Unidad Municipal de Asistencia Técnica -UMATA- de la Secretaría de Planeación del Municipio de Tumaco, en la que consta la presencia de funcionarios de entidades como la Secretaría de Salud, el Instituto Departamental, el

Hospital Divino Niño E.P.S., Secretaría de Gobierno, CORPONARIÑO, y del Comité Local de Prevención y Desastre (sic.), entre otros, con el objetivo de verificar la posible contaminación e intoxicación por la aplicación del químico MASTER para erradicar la palma africana.

En el informe de la mencionada visita se pudo establecer que los habitantes que viven en inmediaciones de las laderas del río Mira manifestaron que no se han visto afectados por la aplicación del producto químico empleado para erradicar la palma africana, a pesar de consumir directamente agua del río, así como también sus animales. Del mismo modo, los funcionarios de la visita se dirigieron a la casa del niño fallecido, conversaron con la abuela del menor, quien manifestó que presentaba problemas respiratorios, que no consumía agua directamente del río Mira, que en tales terrenos no se aplicó el mencionado químico y manifestaron su desacuerdo con el inicio del proceso de exhumación del cuerpo.

Conforme a lo anterior quedan desvirtuados dos hechos que se pretenden tomar como ciertos para justificar la existencia de la presunta violación a los derechos colectivos cuya amenaza se cuestiona, el primero la existencia de una muerte provocada por el MSMA, pues ello no se ha corroborado y así no lo afirmaron familiares del menor fallecido; de otro lado, tampoco es cierto el hecho de que los padres del menor no se han podido desplazar a hacer la correspondiente denuncia, ya que autoridades del orden municipal se desplazaron a la Vereda correspondiente y no recepcionaron alguna denuncia, como se cuestiona en el oficio. De otro lado, tampoco hay evidencia de una intoxicación masiva, como lo pretende hacer ver en este oficio, pues diferentes autoridades y empresas como el Municipio de Tumaco, PALMASUR SAT, CENIPALMA, FEDEPALMA, el Grupo Palmero y el ICA, entre otros, han estado ampliamente interesados en conocer a fondo las circunstancias que rodearon el caso y no han encontrado evidencia alguna de la intoxicación en mención.

Con respecto a los hechos relacionados con muerte de animales, el Jefe de la Oficina Local del ICA en Tumaco certificó, mediante escrito que se anexa a este oficio, que no se ha presentado una queja, ni documentada, ni oral y específica sobre la muerte de ningún tipo de animal de las especies citadas, por las causas invocadas. Así mismo, señaló que indagó en varias comunidades y tampoco nadie le ha informado puntualmente de algún hecho relacionado con muerte de animales por motivo de intoxicaciones, por lo tanto, no hay físicamente ningún individuo para realizar las tomas de muestras pertinentes, con el fin de

desarrollar un diagnóstico correspondiente a la muerte de animales. Del mismo modo, funcionario (sic.) señaló que en el caso de llegarse a presentar algún caso procederá de acuerdo a los protocolos, informando de manera oportuna a la Dirección Técnica de Sanidad Vegetal, con el fin de dar conocimiento de cualquier suceso presentado durante lo corrido del proceso de erradicación de palmas de aceite afectadas por PC. Por las razones anteriores, no le consta al ICA la muerte de animales, la afectación de fauna y las intoxicaciones de seres humanos, como consecuencia de la aplicación del herbicida MSMA.

1.2.3.16. En su respuesta, el 5 de julio de 2012 la ANLA (Agencia Nacional de Licencias Ambientales) informa que según el artículo 4 de la Decisión 436 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, la autoridad competente para velar por el cumplimiento de ésta es el Ministerio de Agricultura de cada país o el ente que el gobierno designe. En el caso colombiano, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural dictó el Decreto 0502 del 5 de marzo de 2003, que reglamenta la antedicha decisión, y confirió al ICA competencia para llevar el registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola y para velar por el cumplimiento de la decisión y de su manual técnico[26].

La ANLA precisa que el control y la vigilancia epidemiológica del uso y manejo de plaguicidas también corresponde al ICA, conforme a lo previsto en el artículo 189 del Decreto 1843 de 1991, y a las corporaciones autónomas regionales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 99 de 1993.

En una comunicación dirigida a la procuradora judicial[27], la ANLA precisa que en su momento el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó licencia ambiental a:

(...) MESAMATE® 720, cuyo ingrediente activo grado técnico es el Metano Arsonato Monosodio MSMA a nombre de AGROSER S.A., con el objeto de utilizarlo como herbicida para el control de malezas en cultivos de algodón, café, frutales, palma africana, caña de azúcar y pastos, con una dosis recomendada de 3.5 a 4.6 litros mediante Resolución 1237 del 22 de octubre de 2004.

Igualmente otorgó licencia ambiental mediante Resolución 1532 del 24 de diciembre de 2003 para el producto ANSAR 529 HC, ingrediente activo grado técnico MSMA a nombre de

la empresa PROFICOL ANDINA B.V. SUCURSAL COLOMBIA, para utilizarlo como herbicida para el control de malezas en cultivos de algodón, caña de azúcar, cafeto, frutales, palma de cocotero, plátano, banano; para el producto MASTER 720 SL a partir del ingrediente activo ACIDO METANOARSENATO MONOSODICO se aceptó el desistimiento de trámite (sic.) solicitado por parte de la empresa para la obtención de licencia ambiental mediante Auto 1436 del 31 de mayo de 2007.

Con fundamento en las resoluciones otorgadas por el antes Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en los años 2003 y 2004, los productos con base en el ingrediente activo grado técnico MSMA, para los compartimientos de suelo, agua, aire, no representa mayor riesgo dado que no tiene alta persistencia en el suelo y agua, y tiene poca probabilidad de lixiviación.

1.2.3.17. El 19 de julio de 2012, el Director General del Instituto Nacional de Salud respondió al peticionario[28] que:

De conformidad con la información suministrada por el Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública - SIVIGILA, el cual ha sido creado para realizar la provisión en forma sistemática y oportuna, de información sobre la dinámica de los eventos que afecten o puedan afectar la salud de la población colombiana, NO existe hasta la fecha notificación de intoxicación por MASTER en el municipio de Tumaco - Nariño, período epidemiológico 6 con corte 16 de junio de 2012.

El Instituto Nacional de Salud de acuerdo con información suministrada por el departamento de Nariño, de muestras tomadas por los funcionarios del Instituto Departamental de Salud de Nariño para el análisis físico químico, realizó el análisis de las muestras, cuyos resultados ya fueron enviados al Instituto Departamental de Salud de Nariño.

1.2.3.18. Al tener noticia de la respuesta del ICA, y ante la consideración de que la respuesta de PALMASUR S.A.T. era insuficiente, el peticionario presentó una acción de tutela ante la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Esta Sala concedió la tutela por medio de Sentencia del 26 de julio de 2012[29] y ordenó a los dos accionados que, en el término perentorio de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, dieran respuesta clara y de fondo a las peticiones hechas el 14 de mayo de 2012.

1.2.3.19. El 1 de agosto de 2012, PALMASUR S.A.T. procede a dar respuesta al derecho de petición[30], conforme a la orden impartida por el tribunal. En este documento señala que es una entidad de naturaleza privada; que su tarea en la erradicación de palma africana se enmarca en el contrato 016/12 suscrito con Fedepalma, y que abarcó 1.300 hectáreas de terrenos de sus socios, que aceptaron de manera libre hacer la erradicación, conforme consta en las correspondientes actas; que la labor de erradicación se llevó a cabo de manera satisfactoria; que recibió de parte de Proficol la instrucción necesaria para el uso adecuado del producto Master; y que los recursos recibidos se trasladaron a los asociados que hicieron la erradicación. Acompañan a la respuesta varios listados que traen los siguientes campos: propietario, cédula, finca, palmas erradicadas, valor a pagar por palma, valor a descontar y total a pagar.

1.2.3.20. En el volumen 75, número 134, del 14 de julio de 2010, páginas 40824 a 40825, del Registro Federal[31], según aparece en una traducción al castellano de cuatro páginas aportada por los actores, en resumen se dice sobre el MSMA lo siguiente:

Este aviso anuncia la orden de la EPA para la cancelación de los productos que contienen el Metanoarsonato Monosódico (MSMA), requerida voluntariamente por todos los registrantes y aceptada por la Agencia, según la sección 6 (f) (1) del Acta Federal Insecticida, Fungicida y Rodenticida (FIFRA), emitida. Esta orden de cancelación obedece al Registro Federal de Aviso de Recepción de Solicitudes de los registrantes, listado en la Tabla 2 de la sección II de Abril 7 de 2010, para cancelar voluntariamente dichos registros del producto. Éstos no corresponden a la totalidad de los productos que contienen el pesticida, registrado para uso en los Estados Unidos. En el Aviso de Abril 7 de 2010, la EPA indicó que emitiría una orden implementando las cancelaciones, a menos que la Agencia recibiera comentarios de peso dentro del período de 30 días, que hiciera meritorio (sic.) una revisión más profunda de dichas solicitudes, o a menos que los registrantes retiraran las solicitudes. La Agencia no recibió ningún comentario sobre dicho Aviso, además, los registrantes no cancelaron ninguna solicitud.

Según lo anterior, por el presente documento, la EPA emitió una orden de cancelación, garantizando las cancelaciones solicitadas. Cualquier distribución, venta o uso de los productos sujeto de dicha orden de cancelación es permitida únicamente de acuerdo con los términos de esta orden, incluyendo cualquier inventario existente.

1.2.3.21. También obra en el expediente el incidente de desacato promovido por Ana María Erazo Dajome contra el ICA y Cenipalma ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco[32],; un informe de avance de auditoría técnica y financiera de la Corporación Centro de Investigación en Palma de Aceite Cenipalma[33], sobre el estado de la erradicación a septiembre de 2010, con métodos químicos; y el acta de la reunión realizada por la Personería Municipal de Tumaco con varias personas afectadas por la situación[34].

Para el caso es relevante el acta de la reunión realizada por la Personería Municipal de Tumaco el 10 de agosto de 2012, con representantes de las siguientes entidades: representante de etnias, delegado de la Gobernación de Nariño, Consejo Comunitario Río Rosario, UMATA - Alcaldía, ASOPALMAFEPC, Líder de Imbili la Vega, Alto Mira y Frontera, Consejo Bajo Mira, Consejo Alto Mira y Frontera, Bajo Jagua, Defensoría del Pueblo, Recompaz y un agricultor.

El delegado de la Gobernación de Nariño plantea tres cuestiones a considerar: (i) las palmas afectadas por la pudrición del cogollo están en una extensión mayor a la prevista, como ocurre, por ejemplo en comunidades como la de Tangareal; (ii) las medidas de emergencia, como la siembra de una especie híbrida han sido insuficientes, y ha sido necesario erradicar la palmas enfermas; (iii) existen tres métodos para erradicar las palmas, el químico, que se está aplicando, el manual, que implica el corte de la palma, y el mecánico. En este contexto afirma: “Nosotros como Comunidad nos oponemos definitivamente a que se siga utilizando el MASTER ya que no se ha tenido en cuenta a la Comunidad en el uso de este producto”.

El personero municipal se apropia de lo dicho, pues ha visto una serie de medidas de hecho como bloqueo de vías, que deben evitarse con la aplicación de la ley. Considera que “El Municipio de Tumaco y la Gobernación de Nariño, seguirán burlados en este proceso si continúa tal como está, no debemos esperar que (sic.) esta preocupación de la Comunidad no (sic.) se ha hecho consulta previa, debemos solicitar que se suspenda el proceso de aplicación con este producto hasta que se haga la consulta previa”.

El señor Antonio Alegría, representante legal del Consejo Comunitario Alto Mira y Frontera, considera que “debemos unificarnos en esta situación, ya que el daño está hecho.

Cualquiera (sic.) de los tres (3) métodos que utilizamos, vamos a requerir de insecticida o herbicida, de nada sirve tumbar la palma y dejarla para que le ocurra como al coco, insisto en que como agricultores vamos unidos en esta problemática”.

El delegado de la Gobernación propone que el criterio de unificación debe ser concertado entre los Consejos y las Asociaciones.

El señor Jairo Ubencio Correa, del Consejo Bajo Mira, dice que en San Isidro tienen seis casos de personas enfermas.

El representante de RECOMPАЗ advierte que esta entidad agrupa a los 15 Consejos Comunitarios del Pacífico Sur.

El representante de etnias dice “me preocupa es la posición de la Gobernación el territorio (sic.) de la Costa Pacífica, es un derecho para los negros que es universal esté o no una asociación, yo me pregunto qué va a pasar con el afro que no siembra palma, con el que consume agua de pozo, con el consumidor de agua que vive en Tumaco. Este criterio debe plantearse por el respeto a la vida de los seres humanos, debemos convocar a la Consulta previa, es un derecho Constitucional fundamental”.

La reunión concluye conformando una comisión, para unificar la posición.

En una siguiente reunión, el 11 de agosto de 2012, en las instalaciones de la personería, los comisionados discuten la posibilidad de solicitar la consulta previa de la medida, y dicen:

El Doctor MIGUEL ANTONIO CRUZ, explica, (sic.) que en el momento se sigue utilizando el químico MASTER, en el Alto Mira y Frontera, nos (sic.) afecta la salud, agua, suelo ambiente; que el efecto que causa en los pozos de agua es envenenamiento del agua, que necesario (sic.) e importante que se suspenda la utilización de ese producto. Para defender la calidad de vida de la comunidad. Yo estoy convencido que prima nuestro derecho como Unidad Territorial y no solo es un Consejo Comunitario, si no (sic.) todos los habitantes de este sector, la ley universal y reglamentación de nuestros derechos están estipulados en la ley de transición. Nosotros no defendemos criterios expuestos por las partes sino la conveniencia de toda la comunidad, YO PROPONGO QUE SE RATIFIQUE LA PROPUESTA DE SOLICITAR LA SUSPENSIÓN DE LA UTILIZACIÓN DEL QUÍMICO MÁSTER Y QUE LA LIDEREN

UNOS DE LOS CONSEJOS COMUNITARIOS, PODRÍA SER ALTO MIRA Y FRONTERA.

El señor WILMER RIVADENEIRA. Representante del Bajo Mira manifiesta: estamos de acuerdo en todo, debemos solicitar la consulta previa sobre todos (sic.) en los territorios negros esa es mi posición.

Recompaz tiene la obligación de intervenir en esta problemática.

Ingeniero LUIS GONZALO BURBANO. Unificar criterios, significa que ya no es fundamental en derecho. Un pueblo que no se deje Gobernar es un pueblo libre para tomar decisiones desde el año 2002, no habían tomado decisiones para tocar el asunto del MASTER, sino en el año 2011, y se tiene la resolución No. 2040 Registro Legal.

Nosotros denunciamos lo que estaba haciendo Fedepalma, por tales motivos la Procuradora Agraria determinará esta situación para evitar que se continúe haciendo daño, son dos (2) millares de palma erradicadas, es importante que todos estemos dentro del proceso. Respecto a la consulta previa nos son (sic.) ellos los que van a conocer esta situación sino nosotros los que debemos estar frente a esta situación.

Mi interés es porque soy colindante del Consejo Comunitario y porque solos no hacemos nada.

Hay un comité en la Corporación de Investigaciones.

Exigen la documentación legal. Solidez económica, estado de pérdidas y ganancias para ver que clase de empresa son: El señor Alcalde ha manifestado un apoyo de \$ 200.000 millones de pesos y que la comunidad ponga la mano de obra para iniciar el programa de erradicación, a través de un consejo acompañados del SENA, o una institución académica que nos puede apoyar en la interventoría y manejo del proyecto.

Doctor CRUZ, yo insisto en mi planteamiento, en la mesa de consultoría previa, acudamos a la acción de tutela, para fortalecer la posición de la comunidad; esa acción administrativa no puede prevalecer a la consulta previa.

### 1.3. Argumentos de los actores.

Con fundamento en estos hechos, consideran que la aplicación del químico MSMA master debe suspenderse, hasta tanto se surta la consulta previa de esta medida con los consejos comunitarios que se asientan en los territorios afectados, con base en estudios científicos del impacto ambiental de esta sustancia y conforme a un plan de manejo ambiental, que contemple otros métodos de erradicación de las palmas enfermas, sin que se ponga en riesgo la salud, el ambiente, el agua, el suelo, la flora y la fauna.

## 2. Respuesta de las accionadas[35].

Al admitir la acción de tutela, por Auto del 17 de septiembre de 2012, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tumaco corre traslado de la misma a los accionados: Instituto Colombiano Agropecuario -ICA-, a la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite -FEDEPALMA- y a la Asociación PALMASUR S.A.T., y vincula al proceso a la Oficina de Consultas Previas del Ministerio del Interior y a CORPONARIÑO. Además, por Autos del 18 y 24 de septiembre de 2012, vincula también al proceso a la Dirección Nacional de Policía Antinarcóticos (aunque a la postre la desvincula por Auto del 26 de septiembre de 2012) y a la Dirección Técnica de Desarrollo Tecnológico del Ministerio de Agricultura.

### 2.1. El 22 de septiembre de 2012, CORPONARIÑO procede a informar lo siguiente[36]:

Los estudios de impacto ambiental se exigen cuando se desarrollan proyectos que requieren el trámite de Licencia Ambiental de acuerdo con el Decreto 2820 de 2010. En este sentido, la aplicación de agroquímicos utilizados en la agricultura, no requieren (sic.) de Licencia Ambiental y por consiguiente, de Estudios de Impacto Ambiental el mismo que lleva inmerso el Plan de Manejo Ambiental. Cuando los proyectos requieren licencia ambiental, le corresponde al dueño del proyecto presentar el Estudio de Impacto Ambiental para ser evaluado por la Corporación.

El ICA, PALMASUR SAT y FEDEPALMA no han solicitado a la Corporación solicitud de Licencia Ambiental y por consiguiente, no han presentado tampoco el estudio de Impacto Ambiental para ser evaluado por parte de la Corporación.

### 2.2. El 24 de septiembre de 2012, PALMASUR S.A.T., una sociedad agraria de transformación que representa a 272 pequeños agricultores dedicados a la siembra de palma de aceite y cacao, señala que en el documento de trabajo interno DNP-DDTS-

SODT[37], elaborado por la Dirección de Desarrollo Territorial, Subdirección de Ordenamiento y Desarrollo Territorial, a partir de los Decretos 1397 de 1996, 3770 de 2008 y 2957 de 2010, y de la Directiva Presidencial 01 de 2010, se advierte que no se requiere de consulta previa, “cuando se deban tomar medidas urgentes en materia de salud, epidemias, índices preocupantes de enfermedad y/o morbilidad, desastres naturales y garantía o violación de Derechos Humanos”.

2.3. El 25 de septiembre de 2012, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, pese a solicitar su desvinculación del proceso, considera que la acción de tutela debe declararse improcedente[38]. Para ilustrar su consideración comienza por repasar las funciones del ministerio, conforme a lo previsto en el artículo 3 del Decreto 2478 de 1999, y las características del ICA, en tanto establecimiento público del orden nacional adscrito a dicho ministerio. Resalta de manera especial que el ICA tiene personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. En este contexto precisa que si bien el ministerio ejerce un control de tutela respecto del ICA, este control no comprende aprobar o autorizar los actos específicos que conforme a la ley le corresponda expedir a este establecimiento público.

2.4. El 25 de septiembre de 2012, el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior informa que, luego de revisar la base de datos de la dirección “no se encontró registro alguno de solicitud de certificación de presencia o no de sujetos colectivos de protección en especial en el Consejo Comunitario Alto Mira – Frontera y el Consejo Comunitario Bajo Mira”. Además, conforme a lo previsto en el Decreto 1320 de 1998, da cuenta de los trámites que se deben seguir para realizar la consulta previa, cuando a ello haya lugar, conforme a las reglas previstas, entre otras normas, en la Directiva Presidencial 01 de 2010[39].

2.5. En un escrito que no tiene fecha de emisión ni de recepción en el juzgado, pues apenas se anota el nombre de la persona que lo recibió y la hora en que esto ocurrió[40], FEDEPALMA sostiene que la acción de tutela es improcedente. Este aserto se basa en una circunstancia: la aplicación del químico MSMA no obedece a una imposición del ICA o de FEDEPALMA, pues existen otras formas de erradicación posibles y válidas, sino que obedece a la decisión libre y voluntaria de los agricultores, en el marco de un convenio de cooperación técnica. Es decir que basta con que un agricultor decida no aplicar el químico, para que la aplicación no se realice, y se proceda a emplear otro método de erradicación.

El convenio de cooperación técnica en comento no implica una orden o una decisión administrativa forzosa para los agricultores, sino que se limita a ofrecer apoyo y fomento para implementar una forma de erradicación de la palma enferma de pudrición de cogollo. Esta oferta puede ser acogida o no por los agricultores, pues existen, además, otras formas de erradicar dicha palma[41]. La decisión de fomentar la alternativa de erradicación química, con un pesticida aprobado en Colombia y con registro de venta vigente, se debe a la definición científica de su idoneidad y a la valoración económica de su menor costo y mayor alcance.

Por último, señala que no existe prueba de que la aplicación del químico MSMA en el proceso de erradicación de palma africana que padece la pudrición del cogollo haya afectado, y menos producido daño, a la salud humana, a la flora o a la fauna[42]. Advierte que este asunto es en la actualidad objeto de controversia, en el marco de una acción popular que se tramita en el Juzgado 5 Administrativo de Pasto, con el radicado 2009-287. Señala también que esta cuestión ya fue estudiada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pasto en el Expediente 52001220400020120010600-15, al decidir una tutela presentada por Olivo Hurtado y Bolívar Estacio. En la sentencia correspondiente, Despacho advirtió que:

Al no existir como se dijo, medios de prueba que corroboren las afirmaciones de los accionantes, no se puede válidamente hablar de la existencia de un peligro o riesgo.

Más aún cuando de la información recolectada en esta Sede, lo que se advierte es una evidente postura especulativa de los accionantes, en materia eminentemente técnico científica, que requiere de estudios, análisis de muestras en laboratorios especializados; contrario sensu, lo hasta ahora demostrado es que el mentado químico MASTER no ha generado riesgos a que se refieren los actores, puesto que su aplicación no se hace a través de aspersión, sino de manera individual, inyectándose internamente en cada palma.

2.6. El 26 de septiembre de 2012 el ICA solicita al juez desestimar o resolver de manera desfavorable para el actor las pretensiones del escrito de tutela[43], por carecer de sustento fáctico y jurídico. En cuanto a lo primero, el proceso de erradicación no corresponde al ICA, sino a los agricultores, que tienen la obligación de realizar este proceso

conforme a los métodos señalados en las resoluciones relacionadas con la emergencia fitosanitaria. En cuanto a lo segundo, el ICA no obliga a ninguna persona a realizar la erradicación por medio de la aplicación del químico MSMA, sino que este método idóneo puede ser elegido o no, de manera voluntaria por los agricultores.

La erradicación, por medio de cualquiera de los métodos idóneos previstos en las resoluciones relativas a la emergencia fitosanitaria, es obligatoria debido a que hasta la fecha “no se conoce producto químico o biológico que contrarreste los efectos de la enfermedad o los elimine”.

Dado el costo de la tarea de erradicación, el gobierno diseñó un programa de incentivos del cual se beneficiaron muchos pequeños agricultores, que decidieron acceder a este programa.

Reitera lo dicho con anterioridad respecto del químico MSMA, cuya comercialización y uso en Colombia no tiene ningún reparo; advierte que no hay prueba alguna de que la aplicación de este producto haya causado perjuicios al medio ambiente; e informa que, además del proceso que cursa en el Juzgado 5 Administrativo de Pasto, en el trámite de una acción popular[44], existe otro proceso en el Juzgado 8 Administrativo de Pasto, en el cual se tramita una acción de grupo, con el Expediente 2010-00003. En esta acción se pretende obtener una indemnización del Estado por los perjuicios sufridos en sus cultivos de palma debido a la pudrición del cogollo, ya que se considera que tanto la enfermedad como su expansión se pueden imputar a éste.

Además señala que existen graves inconsistencias en la acción de tutela, las cuales detalla al señor Jairo Ubencio Correa Castañeda en comunicación del 26 de julio de 2012[45], como falsedad en algunas firmas y actuación abusiva en nombre de otras personas. Estos señalamientos se sustentan en el acta de una reunión celebrada con las personas afectadas el 26 de julio de 2012[46].

### 3. Decisiones de tutela objeto de revisión.

#### 3.1. Sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Tumaco del 1 de octubre de 2012[47].

Luego de repasar el trámite del proceso y las intervenciones de las partes, la juez procede a señalar las pruebas relevantes, que son las que corresponden a los documentos a los que se alude en el punto 1.2. de esta providencia. En este contexto, evalúa los presupuestos de la acción de tutela y su objeto, para precisar que en principio no es esta acción la idónea para proteger derechos colectivos.

Con base en las Sentencias SU-067 de 1993, T-576 de 2005 y T-182 de 2008, advierte que para que la acción de tutela proceda en casos como el que se juzga, es menester que: (i) exista conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental; (ii) el actor sea la persona afectada de manera directa por la vulneración del derecho fundamental; (iii) la vulneración o amenaza de vulneración no sea meramente hipotética, sino que se funde en pruebas; (iv) el efecto de la tutela se encamine a proteger el derecho fundamental y no el colectivo, aunque esto pueda resultar como consecuencia de lo primero; y (v) se acredite que la acción popular no es el mecanismo idóneo para proteger el derecho fundamental.

Así las cosas, la juez considera que hay motivos para afirmar que en el caso no se satisfacen los antedichos requisitos, por lo cual la acción de tutela es improcedente. Sin embargo, prosigue su análisis en atención al derecho fundamental a la consulta previa. Al examinar la cuestión a la luz del Convenio 169 de la OIT y de la Directiva Presidencial 01 de 2010, encuentra que en la instrucción 3.c) de esta última, se dispone lo siguiente:

### 3. ACCIONES QUE NO REQUIEREN LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

NO requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa a Grupos Étnicos:

(...)

Al revisar los medios de prueba aportados al proceso, constata que el químico MSMA MASTER “cumple con los requerimientos legales y ha sido avalado para ser utilizado en aplicaciones de uso agrícola”, conforme a los correspondientes dictámenes toxicológicos. En este contexto, considera que no está demostrado que dicho químico haya generado los riesgos o los perjuicios que se le atribuye por parte de los actores. La circunstancia de que su aplicación se haga por inyección y no por aspersión, permite poner en duda el aserto de la tutela de que la fumigación ha arrasado con el medio ambiente, la flora y la fauna.

Por las anteriores razones, y al reiterar que en este caso no procede la consulta previa, por tratarse de una emergencia fitosanitaria, la jueza declara improcedente la acción de tutela.

### 3.2. Impugnación.

Ambos actores impugnaron la anterior decisión.

El representante del Consejo Comunitario Alto Mira y Frontera la impugna por considerar que sí hay pruebas del daño causado por la aplicación del químico MSMA MASTER, como se detalla en varias investigaciones que adelanta la fiscalía. Además, cuestionan la valoración probatoria que hace la jueza, respecto de la cual plantean la existencia de un defecto fáctico, pues estiman que no hay pruebas que respalden la decisión tomada.

El representante del Consejo Comunitario Bajo Mira y Frontera va más allá, al afirmar que el químico MSMA “es un producto de origen israelí, diseñado como arma química en la segunda guerra mundial, para acabar con los cultivos Europeos”, con base en un informe que dice haber consultado en un expediente disponible en una página web (<http://www.regulations.gov>). Agrega que la jueza ignoró la que califica de “prueba reina”, esto es el acta de la reunión realizada por la personería[48], y las pruebas relativas a las denuncias penales, e ignoró también que las comunidades no dieron su consentimiento a la aplicación de dicho químico.

Afirma también que la erradicación de las empresas ancla se hizo por medios mecánicos, mientras que la erradicación de los demás agricultores, entre ellos, los de las comunidades, se pretende hacer por medios químicos.

Por último, considera que el diseño, la ejecución y coordinación de los planes de desarrollo económico y social se debe hacer con la participación de las comunidades afectadas, por lo que los proyectos destinados a explorar o explotar recursos naturales en los territorios que ocupan, deben ser objeto de consulta previa.

### 3.3. Sentencia de la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior de Pasto del 20 de noviembre de 2012[49].

Luego de referirse a los antecedentes del proceso y a la sentencia de primera instancia, el

tribunal examina la procedencia de la acción de tutela. Para este propósito, sobre la base de las Sentencias T-380 de 1993, SU-039 de 1997, SU-383 de 2003 y T-769 de 2009, advierte que la consulta previa es un derecho fundamental susceptible de ser protegido por medio de la acción de tutela.

Al entrar al caso concreto, sostiene la hipótesis de que el derecho fundamental a la consulta previa no puede suspenderse, ni siquiera cuando se está frente a situaciones excepcionales,

i) por estar ligado a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana -artículos 1 y 7 C.P.-, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos.

Considera que ni la decisión de erradicar las palmas enfermas por medios químicos, ni la aplicación del químico, fueron objeto de consulta a “los pobladores de las comunidades étnicas sobre un tema que afecta su territorio, sin que sirva de excusa la urgencia antela (sic.) declaratoria de emergencia fitosanitaria, pues como quedó dicho, y se reitera, la consulta no puede suspenderse ni aun en situaciones excepcionales, pues no se les brinda la oportunidad de decidir ni opinar sobre un aspecto que los afecta de manera directa”

En consecuencia, el tribunal revoca la sentencia del a quo, ampara el derecho a la consulta previa y ordena a los accionados realizar la consulta previa en torno de las medidas de erradicación de la palma de aceite afectada por la pudrición del cogollo. Esta consulta debe iniciarse y culminar en el término de tres meses, a partir de la notificación de la sentencia. También se dispone que la consulta debe contar con la asesoría y acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y con la vigilancia de la Procuraduría General de la Nación, en el marco de las competencias propias de estos dos entes.

### 3.4. Solicitud de aclaración.

El 27 de noviembre de 2012 el ICA solicitó al tribunal aclarar su sentencia respecto de tres asuntos específicos: (i) el señalar de manera imprecisa que el ICA destinó recursos para brindar asistencia y apoyo en la erradicación por medio de FEDEPALMA, con la condición de

aplicar el método que juzgó más rápido y efectivo, lo cual no corresponde a la realidad; (ii) las medidas sanitarias son de aplicación inmediata, por lo que están exentas de la aplicación de la Ley 1437 de 2011, ya que está en juego el interés general; y (iii) la consulta previa no comporta la obligación de obtener el consentimiento del consultado sobre aspectos particulares de política pública, ya que un grupo de la población no tiene el derecho de vetar decisiones que afectan a todo el país[50].

La anterior solicitud fue resuelta el 11 de diciembre de 2012[51]. En su providencia el tribunal advierte que el primer asunto, al no incidir de manera directa en la decisión es inane, dado que en todo caso no se realizó la consulta previa, como ha debido hacerse. En cuanto a los dos asuntos restantes, señala que la facultad de aclaración “no puede ser tomada para asignarle a la respectiva providencia un sentido o un carácter determinado diferente al que se deduzca de su contenido”, y que al juez le está vedado volver a examinar el litigio con motivo de la aclaración. Por tanto, en vista de que se está frente al “sentido de una decisión cuya interpretación no puede ser considerada como insondable”, niega la solicitud de aclaración.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-[52].

### 2. Intervención del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural como amicus curie.

El 1 de marzo de 2013 el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural se presenta como amicus curie ante este tribunal, con el propósito de señalar algunos elementos que considera pertinentes para decidir el caso.

Argumenta que el ICA es responsable de prevenir, controlar y reducir los riesgos sanitarios, biológicos y químicos que afecten la sanidad animal y vegetal del país y, además, responsable de garantizar la calidad de los insumos agrícolas y del material genético animal y de las semillas que se usan en Colombia[53]. En atención a estas responsabilidades y en

ejercicio de sus competencias, el ICA declaró el estado de emergencia fitosanitaria en Tumaco, dada la afectación de las plantaciones de palma africana.

En el anterior contexto, la decisión del tribunal,

(...) produce gravísimos alcances y se constituye en un precedente, al limitar la acción de ICA, como autoridad competente, para emitir medidas sanitarias y fitosanitarias de emergencia que pretendan salvaguardar el estatus sanitario y fitosanitarios (sic.) del país.

En caso de prosperar la situación antes descrita, esto es, que el ICA no pueda expedir en el futuro medidas sanitarias o fitosanitarias de urgencia, en algunos territorios del país, sin antes consultar a minorías étnicas, es pretender que ante la existencia o amenaza de problemas urgentes de protección sanitaria o fitosanitarias (sic.), el ICA esté impedido para realizar las acciones de emergencia que son necesarias, para que de forma oportuna se erradique el riesgo existente. Todo esto sin mencionar la paralización de campañas de prevención y control de enfermedades.

Para poner en contexto, nos permitimos plantear el siguiente interrogante: ¿en un futuro inmediato, el ICA tendría que someter a consulta todo tipo de planes, programas o medidas, que de forma urgente, (sic.) pretendan controlar enfermedades como la roya en el café, la monilia en el cacao, la sigatoka en el banano, la aftosa en el ganado, o más grave aún, la tuberculosis bovina (grave zoonosis) que podría provocar no sólo pérdidas económicas, sino además perjudicar la salud humana y restringir la comercialización de animales o sus productos?

### 3. Admisibilidad de la demanda de tutela.

#### 3.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental.

Los actores afirman que la aplicación inconsulta del químico MSMA master en el proceso de erradicación de las palmas africanas afectadas por la pudrición del cogollo, vulnera sus derechos fundamentales a participar en las decisiones que los afecten, a la libre determinación de las comunidades que representan y a la consulta previa. Y así lo afirman, porque consideran que la aplicación de este químico les ha generado un daño.

### 3.2. Legitimación por activa.

Los ciudadanos Antonio Alegría y Anderson Orobio Sierra están legitimados para presentar la acción de tutela en su condición de representantes legales del Consejo Comunitario del Alto Mira y Frontera y del Consejo Comunitario Bajo Mira y Frontera[54], respectivamente. Ambos Consejos Comunitarios están reconocidos por el Municipio de Tumaco, que así lo certifica por medio de su Secretario de Gobierno Municipal. En la certificación también aparecen las autoridades de dichos consejos comunitarios y sus representantes legales[55].

### 3.3. Legitimación por pasiva.

El ICA, en tanto dispuso en la resolución que declara la emergencia fitosanitaria la posibilidad de erradicar las palmas enfermas con la aplicación del químico cuestionada, FEDEPALMA, en cuanto celebró un contrato de cooperación para hacer posible esta aplicación, y PALMASUR, en cuanto se ocupó de la aplicación misma, aparecen como responsables de la conducta que los actores consideran vulneratoria de sus derechos fundamentales y, por lo tanto, están legitimadas en el proceso.

### 3.4. Inmediatez.

Dado que la erradicación de palma africana enferma por el método químico se viene desarrollando a partir de la primera declaración de emergencia: 23 de febrero de 2011, y prosigue hasta la actualidad bajo el amparo de la segunda declaración de emergencia: 31 de agosto de 2012, que prevé un término de vigencia de un año, se satisface el requisito de inmediatez.

### 3.5. Subsidiariedad.

En las Sentencias SU-383 de 2003, T-514 de 2009 y T-698 de 2011 se advirtió que, en razón de la especial condición de vulnerabilidad de los pueblos indígenas y tribales, como es el caso de las comunidades negras, el mecanismo idóneo para su protección es la acción de tutela. En el caso sub examine, pese a haberse ejercido otras acciones, entre ellas la acción popular y la de grupo, éstas no tienen la idoneidad y eficacia de la acción de tutela para salvaguardar los derechos fundamentales que se señalan como vulnerados. En vista de las

anteriores circunstancias, en este caso se satisface el requisito de subsidiariedad.

#### 4. Problema Jurídico.

La Sala Segunda de la Corte Constitucional resolverá si en el proceso de erradicación de palma africana afectada por la pudrición del cogollo en el Municipio de Tumaco, por el método de confinado por inyección, se vulneraron los derechos a la participación, a la libre determinación y a la consulta previa de las Comunidades Alto Mira y Frontera y Bajo Mira y Frontera.

4. Cargo: vulneración de los derechos de participación, de libre determinación y de consulta previa de los grupos afrodescendientes que habitan en las Comunidades Alto Mira y Frontera y Bajo Mira y Frontera, en el proceso de erradicación de palmas africanas por el método de confinado por inyección.

##### 4.1. Concepto de inconstitucionalidad en la demanda.

La demanda, más que señalar acciones que afecten la identidad y singularidad de las dos comunidades negras, cuestiona la aplicación del químico MSMA master como método de erradicación de las palmas africanas afectadas por la pudrición del cogollo. Y la cuestiona porque estas comunidades no pudieron participar, por medio de la consulta previa, de la decisión de aplicar este químico a los cultivos enfermos, y porque no se realizó un estudio de manejo ambiental y no se formuló un plan de manejo ambiental adecuados para este propósito. En este contexto, solicitan la consulta porque consideran que el uso de este químico les ha generado un daño.

##### 4.2. Parámetros normativos.

Para establecer el alcance de los derechos a la participación, a la libre determinación y a la consulta previa de los pueblos tribales, son relevantes los artículos 2, 7, 40, 93, 95.5, 103 a 106, 330, 339, 340, 342 y 344 de la Constitución Política; los artículos 1, 2, 5 y 6 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991. De cada uno de estos referentes y de su alcance se da cuenta en los puntos siguientes.

##### 4.3. El derecho de todos a participar en las decisiones que los afectan.

Uno de los fines esenciales del Estado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Política, es el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.

Este fin esencial se enmarca en el contexto de la democracia participativa. Al Estado no le basta con abstenerse de obstaculizar la participación de las personas, sino que tiene el deber de promoverla, por medio de diversos instrumentos, dentro de los cuales se encuentran los mecanismos de participación ciudadana: voto, plebiscito, referendo, consulta popular, cabildo abierto, iniciativa legislativa y revocatoria del mandato, reconocidos en el artículo 103 de la Constitución. Además de estos mecanismos existen otros escenarios de participación, como es el caso de los consejos de planeación (art. 340), tanto en el ámbito nacional como en el ámbito local. Así lo reconoce la Corte en la Sentencia C-089 de 1994, y lo reitera en la Sentencia T-596 de 2002.

Del fin examinado surge también un derecho-deber para los personas, previsto en el artículo 95.5, de “participar en la vida política, cívica y comunitaria del país”.

#### 4.4. El derecho a participar de los pueblos indígenas o tribales en las decisiones que los afectan.

La participación de los pueblos tribales en las decisiones que los afectan, además de enmarcarse dentro de los parámetros propios de la participación de todos en las decisiones que los afectan, tiene una serie de particularidades especiales. La primera de ellas, y la más relevante, es la de que sus parámetros normativos, además de estar dados por los artículos 2, 7, 40, 103 y 330 de la Constitución Política, surgen del Convenio 169 de la OIT – aprobado por la Ley 21 de 1991- que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta, hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto[56].

A partir de los referentes constitucionales anotados, es posible advertir que el contexto de la participación de los grupos indígenas y tribales es el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Este mismo contexto es el que permite comprender el Convenio 169 de la OIT, en cuyo artículo 1 se precisa que éste se aplica (i) a los pueblos tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y estén regidos por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; (ii) a los pueblos considerados indígenas por el

hecho de descender de poblaciones que habitan el país o una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o establecimiento de las actuales fronteras, cualquiera sea su situación jurídica, y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Para determinar los pueblos tribales o indígenas es un criterio fundamental el de su conciencia sobre su identidad.

En aquellos eventos en los cuales el Convenio sea aplicable, el Estado debe desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática para proteger sus derechos y garantizar el respeto a su integridad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del mismo. Esta acción debe concretarse en medidas que: (i) aseguren a los miembros de los pueblos gozar de los mismos derechos y oportunidades del resto de la población; (ii) promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos, con respeto de su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones; y (iii) ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas respecto del resto de la población, de forma compatible con sus aspiraciones y forma de vida.

El convenio parte de reconocer y respetar las particularidades de los pueblos tribales o indígenas. En el contexto de este reconocimiento y respeto, surge un modelo de interrelación con estos pueblos, basado en la participación y la cooperación. Conforme al artículo 5 del Convenio, al aplicarlo se debe (i) reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de los pueblos, y considerar la índole de sus problemas individuales y colectivos; (ii) respetar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones; (iii) adoptar, con su participación y cooperación medidas para allanar las dificultades de estos pueblos para afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo.

#### 4.5. El derecho a la libre autodeterminación.

El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas o tribales, según lo precisa la Corte en la Sentencia C-293 de 2012, en la cual reitera lo dicho en la Sentencia T-973 de 2009, tiene tres ámbitos de protección, relacionados con diversos factores de interacción, así:

En el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a participar en las decisiones que los afectan. Ese

reconocimiento supone que en las relaciones entre estos pueblos y el Estado, la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración. Por lo tanto, estos pueblos tienen el derecho a ser consultados previamente con relación a las decisiones que los afecten, en los términos que determine la Constitución y la ley. Un segundo ámbito de protección, también externo, tiene que ver con la participación política de estas comunidades, en la esfera de representación nacional en el Congreso. Así, las comunidades indígenas tienen el derecho de participar en la circunscripción especial electoral prevista para ellas, de acuerdo con la Constitución. (...) Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva.

Dado que los pueblos indígenas o tribales tienen una identidad étnica y cultural diversa, valga decir, unos valores y una cosmovisión diferentes y especiales[57], y tienen el derecho a mantener esta identidad, el derecho a la libre autodeterminación tiene un significativo rol dentro de su vida social, pues en virtud de él estos pueblos pueden determinar sus instituciones y sus autoridades, darse normas, tomar decisiones y optar por formas de desarrollo o proyectos de vida[58].

No sobra recordar que el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, pese a su importancia, no es absoluto. En efecto, como se advierte en la Sentencia T-601 de 2011, este derecho debe ejercerse “de conformidad con sus referentes propios y conforme con los límites que señalen la Constitución y la ley[59], pues el pluralismo y la diversidad no son ajenos a la unidad nacional[60], ni a los valores constitucionales superiores[61]”.

#### 4.6. La consulta previa a pueblos indígenas o tribales.

La consulta previa, prevista en el artículo 6 del convenio, ha sido en la práctica el principal espacio de participación para los grupos indígenas o tribales. Este artículo prevé tres deberes en torno de la aplicación del convenio: (i) el deber de consultar a los pueblos interesados, conforme a procedimientos apropiados y por medio de sus instituciones representativas, las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos de manera directa; (ii) el deber de establecer medios idóneos para que los pueblos puedan participar, al menos de la misma forma que el resto de la población, en la adopción de decisiones que les conciernan; y (iii) el deber de disponer medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de dichos pueblos. Las consultas deben hacerse de buena fe y de manera adecuada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.

En una sentencia reciente, la T-376 del 2012, la Sala Corte se ocupó in extenso de la consulta previa, a partir de su fundamento constitucional[62], de los criterios generales[63] y las subreglas aplicables[64], de su procedencia[65], de los conceptos de territorio[66] y de afectación directa y de las recientes decisiones sobre la materia[67].

Por su especial relevancia para el caso, conviene traer a cuenta la reflexión que se hace en la sentencia antedicha sobre el concepto de afectación directa, a saber:

22. De la exposición realizada hasta este punto se desprenden entonces 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 desprende 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 recién reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se orienta 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.

Para precisar aún más el concepto de afectación directa, conviene traer a cuenta también lo dicho por este tribunal en la Sentencia C-293 de 2012, en la cual se reitera el criterio de que:

En relación con las decisiones que afectan directamente a las comunidades étnicas, esta misma sentencia precisó que “lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar directamente 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”. Concluyendo que en cada caso concreto debe establecerse si opera el deber de consulta, bien sea porque se está ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones de las comunidades étnicas, o porque del contenido material se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que le son propios.

Ahora bien, a fin de establecer si la consulta es obligatoria en un caso concreto, por afectar directamente a las mencionadas comunidades, la jurisprudencia constitucional ha señalado que hay “afectación directa cuando la ley altera el status de la persona o comunidad bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o por el contrario le confiere beneficios. De manera que procede la consulta, cuando la ley contiene disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal afecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta[68]”.

#### 4.7. Caso concreto.

4.7.1. Necesidad de declarar la emergencia fitosanitaria. La pudrición del cogollo, según se desprende de acerbo probatorio[69], es una enfermedad grave, contagiosa e irreversible[70], que afecta la palma africana.

Es grave, porque el hongo que la causa: la *Phytophthora palmivora*, que se propaga gracias al insecto *Rhynchophorus palmarum*, destruye el tejido vegetal del cogollo de la palma y abre una brecha para que penetren en ella otras plagas, lo que a la postre lleva a la muerte de la planta.

Es contagiosa, porque la *Phytophthora palmivora* se propaga muy bien en condiciones de

alta lluvia y humedad relativa e inundaciones, como las que tiene el Municipio de Tumaco, que fueron agravadas por las inundaciones acaecidas en los meses recientes.

Es irreversible, porque no existe un método biológico o químico adecuado para tratar la enfermedad, de suerte tal que una vez enferma la planta no puede recuperarse o someterse a tratamiento.

Ante estas circunstancias objetivas, reveladas por la ciencia, cuando se detecta la presencia de la enfermedad de la pudrición del cogollo, solo hay una posibilidad: erradicar las plantas enfermas. Mantener las plantas enfermas no les ayuda en nada, pues la enfermedad es irreversible, pero sí pone en grave riesgo de contagio a las plantas sanas.

La enfermedad de la pudrición del cogollo afecta a todas las palmas africanas cultivadas sin distinción alguna. Los límites a su propagación están dados por el espacio, pues sus agentes de transmisión no alcanzan a cubrir grandes extensiones de terreno, y por las condiciones climáticas: lluvia y humedad relativa.

Cuando la presencia de la enfermedad es evidente y los cultivos afectados corresponden a una cifra significativa, en este caso 29.000 hectáreas de 35.000 hectáreas, valga decir, se está frente a una epidemia, no queda alternativa diferente a declarar la emergencia fitosanitaria. Esto es tan evidente que ni los actores, ni los intervenientes, ni los jueces, lo ponen en duda en el proceso.

4.7.2. Competencia para declarar la emergencia fitosanitaria. Ante la necesidad objetiva de declarar la emergencia fitosanitaria en el Municipio de Tumaco, debido a las anteriores circunstancias, el ente competente para hacerlo, que es el ICA, profirió la Resolución 1022 del 23 de febrero de 2011.

Dada la agresividad de la plaga y las dificultades para erradicar las palmas afectadas, la anterior resolución fue modificada por la Resolución 4750 del 5 de diciembre de 2011, en la cual se señalan una serie de métodos de erradicación aceptables, conforme a criterios técnicos y científicos. Estos métodos pueden ser mecánicos o químicos. Entre los primeros están la erradicación con palín, con motosierra o con excavadora. Entre los segundos aparece la erradicación por confinado por inyección.

En vista de la persistencia de la crisis, fue necesario declarar por segunda vez el estado de emergencia fitosanitaria, por medio de la Resolución 2854 del 31 de agosto de 2012. En la actualidad, esta declaración está vigente.

La competencia del ICA para declarar la emergencia no es objeto de disputa en el proceso.

4.7.3. Erradicación de la palma africana enferma. Dado que la epidemia afecta a todas las palmas africanas y, por lo tanto, a todas las personas que en su condición de agricultores las cultivan, son estas personas las afectadas de manera directa por la declaración de la emergencia. A más de esta afectación general, en el expediente no se vislumbra ninguna afectación particular o especial para los actores.

La principal consecuencia de declarar la emergencia fitosanitaria para estas personas es la obligación de erradicar las plantas enfermas. Los agricultores, sin que sea relevante para estos efectos su raza, etnia, cultura, condición económica, convicción política o religiosa, deben erradicar las palmas afectadas por la pudrición del cogollo para evitar su propagación y el consiguiente contagio de plantaciones sanas[71].

Ante la existencia de esta epidemia vegetal, la declaración de emergencia fitosanitaria es una medida necesaria e inevitable, que afecta de manera uniforme a todos los colombianos que se dedican a cultivar palma africana en el Municipio de Tumaco, y que prima facie no afecta de manera especial, en su condición de tales, a los pueblos indígenas o a los pueblos tribales que viven en ese territorio. Y es que el adoptar medidas de emergencia, requeridas por una crisis de salubridad vegetal, declarada a partir de unos elementos de juicio objetivos y conforme a la ciencia, en principio no afecta de manera directa a los pueblos tribales que promovieron la acción de tutela, pues no altera su estatus ni afecta su cultura diversa.

Tan evidente es lo anterior que incluso en lo que uno de los actores denomina prueba reina, esto es, en el acta de la reunión llevada a cabo por la Personería Municipal de Tumaco[72], además del personero y de los representantes de las comunidades que presentan la tutela, asisten agricultores, dirigentes sociales de grupos de cultivadores de palma, delegados del gobernador y del defensor del pueblo. Y es que todos ellos, e incluso los que no asistieron o no estuvieron representados en esta reunión, si en su condición de

agricultores tenían cultivos de palma africana en dicho municipio, estaban afectados tanto por la enfermedad como por la declaración de emergencia.

4.7.4. Métodos de erradicación. Si bien la erradicación de las plantas afectadas es obligatoria, no ocurre lo mismo respecto de los métodos previstos para llevarla a cabo. Entre una serie de métodos idóneos para la erradicación, el ICA solo acepta cuatro: con palín, con motosierra, con retroexcavadora y confinado por inyección. De estos cuatro métodos cada agricultor puede elegir el que prefiera.

Por lo tanto, el hecho mismo de aplicar MSMA master, obedece a la decisión libre y voluntaria de cada agricultor, sin la cual esto no sería posible. El empleo del método químico de erradicación cuenta con la autorización del agricultor, sea propietario o poseedor del predio en el cual está el cultivo, conforme a un formado de carta de entendimiento para la erradicación[73]. En este el propietario o poseedor manifiesta, en lo relevante para el caso, lo siguiente:

1. Que autorizo el ingreso a mi predio el (sic.) personal de cuadrilla definido por la Planta de Beneficio \_\_\_\_\_.
2. Que autorizo se lleve a cabo el proceso de erradicación de \_\_\_ plantas enfermas con la PC (conforme a la verificación) y todas las labores que acompañen este proceso para que sea totalmente exitoso en la zona.
3. Que autorizo que se lleve a cabo la erradicación química.
4. Que me comprometo a seguir todas las instrucciones que los técnicos y la Planta de Beneficio me den sobre el proceso de erradicación.
5. Que me comprometo a seguir todas las precauciones que debo tener frente al uso del herbicida con personas, animales y plantas que habiten la finca.
7. Que informaré cualquier anormalidad que se presente en mi predio y que tenga relación con el proceso de erradicación.

(...)

En vista de las anteriores circunstancias, para satisfacer la pretensión de los actores de que se suspenda la aplicación del químico MSMA master, basta con que ninguno de los agricultores brinde su consentimiento para ello, pues sin este consentimiento la aplicación no es posible.

De otra parte, nada impide a los agricultores que así lo deseen optar por otro medio de erradicación de las plantas afectadas, pues, se reitera, la erradicación por confinado por inyección no es obligatoria, ya que existen al menos otros tres métodos alternativos, a los cuales no se hace reparo alguno en la tutela, con los que se puede cumplir la obligación de erradicar dichas plantas.

Pese a la evidencia de las anteriores circunstancias, los actores se aferran a la hipótesis de que el método de confinado por inyección se impuso de manera inconsulta a las comunidades que representan.

Sin embargo, al revisar el acervo probatorio, ni del texto de las resoluciones en comento ni de su contexto se infiere o se puede inferir que la erradicación con el método de confinado por inyección sea obligatoria o forzosa. Por el contrario, estas resoluciones tienen este método como aceptable, siempre que se sigan los protocolos correspondientes, al igual que otros tres métodos, entre los cuales cada agricultor puede elegir. Lo que es obligatorio es erradicar las palmas enfermas, no el método empleado para lograr este fin, que puede elegirse de manera libre entre un elenco de métodos posibles, valga decir: el presupuesto principal del empleo del método de erradicación por confinado por inyección es la decisión voluntaria del agricultor de emplearlo.

4.7.5. Erradicación con el método de confinado por inyección. Los agricultores que toman la decisión de emplear este método de erradicación, deben aplicar a las palmas enfermas, por medio de una inyección, una dosis del químico MSMA master, conforme a una serie de pautas técnicas y de recomendaciones, propias de la aplicación de cualquier herbicida, previstas tanto en las resoluciones como en otros documentos técnicos.

En el marco del convenio de cooperación técnica al que se alude atrás, los agricultores que optan por emplear este método cuentan con asesoría y apoyo en el proceso de aplicación del químico. La aplicación propiamente dicha fue realizada por Palmasur.

La censura al método de erradicación de confinado por inyección se centra en los efectos nocivos y peligrosos que tiene para la vida humana, animal y vegetal y, en general para el medio ambiente, aplicar el químico MSMA master.

El efecto nocivo y peligroso del aplicar este químico se funda en tres apoyos empíricos: los daños causados a la población humana y animal, dado que hay reportes de al menos un niño muerto y de varios más intoxicados, y de animales muertos; la existencia de denuncias penales que dan cuenta de estos hechos; y el documento tomado del registro federal, en el que aparece un aviso de la EPA (US Environmental Protection Agency)[74]. De ahí que propongan suspender esta aplicación, realizar una serie de estudios y planes de manejo ambiental y someter la decisión de usar este químico en tareas de erradicación a consulta previa de sus comunidades.

Al revisar el acervo probatorio, los tres pilares en los que se soporta la afirmación sobre el efecto nocivo y peligroso de aplicar el referido químico, no se sostienen. Y no lo hacen, porque: (i) no se pudo establecer que la muerte del niño obedeció a intoxicación por MSMA[75], ni hay evidencia de intoxicación de personas con este químico[76], y tampoco la hay respecto de los animales; (ii) la mera denuncia penal de unos hechos, no implica o garantiza su existencia y consistencia, materias que deben ser objeto de investigación por las autoridades; y (iii) en el documento referido, la EPA se limita a anunciar que, por solicitud voluntaria de algunos de sus titulares, se procede a cancelar los registros productos que contienen MSMA, sin que esto afecte a los demás titulares y, lo que es más relevante, sin que ello implique que la distribución o venta de estos productos está prohibida. En un número posterior del registro federal (Vol. 78, No. 59 del 27 de marzo de 2013), se reitera lo dicho, se da noticia de que esta en curso un proceso administrativo sobre el particular y se afirma que existen usos permitidos para este químico.

La afirmación de los actores, además de su debilidad probatoria intrínseca, enfrenta múltiples medios de prueba que permiten aseverar lo contrario, como es el caso de los estudios toxicológicos hechos por las autoridades de salud[77], la licencia ambiental para la importación del químico y el concepto técnico sobre su evaluación de impacto ambiental en que se basa[78], y el registro de venta que permite comercializarlo y usarlo[79].

En conclusión, si bien los actores representan a un grupo de especial protección

constitucional, en razón de su carácter minoritario y al interés superior de proteger su identidad cultural, en este caso la erradicación de las palmas enfermas por el método de confinado por inyección no afectó sus costumbres ni generó daño en su vida en relación.

## 5. Razón de la decisión.

### 5.1. Síntesis del caso.

No se concede el amparo a los actores, que obran en nombre de los Consejos Comunitarios Alto Mira y Frontera y Bajo Mira y Frontera, por no haberse constatado la vulneración de los derechos a la participación, a la libre autodeterminación y a la consulta previa, ni menoscabo alguno a su singularidad cultural. La erradicación de la palma africana enferma con la pudrición del cogollo en el Municipio de Tumaco se ordenó en el marco de una emergencia fitosanitaria, declarada con fundamento en circunstancias científicas objetivas y, en todo caso, no les produjo una afectación directa y especial a dichas comunidades, diferente a la sufrida por los demás agricultores de esta especie vegetal, capaz de alterar su estatus o afectar su cultura diversa. Además, en cuanto a la aplicación del químico MSMA master, que es el objeto mismo de la tutela, no se encontró evidencia de su efecto nocivo y peligroso. Por el contrario, se pudo verificar que existen numerosos medios de prueba técnicos que permiten sostener que su aplicación es viable, siempre y cuando se sigan los protocolos técnicos del caso.

### 5.2 . Regla de decisión.

Las decisiones tomadas bajo el amparo de una emergencia fitosanitaria declarada como consecuencia de una epidemia vegetal, en tanto obligan a todas las personas que, como agricultores, cultivan la especie vegetal enferma, no afecta de manera especial y directa a los pueblos tribales o indígenas y, por lo tanto, no deben someterse a consulta previa.

## III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Segundo.- NEGAR el amparo de los derechos a la participación, a la libre autodeterminación y a la consulta previa de los Consejos Comunitarios Alto Mira y Frontera y Bajo Mira y Frontera, por no haberse constatado su vulneración.

Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ                    CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO                    GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO                    MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folios 1 a 7, c. 1.

[3] El Secretario de Gobierno Municipal de Tumaco también certifica que está inscrito y

registrado y, por tanto, tiene reconocimiento jurídico el Consejo Comunitario Bajo Mira y Frontera, cuyo representante legal es Anderson Orobio Sierra (Folio 158, c. 1).

[4] Folios 259 a 262, c. 1.

[5] Folios 83 y siguientes, c. 1.

[6] Folios 84 a 87, c. 1., repetido de manera parcial a Folios 108 y 109, c. 1.

[7] Folios 75 y 76, c. 1, repetido a Folios 88 y 89, c.1.

[8] Folios 92 y 93, c. 1.

[9] Folios 94 y 95, c. 1.

[10] Folios 96 a 102, c. 1.

[11] Folios 103 a 107, c. 1.

[12] Las discrepancias de estos valores y los enunciados atrás son del documento original.

[13] Folio 81, c. 1.

[14] Folios 14 a 15 A, c. 1.

[16] Folios 45 a 51, c. 1

[17] Folios 61 a 63, c. 1.

[18] Las notas remisorias aparecen a folios 64 y siguientes del cuaderno 1.

[19] Este aserto se basa en dos informes técnicos de Proficol, visibles a Folios 18 a 26, c. 1.

[20] Folio 55, c. 1

[21] Folios 56 a

[22] No aparece prueba en el expediente de esta denuncia.

[23] Folio 60, c. 1.

[24] A Folios 119 y 120, c. 1, aparece una parte de la intervención.

[25] Folios 110 a 113, c. 1.

[26] Folios 77 a 79, c. 1.

[27] Folio 80, c. 1.

[28] Folios 115 y 116, c. 1.

[29] Folios 37 a 15 A, c. 1.

[30] Folios 121 y siguientes, c. 1.

[31] Una fotocopia de este documento, traducido al castellano, es visible a Folios 130 y ss., c 1.

[32] Folios 134 a 147, c. 1.

[33] Folios 148 a 156, c. 1.

[34] Folios 161 a 167, c. 1.

[35] Folios 176 y siguientes, c. 1.

[36] Folio 185, c. 1.

[37] Folios 203 a 209, c. 1.

[38] Folios 210 a 214, c. 1.

[39] Folios 216 a 219, c. 1.

[40] Folios 220 a 236, c. 1.

[42] La aplicación del químico se hace por inyección, no por aspersión, como se ilustra en las fotografías visibles a folios 229, 240, 241, 277 del cuaderno 1.

[43] Folios 300 a 312, c. 1.

[44] Supra 2.5.

[45] Folios 319 a 322, c. 1.

[46] Folios 323 a 328, c. 1.

[47] Folios 396 a 413, c. 1.

[48] Supra 1.1.2.3.21.

[49] Folios 6 a 21, c. 2.

[50] Folios 26 a 32, c. 2.

[51] Folios 35 a 38, c. 2.

[52] En Auto del 15 de febrero de 2013 de la Sala de Selección de tutela No. 02 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

[53] Ley 101 de 1993 y Decretos reglamentarios 1840 de 1994 y 4003 de 2004.

[54] Ambos consejos comunitarios corresponden a comunidades negras.

[55] Supra 1.1.3.

[56] Ver, entre otras, la Sentencia SU-383 de 2003.

[57] Cfr. Sentencia T-778 de 2005.

[58] Sentencias T-514 de 2000 y T-973 de 2009.

[59] Sentencia T-973 de 2009.

[60] Sentencia T-254 de 1994.

[61] Sentencia T-811 de 2004.

[62] El discurso sobre el fundamento se remonta hasta la Sentencia T-380 de 1993, que sería la fundadora de la línea jurisprudencial, y se ocupa de manera detallada de revisar el contenido y el alcance del convenio.

[63] Estos criterios se fijan a partir de la Sentencia T-129 de 2011, y son los siguientes:

"11. 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, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes".

[64] Con base en las Sentencias T-129 y T-693 de 2011 y T-129, que reiteran y sistematizan la materia, se da cuenta de las siguientes subreglas:

"12. 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); (ii) 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".

[65] En cuanto a la procedencia se precisa: en los primeros casos (Sentencias T-428 de 1992, T-380 de 1993 y SU-039 de 1997), ésta se centró en proyectos de construcción de carreteras o de explotación forestal y petrolífera; en casos posteriores (Sentencias T-652 de 1998, T-769 de 2009, T-547 de 2010, T-129 y T-693 de 2011), ésta tuvo como eje grandes proyectos de infraestructura, como construcción de represas y puertos, y concesiones mineras; lo anterior no es óbice, según se dice de manera explícita en la Sentencia T-736 de 2012, para que la consulta proceda en otros supuestos diferentes.

[66] Para fijar el concepto de territorio, para efectos de la consulta previa, la Corte se vale de la Sentencia T-188 de 1993 y de varias sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que van desde la proferida en el caso Mayagna (Sumo) Awnas Tingni v. Nicaragua (2001), que se considera como la fundadora de línea, hasta el caso Saramaka v. Surinam (2007).

[67] Entre otras, las Sentencias C-175 T-de 2009, T-129 de 2011 y T-244 de 2012.

[68] Sentencias C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-750 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; entre otras.

[69] Supra 1.2.

[70] Supra 2.6.

[71] Artículo 3 de la Resolución 1022 de 2011.

[72] Supra 1.2.3.21.

[73] Este formato, en sus dos versiones: para persona natural y para persona jurídica, aparece a folios 294 y 295, c. 1.

[74] Supra 1.2.3.20.

[75] Supra 1.2.3.15.

[76] Supra 1.2.3.17.

[77] Supra 1.2.3.2., 1.2.3.3. y 1.2.3.6.

[78] Supra 1.2.3.4.

[79] Supra 1.2.3.1. y 1.2.3.7.