

Sentencia T-300/17



Referencia: Expediente T-4.615.032

Cabildos Indígenas Kiwe Ukwe, Yu'Çxijme, Yu'kh Zxiçkwe, Nasa Kwuma Te'wesx, Kwe'sx Kiwe y el resguardo indígena de Santa Rosa de Juanambú, Campo Alegre, Alpes Orientales y La Floresta Alto Coqueto contra la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Magistrado Ponente:
AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Aquiles Arrieta Gómez (e), quien la preside, Alberto Rojas Ríos y José Antonio Cepeda Amarís (e), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de segunda instancia proferida el 25 de septiembre de 2014, por la Sala de Decisión de Tutelas No. 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la sentencia de primera instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 22 de julio de 2014, dentro de la acción de tutela promovida por los Cabildos Indígenas Kiwe Ukwe, Yu'Çxijme, Yu'kh Zxiçkwe, Nasa Kwuma Te'wesx, Nasa Kwe'sx Kiwe y el resguardo indígena de Santa Rosa de Juanambú Campo Alegre Alpes Orientales La Floresta Alto Coqueto, contra la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, el Ministerio del Interior,

el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.¹

I. ANTECEDENTES

El abogado David Alirio Uribe Laverde, integrante de la Comisión Intereclesial e Justicia y Paz, actuando como apoderado de los gobernadores y representantes de los Cabildos Indígenas Kiwe Ukwe, Yu'Çxijme, Yu'kh Zxcxkwe, Nasa Kwuma Te'wesx, Nasa Kwe'sx Kiwe, el resguardo indígena de Santa Rosa de Juanambú, Campo Alegre, Alpes Orientales, La Floresta Alto Coqueto, todos pertenecientes a la Asociación Consejo Regional del Pueblo Nasa del Putumayo Kwe'x Ksxa'w, solicita que se les amparen los derechos fundamentales a la consulta previa, a la identidad cultural y étnica y al mínimo vital, y en consecuencia, que se ordene a las entidades públicas demandadas suspender las operaciones por aspersión aérea con glifosato que hayan de ejecutarse o se estén ejecutando sobre el territorio en el que habitan las comunidades indígenas en los municipios de Orito y Puerto Caicedo, departamento del Putumayo, hasta tanto se realice un proceso de consulta previa con aquellos pueblos étnicos presuntamente afectados en observancia de los parámetros constitucionales. Igualmente, solicita que, con base en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, se indemnice integralmente a los pueblos indígenas *“por la afectación a sus cultivos, medios de trabajo y bienes de supervivencia, y demás perjuicios materiales que han sufrido como consecuencia de las operaciones aéreas de fumigación con glifosato”*.

1. Hechos y solicitud

1.1. El apoderado de las comunidades indígenas accionantes afirma que entre abril de 2011 y junio de 2013, se realizaron cinco aspersiones aéreas con glifosato en el territorio perteneciente a estas comunidades.² Estas aspersiones, según el apoderado, habrían afectado *“cultivos de alimentación”, “cultivos de pancoger y algunas hectáreas dedicadas a pastos”, “áreas sembradas con fines espirituales y medicinales del cabildo indígena”, y “áreas de conservación forestal y fuentes hídricas protegidas por la comunidad indígena”*.

¹ El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión de la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección No. 11 de la Corte, el veintiuno (21) de noviembre de 2014, eligió para efectos de su revisión el asunto de la referencia.

² El apoderado individualiza las operaciones realizadas: (1) el 20, 28 y 29 de abril de 2011 en el territorio perteneciente al Resguardo indígena nasa Santa Rosa de Juanambú, Campo Alegre, Alpes Orientales y La Floresta Alto Coqueto, en el municipio de Puerto Caicedo, (2) el 15 de enero de 2013 sobre el cabildo indígena nasa Yu' Çxijme, en el municipio de Puerto Caicedo, (3) el 1 de febrero de 2013 sobre territorios pertenecientes a comunidades campesinas de la vereda Matecaña en el municipio de Puerto Caicedo, (4) el 2 de febrero de 2013 sobre el cabildo indígena nasa Kiwe Ukwe en el municipio de Puerto Caicedo, (5) el 14 de mayo de 2013 sobre el cabildo indígena Kwe'sx Kiwe y las comunidades campesinas de la inspección de Portugal y la vereda el Caldero, del municipio de Orito, (6) el 13 de junio de 2013 sobre el cabildo indígena nasa Yu'kh Zxiçxkwe en el municipio de Puerto Caicedo.

1.2. El 11 de marzo de 2013, afirma la tutela, miembros de las comunidades indígenas “ *fueron atacados* ” por miembros de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional que se encontraban realizando una operación de erradicación manual. Narra que

“Los integrantes del cabildo indígena Nasa KWE’SX ÇXA YU’ÇE exigieron a la policía que suspendiera las operaciones hasta tanto no se cumpliera con el requisito previo de ser informados y consultados. El Subteniente RODRIGO GONZÁLEZ, quien se hizo presente ante los reclamos de la comunidad, manifestó que en el mapa no aparecía registrada la comunidad, por ello estaban ahí y no se moverían. Adicionalmente, agregó que podrían acordar la erradicación de un número determinado de hectáreas y les dejaba el resto, pero si los hacían salir, les erradicaría todo. Por otro lado, las familias indígenas exigieron levantar el campamento instalado por la Policía Nacional en medio de las casas de habitación de civiles ya que ante un eventual ataque de la guerrilla se vería afectada la población. Los policías afirmaron que si se realizaba un ataque armado era responsabilidad de la comunidad.”

1.3. Señala adicionalmente que el 14 de marzo de 2013 algunas comunidades campesinas e indígenas de Puerto Caicedo “ *exigieron nuevamente el desalojo de las unidades del Ejército y la Policía Nacional que acompañaban las labores de erradicación hasta que no se garanticen los derechos fundamentales a la participación y la consulta previa y hasta que se construya un plan de contingencia* ”. Indica que ese mismo día ocurrió lo siguiente:

“En la tarde, hacia las 4:30 p.m., aeronaves militares sobrevolaron el área de los caseríos de las comunidades campesinas e indígenas mencionadas, ametrallando áreas boscosas, lo que generó pánico entre las familias de estas comunidades, ya que sus viviendas no se encuentran nucleadas sino que se hallan dispersas unas de otras, y no se tiene acceso de señal de comunicación celular. Los sobrevuelos de aeronaves militares continuaron hasta el día sábado 16 de marzo.”

1.4. De acuerdo con información suministrada por la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, en respuesta a un derecho de petición, las aspersiones aéreas con glifosato realizadas en el primer semestre de 2013 en Putumayo hicieron parte de las operaciones “ *Diosa del Chairá* ” (Orden de Servicios No. 0240 del 9 de abril de 2013) y “ *Onix XIII* ” (Orden de Servicios No. 0302 del 15 de mayo de 2013), en las cuales, a la fecha de la acción de tutela “ *se destinaron 310 barriles del herbicida Glifosato y 63 galones de coadyuvante Cosmoflux* ”.

1.5. De estas operaciones fueron excluidos tres áreas de parques nacionales, 34 resguardos indígenas, 52 veredas con proyectos productivos del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y 106 veredas de consolidación. Dentro de los resguardos excluidos se encuentra el resguardo Santa Rosa de Juanambú, Campo Alegre, Alpes Orientales y La Floresta Alto Coqueto, accionante en este proceso. El apoderado afirma que, no obstante lo anterior, *“el resguardo [...] no ha sido respetado como un área excluida de los programas de aspersión y su franja de seguridad ha sido desconocida afectando las comunidades que lo habitan”*. Asegura, adicionalmente, que dentro de las áreas excluidas de las órdenes de operaciones *“no se encuentran los territorios de los demás cabildos indígenas que denunciaron la violación a sus derechos como consecuencia de las fumigaciones [...] en razón a que sus territorios no se encuentran constituidos como resguardos”*.

1.6. Considera entonces que para definir las áreas que debían ser excluidas de las operaciones de aspersión aérea, *“era necesario consultar a las autoridades de los pueblos indígenas y las organizaciones que los agrupan, para que fueran éstas quienes indicaran cuáles comunidades o parcialidades indígenas existen y dónde se ubican, así sus territorios no estén constituidos como resguardos [...]”*. Para el apoderado, esta omisión causó afectaciones a *“cultivos de pancoger, pastos para alimentación de animales y áreas forestales, así como la contaminación de los cuerpos de agua”*. Agrega que las operaciones de aspersión aérea han sido causa de desplazamiento forzado en otros casos, plantean un riesgo para la salud física, de acuerdo con documentos del Ministerio de Salud y Protección Social, y generan impactos sobre áreas de importancia ambiental.

1.7. En relación con la ausencia de consulta previa, el apoderado destaca que, aunque antes del inicio de las operaciones “Diosa del Chairá” y “Onix XIII” se realizaron actividades de socialización, estas *“no constituyen auténticos escenarios de diálogo e interlocución con las comunidades, mucho menos un ejercicio de consulta previa, sino que representan simples actos de información frente al sistema de atención a quejas o el cumplimiento de los procedimientos legales para la ejecución de las operaciones”*.

1.8. Por último, recalca que *“los pueblos indígenas de los departamentos del Putumayo, Guaviare, Guainía, Amazonas y Caquetá, desde tiempos inmemoriales utilizan de manera tradicional la coca, uso que satisfacen con pequeños cultivos dentro de sus territorios, los que se ven amenazados con la fumigación indiscriminada desarrollada por el Estado colombiano, incluso sobre cultivos ilícitos fraccionados o mezclados con cultivos lícitos o áreas de especial protección ambiental”*.

2. Respuestas a la acción de tutela

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante auto del 10 de julio de 2014, admitió la demanda y corrió traslado a las

entidades demandadas. Además, negó una solicitud de medida provisional y ordenó vincular a la Presidencia de la República, al Ministerio de Defensa Nacional, al Instituto Nacional de Salud, al Consejo Nacional de Estupefacientes y a la Dirección Nacional de Estupefacientes.

2.1. Respuesta del Instituto Nacional de Salud

El Instituto Nacional de Salud solicita ser desvinculado del proceso, debido a que *“lo pretendido por el tutelante no se encuentra en el ámbito de las competencias que por ley le han sido otorgadas al Instituto Nacional de Salud”*. Además de resumir sus funciones legales, resalta que la Resolución 1054 de 2003, que estableció el plan de manejo ambiental vigente para la época de los hechos, solo le asignó a esta entidad la función de *“efectuar el seguimiento de las presuntas quejas por afectación a la salud derivadas de las operaciones de aspersión, mediante las notificaciones al SIVIGILA [...]”*. Afirma, en consecuencia, que *“el INS no tiene responsabilidad, ni tiene competencia frente a la Ejecución de las Aspersiones Aéreas con Glifosato”*.

2.2. Respuesta de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional

2.2.1. La Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional adujo la improcedencia de la tutela. Consideró que para obtener la indemnización solicitada, las comunidades accionantes debían acudir a la acción de reparación directa y, para los demás aspectos de la acción de tutela, debían hacer uso de la acción popular o la acción de grupo. Agregó que la tutela no cumplía con el requisito de inmediatez, ya que pasaron doce meses entre la última fecha en que presuntamente se realizó la aspersión aérea y la presentación de la acción de tutela. Además, indicó que en el caso no se encontraban probados los supuestos de un perjuicio irremediable que permitirían interponer la tutela como mecanismo transitorio. En el desarrollo de este último argumento, la Dirección Antinarcóticos se refirió específicamente a las afirmaciones del apoderado de las comunidades accionantes en relación con un ataque realizado contra los habitantes de Puerto Caicedo el 11 de marzo de 2013. Señaló que *“[d]icha actividad fue corroborada por esta Dirección, encontrando que para las fechas mencionadas no se realizó ninguna solicitud de baja de material de guerra”*. Adjuntó a su contestación un oficio, fechado el 12 de julio de 2014, en el cual el Técnico Responsable del Taller de Armamento Aéreo certifica que *“entre el jueves 14 hasta el sábado 16 de marzo de 2013, no hay solicitudes de bajas de material de guerra, que tengan la ubicación en el municipio de Puerto Caicedo (Putumayo), por parte de las aeronaves de nuestra institución”* y que *“para el día martes 14 de mayo de 2013 se encontró en nuestros archivos la solicitud número 03 de baja de 01 granada de humo de mano, [...]”*.

2.2.2. La Dirección de Antinarcóticos, se sostuvo, desarrolla las actividades de detección, aspersión y verificación, en el marco del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos por medio de aspersión aérea con Glifosato (PECIG), *“con*

plena observancia y en cumplimiento de las condiciones establecidas [...] en el Plan de Manejo Ambiental [...]". Señaló, adicionalmente, que antes de iniciar operaciones de aspersión *"se realizan reuniones de socialización con el acompañamiento de Funcionarios delegados por parte del Instituto Nacional de Salud, Instituto Colombiano Agropecuario, Ministerio de Justicia, Alcaldías Municipales, Personerías Municipales, Representantes de Comunidades Indígenas y Afrodescendientes, Unidad de Atención a Víctimas, Secretarías de Gobierno, Policía Nacional, entre otros"*, en las cuales se tratan varios temas, incluyendo el procedimiento de quejas derivadas de las aspersiones y el procedimiento para atención de quejas en la salud humana. Adjuntó las actas de siete socializaciones realizadas en el Departamento de Putumayo, así como copias de doce oficios remitidos a autoridades locales advirtiéndole sobre el inicio de las actividades de aspersión.

2.2.3. En relación con la consulta previa, reseñó el contenido de la sentencia SU-383 de 2003 y afirmó que

"En lo que tiene que ver con las aspersiones en resguardos indígenas la Policía Nacional – Dirección de Antinarcóticos es cumplidor de los mandamientos legales y constitucionales, es así como se advierte que solo es posible que se haga la erradicación de cultivos ilícitos de manera forzosa, una vez se haya agotado el proceso de consulta previa."

Sin embargo, afirmó igualmente que la responsabilidad de llevar a cabo la consulta previa, es del Ministerio del Interior, de acuerdo con el Decreto 4530 de 2008 y la Directiva Presidencial 01 de 2010.

2.2.4. Adjuntó al oficio, adicionalmente, constancias del Grupo de Atención de Quejas por Aspersión que dan fe de que en la Dirección de Antinarcóticos no se recibieron reclamaciones a nombre de las comunidades accionantes.

2.3. Respuesta de la Presidencia de la República

La Presidencia de la República argumentó en primer lugar que la tutela no cumplió el principio de subsidiariedad, pues *"para los efectos queridos por el demandante existe otra vía de defensa judicial, esta es, la acción popular"*. Para esos efectos citó un aparte de la sentencia SU-383 de 2003 que consideró improcedente la acción de tutela para la protección de intereses colectivos con ocasión de las aspersiones aéreas de cultivos ilícitos. Adicionalmente sostuvo que la tutela carecía de inmediatez, pues transcurrieron tres años y tres meses desde la primera operación de aspersión denunciada, y diez meses desde que el Ministerio del Interior informó, en respuesta a un derecho de petición, que no se había realizado consulta previa para estas operaciones. En este punto citó la sentencia T-154 de 2009 en la cual se negó por ausencia de inmediatez una tutela presentada por una comunidad indígena cerca de dos años después de los hechos.

2.4. Respuesta del Ministerio del Interior

La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior informó que, revisada su base de datos, *“no se evidenció con ningún registro de solicitud de inicio de proceso de consulta previa”* con los cabildos ni el resguardo accionante. Indicó que en estos casos el Ministerio del Interior actúa a petición de parte, por lo cual esta entidad *“no ha vulnerado ningún derecho fundamental ni ha causado perjuicio irremediable”* a los accionantes.

2.5. Respuesta del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

El Ministerio de Ambiente afirmó que la tutela es improcedente para proteger el derecho al ambiente sano, que puede ser invocado en una acción popular. Citó para estos efectos la sentencia SU-383 de 2003. Señaló adicionalmente que la tutela es improcedente por ausencia de legitimación por pasiva, ya que el Ministerio de Ambiente no es la entidad competente para ejecutar el PECIG.

2.6. Respuesta de la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación

La Dirección Nacional de Estupefacientes en liquidación señaló que las funciones de política antidrogas que anteriormente ejercía, fueron trasladadas en el año 2011 al Ministerio de Justicia y del Derecho. Adicionalmente señaló que la ejecución del PECIG corresponde a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional. En consecuencia, afirmó, la alegada violación de los derechos fundamentales *“NO provino de una actuación de la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación, pues [...] no realizó el planeamiento operacional, ni el reconocimiento de áreas de cultivos ilícitos, ni las operaciones de aspersión”*.

2.7. Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social

2.7.1. El Ministerio de Salud y Protección Social adujo que la tutela es improcedente por subsidiariedad. Afirma que *“si bien inicialmente procura la protección del derecho a la consulta previa, de la argumentación y las pretensiones esbozadas se desprende la protección de derechos colectivos como el medio ambiente, que cuentan con otras vías para demandar su protección, como es el caso de la acción popular, tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en Sentencia SU-383 de 2003 [...]”*. Al respecto, afirmó también que la tutela carece de inmediatez, porque *“el último presunto evento generador de vulneración ocurrió el martes 15 de mayo de 2013, es decir, hace más de un año contado a partir del auto admisorio de la demanda, sin acreditar las razones por las cuales después de un año se interpone la presente acción para obtener la indemnización de perjuicios causados”*.

2.7.2. Adicionalmente, indicó que el apoderado no acreditó los elementos de un perjuicio irremediable que podría posibilitar el uso de la tutela como mecanismo transitorio. Por último, aseguró que no se cumplieron los supuestos del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 para decretar una indemnización en abstracto, ya que *“en el caso concreto no se acredita un daño comprobado producto de una acción antijurídica o de una actividad indiscutiblemente arbitraria que genere una consecuente violación manifiesta del goce efectivo del derecho, y que el accionante cuenta con otros mecanismos judiciales para solicitar la indemnización de perjuicios [...]”*.

2.8. Respuesta del Ministerio de Justicia y del Derecho

2.8.1. Respecto de la procedibilidad de la acción, el Ministerio de Justicia planteó los mismos argumentos expuestos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

2.8.2. Sobre la ocurrencia de las aspersiones, manifestó que *“de acuerdo con las pruebas aportadas por el accionante como soporte a la demanda de tutela interpuesta, se demuestra que para la fecha reportada no se llevaron a cabo operaciones de aspersión en el departamento de Putumayo, menos en zonas de resguardo indígena, de acuerdo con las órdenes obrantes en el traslado realizado [...]”*. Describió el procedimiento que realiza el Gobierno Nacional, y en particular el Ministerio de Justicia y del Derecho, para realizar consulta previa con comunidades indígenas para la erradicación de cultivos ilícitos, indicando las entidades responsables para cada fase de la consulta. Informó adicionalmente que el 24 de enero de 2012, el Ministerio del Interior certificó la presencia de comunidades indígenas en 27 áreas. Dentro de esta certificación se relacionó el resguardo de Santa Rosa de Juanambú, Campo Alegre, Alpes Orientales y La Floresta Alto Coqueto.

2.8.3. El Ministerio relacionó las actividades de pre consulta realizadas entre 2009 y 2010, y afirmó adicionalmente que *“[la] comunidad del Resguardo Santa Rosa de Juanambú, Campo Alegre, Alpes Orientales y La Floresta Alto Coqueto fue invitada a la reunión de pre consulta, no obstante, no asiste al evento, por tal razón a la fecha no se ha surtido proceso de consulta previa con estas comunidades”*. Por último, respecto de la solicitud de suspensión de las operaciones, señaló que *“carece de fundamento la suspensión de una actividad que en la actualidad, de conformidad con las pruebas aportadas, no se viene desarrollando por la Policía Nacional”*, y respecto de la solicitud de realizar una consulta previa, dijo que *“si las zonas de resguardo no han sido priorizadas para futuras actividades de aspersión o erradicación, no se lleva a cabo la consulta, pues no habrá actividad a consultar”*. Por último afirmó la improcedencia de la indemnización en abstracto, debido a que *“los requisitos exigidos para la procedencia de dicha indemnización excepcional no se encuentran acreditados [...]”*.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 22 de julio de 2014, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá negó por improcedente la acción de tutela. La Sala observó que los bienes que las comunidades consideraban afectados, como los cultivos, los prados, las zonas de conservación forestal y los cuerpos de agua *“se trata de bienes colectivos que pertenecen en un todo a la comunidad y que carecen de contenido individual o subjetivo”*. Por lo tanto, afirmó, la tutela no era procedente. Adicionalmente consideró que la vulneración del derecho a la consulta previa se consumó al haberse realizado las aspersiones. Afirmó que *“la acción de tutela se refiere a hechos del pasado, que si bien afectaron a la comunidad accionante, en el presente no existe afectación alguna, por lo que se ha configurado una carencia actual de objeto por hecho consumado”*.

3.2. Sentencia de segunda instancia

El 25 de septiembre de 2014, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la anterior decisión. Sin embargo, también resolvió

“Requerir a la Dirección Antinarcóticos para que se abstenga de realizar procedimientos de fumigación para la erradicación de cultivos ilícitos sin el cumplimiento de los requisitos de orden legal.”

La Sala consideró que *“por la existencia de otro medio de defensa, la acción de tutela se torna improcedente”*, y que la omisión en la consulta previa *“ya no es posible hacerla cesar, circunstancia que indiscutiblemente da lugar a una carencia actual de objeto por hecho consumado”*.

4. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

4.1. Mediante auto del 6 de febrero de 2015, el despacho del Magistrado Sustanciador solicitó información a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, al Ministerio del Interior, al Instituto Nacional de Salud, al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Defensoría del Pueblo, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, al Ministerio de Justicia y del Derecho y además invitó a emitir conceptos técnicos al Instituto de Estudios Ambientales de la Universidad Nacional, Dejusticia, Red por la justicia ambiental en Colombia, Censad Agua Viva, Universidad del Rosario y Universidad de Los Andes. Posteriormente, mediante auto de 17 de abril de 2015, se suspendieron términos y se solicitó información adicional a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, al Ministerio de Defensa Nacional y a la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.³

³ Las pruebas e intervenciones recibidas se resumen en el Anexo I de esta providencia.

4.2. También se tuvo en cuenta las valoraciones y conclusiones a las que llegó esta Sala de Revisión en la sentencia T-236 de 2017, en la cual se indagó acerca de las evidencias que actualmente se tienen con relación a los impactos que puede tener el glifosato.⁴

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Corte Constitucional

La Sala Séptima de Revisión, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2. La acción de tutela presentada procede

2.1. Las comunidades accionantes se encuentran legitimadas para solicitar la protección del derecho a la consulta previa, y su apoderado cuenta con poderes debidamente otorgados para representar a estas comunidades en el proceso judicial.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2017 (MP Aquiles Arrieta Gómez). En esta oportunidad, durante la fase de revisión de la sentencia se profirieron varios autos de pruebas. [1] Se ordenó oficiar a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Defensoría del Pueblo. Además se comisionó a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Chocó para que practicara testimonios de miembros de las comunidades étnicas del municipio de Nóvita. [2] Se solicitó un informe al Ministerio del Interior sobre las prácticas tradicionales y características de los pueblos afrodescendientes del Departamento del Chocó. [3] Se ordenó a la Procuraduría General de la Nación realizar una visita de campo y allegar un concepto técnico. [4] Se solicitó informes al Ministerio de Justicia y del Derecho y a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional acerca de la decisión de suspensión de las aspersiones aéreas con glifosato. [5] Finalmente, el 7 de octubre de 2016, se profirió auto de pruebas requiriendo información adicional a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, al Ministerio de Salud y Protección Social, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Dirección para la Atención Integral de la Lucha contra las Drogas de la Presidencia de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Defensa Nacional, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Instituto Colombiano Agropecuario y al Congreso de la República. Mediante el mismo auto también se invitó a participar a los expertos Aaron Blair, John Peterson Myers, Helena Groot de Restrepo, Keith Solomon y Marcela Varona Uribe. Además se invitó a intervenir a la Agencia Internacional para la Investigación en Cáncer (IARC), el Instituto Federal para la Evaluación del Riesgo de Alemania (BfR), la Autoridad de Seguridad Alimenticia Europea (EFSA) y a la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). Por otra parte se solicitaron conceptos jurídicos a las Universidades del Rosario, de los Andes, del Norte, de Medellín y Externado, así como a Dejusticia y a la Red por la justicia ambiental en Colombia. Por último, se invitó a la Dirección para la Atención Integral de la Lucha contra las Drogas de la Presidencia de la República, el Ministerio de la Defensa Nacional, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría del Pueblo para que se pronunciaran sobre los problemas jurídicos planteados por la acción de tutela. Las pruebas e intervenciones recibidas se resumen en el Anexo I de la sentencia T-236 de 2017.

2.2. Por otra parte, la tutela procede contra las entidades accionadas. La Policía Nacional, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio de Salud y Protección Social tienen competencias relacionadas con la ejecución del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos por medio de aspersión aérea con Glifosato (PECIG). La Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional es la entidad ejecutora del PECIG,⁵ el Ministerio de Justicia y del Derecho preside el Consejo Nacional de Estupefacientes—entidad con la competencia legal para disponer la erradicación de cultivos ilícitos—,⁶ y los Ministerios de Ambiente y de Salud tienen competencias para ejecutar algunas partes del Plan de Manejo Ambiental de este programa de erradicación.⁷ Por último, el Ministerio del Interior es competente para certificar la presencia de comunidades en las áreas sujetas a una medida administrativa para efectos de la consulta previa.

2.3. La consulta previa es un derecho fundamental de cada comunidad étnicamente diferenciada, exigible a través de la acción de tutela, y no un derecho colectivo. Por lo tanto, la acción de tutela en este caso procede como mecanismo principal para la protección del derecho.⁸

2.4. Los jueces de instancia consideraron la tutela improcedente, por dirigirse, en su criterio, a proteger derechos colectivos susceptibles de ser invocados en acción popular. La Sala no comparte este criterio. La pretensión principal del apoderado de las comunidades accionantes es que se realice una consulta previa, por lo cual el objeto de la acción es la protección del derecho fundamental a la consulta previa. Aunque el apoderado se refiere en su acción a las afectaciones de cultivos, cuerpos hídricos y áreas de conservación forestal, entre otras, estas son mencionadas en la tutela como prueba del impacto de la actividad de aspersión de cultivos ilícitos sobre las comunidades indígenas.

2.5. Los jueces de instancia también declararon la carencia de objeto por daño consumado, debido a que las aspersiones objeto de la acción de tutela habían ocurrido en el pasado, y las órdenes de operaciones que las amparaban ya habrían perdido su vigencia. El daño consumado, según la jurisprudencia de la Corte, ocurre “*cuando resulta inútil o imposible proferir una orden para la terminación de la alegada violación o amenaza, de modo tal que únicamente procedería el resarcimiento del daño originado con la vulneración del derecho fundamental*”.⁹ El daño consumado no se verifica únicamente con la

⁵ Consejo Nacional de Estupefacientes, Resolución 0013 de 2003, artículo 1º (“El Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con el herbicida Glifosato, en adelante PECIG, a cargo de la Policía Nacional – Dirección Antinarcóticos, operará en todas las regiones del País donde se evidencie presencia de cultivos ilícitos. [...]”).

⁶ Ley 30 de 1986, artículo 31, literal g.

⁷ Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, Resolución 0672 de 2013.

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-217 de 2017 (MP María Victoria Calle Correa; SV Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo Ocampo).

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-308 de 2011 (MP Humberto Sierra Porto).

constatación de que los hechos denunciados en la acción de tutela ocurrieron en el pasado. Para que esta causal de improcedencia se configure, el juez de tutela debe establecer que efectivamente cualquier pronunciamiento de la jurisdicción constitucional carecería de objeto, como es el caso del fallecimiento del accionante.¹⁰

2.6. Por ese motivo, para determinar efectivamente que el pronunciamiento del juez constitucional sería completamente inocuo, la jurisprudencia de la Corte ha sugerido tener en cuenta los siguientes cuatro criterios:

“[...] para poder determinar la improcedencia de la acción de tutela ante la existencia de un “daño consumado” es necesario (i) que haya desaparecido la circunstancia (asociada a la acción o a la omisión) que origina la violación del derecho, (ii) que desaparezcan los motivos fácticos que motivaron la solicitud de amparo (iii) que no se reúnan todos los requisitos para ser parte procesal como el caso de la extinción de la personalidad, y (iv) que sea imposible, mediante la orden del juez de tutela, proteger así sea en alguno de sus componentes, el derecho fundamental vulnerado.”¹¹

2.7. En este caso, como se mostrará, no ha desaparecido la circunstancia que origina la presunta violación del derecho a la consulta previa, ni los motivos fácticos que motivaron la tutela.

2.7.1. La acción fue interpuesta con ocasión del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos por medio de aspersión aérea con Glifosato (PECIG), autorizado por la Resolución 0013 de 2003 del Consejo Nacional de Estupefacientes.¹² Dicha autorización cubre todo el territorio nacional y, de acuerdo con la Resolución 0026 de 2007, los resguardos indígenas de las comunidades que, luego de una consulta previa, “*manifiesten que no poseen*

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-540 de 2007 (MP Álvaro Tafiur Galvis; AV Nilson Pinilla Pinilla; SV Humberto Sierra Porto). La Corte revocó una tutela que consideró había sido mal concedida, a favor de un expleado de la Iglesia Católica, que había fallecido al momento de ser decidida la tutela por la Corte Constitucional. Definió la muerte del peticionario como un evento de daño consumado, reiterando en este sentido las sentencias T-498 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-696 de 2002 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-084 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-253 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-254 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-980 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño).

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-448 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett). La Corte tuteló el derecho a la autodeterminación informativa de dos padres y su hijo, cuya información personal fue divulgada en un directorio telefónico a pesar de que estos habían pedido que su número fuera registrado como privado. La Corte consideró que, aunque no era posible conceder la solicitud originalmente formulada por los accionantes, la vulneración de derechos persistía y ameritaba un pronunciamiento de la jurisdicción constitucional.

¹² Consejo Nacional de Estupefacientes, Resolución 0013 del 27 de junio de 2003 “por la cual se revocan las Resoluciones número 0001 del 11 de febrero de 1994 y número 0005 del 11 de agosto de 2000 y se adopta un nuevo procedimiento para el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos”.

consumo ancestral de hoja de coca”.¹³ La regulación vigente del PECIG no excluye de su ámbito territorial los cabildos indígenas que no se han constituido en resguardos, como los cinco cabildos que presentan la acción de tutela en esta oportunidad.

2.7.2. La ejecución del PECIG fue suspendida, durante el trámite de revisión de esta tutela, por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) mediante Resolución 1214 de 2015.¹⁴ Sin embargo, la resolución permite a las autoridades reanudar las aspersiones bajo cuatro condiciones distintas.¹⁵ Estas condiciones tienen que ver con el principio de precaución, pero no están relacionadas con la consulta previa a comunidades étnicas. Por lo tanto, subsiste una política de Estado de autorizar la erradicación forzosa de cultivos ilícitos con aspersión aérea, sujeto a consideraciones de salud pública, en áreas como las de Puerto Caicedo y Orito que según las comunidades accionantes fueron asperjadas entre 2011 y 2013.

2.7.3. El Departamento de Putumayo ha sido el blanco principal del PECIG. Entre 2013 y 2015, las aspersiones aéreas en Putumayo representaron entre el 19% y el 22% de todas las operaciones realizadas en el país.¹⁶

¹³ Consejo Nacional de Estupefacientes, Resolución 0026 del 8 de octubre de 2007 “Por la cual se autoriza la erradicación de cultivos ilícitos en áreas de resguardos indígenas del país donde se hayan surtido procesos de consulta previa”.

¹⁴ Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, Resolución 1214 del 30 de septiembre de 2015 “Por la cual se adopta una medida preventiva de suspensión de actividades en virtud del principio de precaución”.

¹⁵ Las cuatro condiciones adoptadas en esa resolución son: “i. Que el Consejo Nacional de Estupefacientes – CNE, con fundamento en consideraciones técnicas y jurídicas ordene reanudar en todo el territorio nacional el uso de herbicidas a partir del ingrediente activo glifosato en las operaciones del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con Glifosato (PECIG), previo concepto de la(s) autoridad(es) competente(s). || ii. Que haya evidencia científica que determine la ausencia de carcinogenicidad en humanos y animales experimentales para el ingrediente activo glifosato, es decir, que la sustancia sea reclasificada en el Grupo 4 por la Agencia Internacional para la Investigación en Cáncer – IARC y como consecuencia de ello, el CNE previo concepto de la(s) autoridad(es) competente(s) ordene reanudar en todo el territorio nacional el uso de herbicidas a partir del ingrediente activo glifosato en las operaciones del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con Glifosato (PECIG). || iii. Que se obtenga evidencia suficiente que permita descartar con alto grado de confianza la correlación directa entre la exposición a herbicidas a partir del ingrediente activo glifosato en el contexto del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con Glifosato (PECIG) y el linfoma No-Hodgkin, y como consecuencia de ello, el CNE previo concepto de la(s) autoridad(es) competente(s) ordene reanudar en todo el territorio nacional el uso de herbicidas a partir del ingrediente activo glifosato en las operaciones del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con Glifosato (PECIG). || iv. Que el titular del Plan de Manejo Ambiental solicite y obtenga la modificación del instrumento de manejo ambiental en el sentido de cambiar el ingrediente activo del (los) herbicida(s), que cuente(n) con el (los) permiso(s) otorgado(s) por la autoridad competente, para ser utilizado(s) en las operaciones del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea.”

¹⁶ UNODC-Gobierno de Colombia, *Monitoreo de cultivos de coca 2013*, junio de 2014, p. 97; UNODC-Gobierno de Colombia, *Monitoreo de cultivos de coca 2014*, julio de 2015, p. 96; UNODC-Gobierno de Colombia, *Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2015*, julio de 2016, p. 81.

2.8. También se cumple el requisito de inmediatez, pues al momento de la presentación de la acción de tutela, la aspersión de cultivos ilícitos en el Departamento de Putumayo era un hecho que aún continuaba, y que podía en cualquier momento darse una vez más en los territorios de los cabildos y del resguardo que presentaron la acción de tutela.

2.9. Por último la Sala debe considerar si en este caso se da la carencia actual de objeto por hecho superado, ya que en el año 2015 el Gobierno Nacional tomó la decisión de suspender las aspersiones aéreas con glifosato. Como esta decisión fue tomada cuando el proceso de tutela se encontraba ya en sede de revisión, *“la Sala de Revisión conserva la competencia para pronunciarse sobre la situación que presuntamente vulnera los derechos fundamentales del interesado”*.¹⁷

3. Presentación del caso y problema jurídico

3.1. Los accionantes representan a cinco cabildos indígenas nasa y a un resguardo, todos ubicados en el Departamento de Putumayo. Piden al juez constitucional que ordene la realización de consulta previa para las aspersiones aéreas de cultivos ilícitos cuando estas afecten sus territorios. Además solicitan una indemnización en abstracto de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. Las entidades accionadas, además de argumentar la improcedencia de la tutela, señalan que el resguardo accionante no ha sido priorizado para las operaciones de aspersión, razón por la cual no se ha realizado en ese caso la consulta previa. Dichas entidades, sin embargo, no controvierten las afectaciones que puedan haber ocurrido en los territorios de los cinco cabildos accionantes y, además, reconocen que el área del resguardo accionante, si bien fue excluida de las órdenes de operaciones, colinda con el área incluida en las mismas.

3.2. Aunque, como ya se anotó, la tutela procede contra todas las entidades accionadas, el problema jurídico se formulará haciendo énfasis en la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, entidad responsable de ejecutar el PECIG, teniendo en cuenta que esta es quien debe determinar los lugares específicos donde se realizan las operaciones de aspersión.

3.3. En vista de lo anterior, corresponde a la Sala responder el siguiente problema jurídico: ¿vulnera el derecho a la consulta previa la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, (1) al realizar operaciones de aspersión de cultivos ilícitos que afectan los territorios pertenecientes a cabildos indígenas que no se han constituido en resguardos, y que por eso no han sido incluidos en procedimientos de consulta previa, y (2) al realizar dichas operaciones en áreas colindantes con un resguardo que tampoco ha sido consultado; a pesar de que se trata de un plan amplio adoptado por razones de

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-066 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa).

interés general para enfrentar problemas de orden público y de que las comunidades reclamantes no tienen usos ancestrales de la hoja de coca

4. Pronunciamientos sobre el programa de aspersión aérea

La Corte Constitucional se ha pronunciado con anterioridad sobre las implicaciones constitucionales de los programas de aspersión aérea de cultivos ilícitos, en especial en lo relacionado con comunidades titulares del derecho a la consulta previa.

4.1. En la sentencia SU-383 de 2003 la Sala Plena tuteló los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana, y ordenó realizar consulta previa sobre las decisiones atinentes al programa de aspersión de cultivos ilícitos que se adelantaran en su territorio.¹⁸ La Corte consideró en esta oportunidad que el derecho a la consulta previa no se limita a las actividades explotación de recursos naturales, sino que “*es una modalidad de participación de amplio espectro*”, que comprende también decisiones relativas a la erradicación de cultivos de coca, que en el caso de las comunidades de la Amazonía tiene un uso ancestral. La Corte consideró la importancia de ponderar entre los intereses del Estado en relación con la seguridad y el cumplimiento de los compromisos internacionales, y los de las comunidades indígenas con usos ancestrales de la coca. Sin embargo, insistió en la necesidad de que en esta ponderación mediara una consulta previa, pues

“(…) sin la consulta previa no resulta posible i) maximizar el grado de autonomía que requieren los pueblos indígenas de la región para conservar su integridad étnica y cultural, ii) determinar para cuáles pueblos indígenas y tribales la coca es una planta sagrada, y deberá seguir siéndolo dadas las implicaciones que en su cultura tiene ésta concepción, iii) en qué casos del cultivo de la coca depende la supervivencia del pueblo, dada la modalidad de sombrero que la plantación brinda a las otras plantaciones en algunas regiones y épocas, y iv) lo trascendente de la utilización de la planta de coca en sus prácticas curativas y rituales.”¹⁹

4.2. La anterior decisión ha sido interpretada por las autoridades gubernamentales como una autorización para asperjar los territorios de todas las comunidades étnicas que no tengan un uso ancestral de la coca. Dicha interpretación de este precedente es errónea. La decisión en el caso concreto hizo énfasis en los usos sagrados de la coca, debido a que era este el motivo principal por el cual los pueblos de la Amazonía colombiana consideraban que

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis; SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; SV Jaime Araujo Rentería).

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis; SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; SV Jaime Araujo Rentería).

las aspersiones afectaban su modo de vida. Sin embargo, la razón de la decisión (*ratio decidendi*) de esa sentencia es más amplia, ya que sostiene la necesidad de consultar las decisiones que, en los términos del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, *afectan directamente* a las comunidades indígenas, y no solamente aquellas que se relacionan con la explotación de recursos naturales. Así, la sentencia SU-383 de 2003 no exime a las autoridades de realizar la consulta previa cuando no existe un uso ancestral de la coca. Aun en casos en que no existen usos ancestrales, puede que las aspersiones aéreas afecten directamente a las comunidades étnicas, por ejemplo, por contaminar fuentes de agua o por destruir cultivos lícitos que les sirven de sustento.

4.3. Esta interpretación del precedente constitucional fue sostenida en la sentencia T-080 de 2017, en la cual se tutelaron los derechos “*a la consulta previa y posterior, a la integridad étnica y cultural, a la libre determinación, a la salud en conexión con la vida y al medio ambiente sano*” de un resguardo indígena carijona. La Sala interpretó de manera amplia el precedente de la sentencia SU-383 de 2003, señalando que esta sentencia establece “*la obligación concreta de realizar procesos de consulta previa a las comunidades indígenas, antes de iniciar cualquier programa de erradicación de cultivos ilícitos*”.²⁰ En el caso concreto, la comunidad accionante no alegó una violación de su derecho a consumir la coca, sino que denunció afectaciones a los cultivos lícitos, a la salud de los miembros de la comunidad, a la seguridad alimentaria y a las fuentes hídricas.²¹ La Sala ordenó a las entidades accionadas realizar un proceso de consulta “*con la finalidad de adoptar medidas de etno-reparación y compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios por el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato, que garanticen su supervivencia física, cultural, espiritual y económica*”.²²

4.4. De igual forma, la sentencia T-236 de 2017 se exigió la realización de consulta previa respecto de las aspersiones que afectaron a comunidades indígenas y afrocolombianas, sin la necesidad de demostrar un uso ancestral

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Aquiles Arrieta Gómez; SV Gloria Stella Ortiz Delgado).

²¹ Según el resumen hecho por la Corte, “los accionantes indican que las fumigaciones con aspersión aérea de glifosato, generan -entre otros- los siguientes efectos en la comunidad que habita el resguardo de Puerto Nare: || a. No se realizan dentro de un patrón de precisión limitado exclusivamente a los cultivos ilícitos. Las aspersiones de glifosato se llevan a cabo de manera indiscriminada sobre cultivos de sustento, el bosque tropical y las viviendas de la población, cuyos techos expresan quedan “escurriendo veneno”. Esta situación causa daño a la comida de los micos, los pájaros, las dantas y demás especies, las plantas de uso medicinal, cultural y ritualístico de los payes y sabedores. || b. Causan problemas de salud a sus pobladores tales como dolor de cabeza, afectaciones a la visión, dolor de estómago, diarrea, mareo y problemas epidérmicos, entre otros. || c. Afectan la seguridad alimentaria, son causa de desarraigo familiar y social, deserción escolar, incertidumbre y, finalmente, desplazamiento. || d. Contaminan la tierra y la dejan improductiva por varios años. De la misma manera afecta las fuentes hídricas -ríos, lagos y cuencas- que son la única fuente de abastecimiento de agua en la región.”

²² Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Aquiles Arrieta Gómez; SV Gloria Stella Ortiz Delgado).

de la hoja de coca.²³ En ese caso, la Sala consideró que la afectación directa estaba vinculada principalmente a los daños que, según las comunidades, causan las aspersiones a los cultivos lícitos y por lo tanto afectan su relación vital con el territorio. A continuación se reiterarán los parámetros constitucionales expuestos en la sentencia T-236 de 2017 por esta Sala de Revisión, para dar respuesta al problema jurídico que se estudia.

5. Reiteración de los parámetros jurisprudenciales

5.1. El derecho a la consulta previa

5.1.1. La consulta previa se desprende del derecho a la libre determinación de los pueblos contenida en el artículo 7 CP.²⁴ Esta figura está definida como el derecho fundamental que tienen las comunidades indígenas, tribales y afrocolombianas a ser consultadas sobre cualquier decisión que pueda afectarlas directamente. Está estrechamente relacionada con el derecho a la participación y mediante el ejercicio de este derecho, las comunidades étnicas tienen la oportunidad de *“expresar su opinión, sobre la forma, el momento y la razón de medidas decididas o ya aplicadas que inciden o incidirán directamente en sus vidas”*.²⁵

5.1.2. El Convenio 107 de la OIT, sobre la protección a las poblaciones indígenas y tribales en países independientes,²⁶ dispuso en relación con los territorios indígenas, el deber de reconocer el derecho a la propiedad colectiva e individual a favor de los pueblos indígenas, el deber de no trasladar a estos pueblos de sus territorios habituales sin su libre consentimiento y, cuando fuere necesario, garantizarles tierras de la misma calidad o medidas de compensación acordes con sus costumbres y cultura.²⁷

²³ Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2017 (MP Aquiles Arrieta Gómez). En este caso se decidió que “[cuando] las actividades de erradicación de cultivos ilícitos (i) puedan afectar los cultivos que sí son lícitos, y (ii) conlleven un efecto importante en la relación vital de las comunidades étnicas con la tierra, las fuentes de agua y el entorno de sus territorios, como las analizadas en este caso, generan una afectación directa sobre estas comunidades y, por lo tanto, están sujetas a la consulta previa, aunque no existan usos ancestrales de la hoja de coca. El principio de precaución exige que el Estado controle los riesgos contra la salud humana por medio de una regulación constitucionalmente razonable, cuando hay evidencia objetiva de dichos riesgos, aunque la evidencia no sea concluyente.”

²⁴ Constitución Política de Colombia. *“Artículo 7º El Estado Reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.”*

²⁵ Corte Constitucional, sentencias T-462A de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SPV Luis Ernesto Vargas Silva) y T-213 de 2016 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Alberto Rojas Ríos; SV Luis Ernesto Vargas Silva). En estas sentencias la Corte Constitucional reiteró que el derecho a la consulta previa es desarrollo mismo del derecho a la autodeterminación de los pueblos y a la participación.

²⁶ Ratificado por Colombia mediante la Ley 31 de 1967.

²⁷ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes “Artículo 11 Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas. Artículo 12. 1. No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional

5.1.3. No obstante, el mencionado Convenio se adoptó en un contexto mundial en el que los pueblos indígenas y tribales eran considerados como sociedades atrasadas y transitorias, por eso, para que pudieran sobrevivir, se creía indispensable integrarlas en la corriente mayoritaria mediante la asimilación.²⁸ Estas ideas fueron reevaluadas con el tiempo, debido a la participación de colectivos como, por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas, en los que fueron participando cada vez más miembros de comunidades indígenas y tribales. Esto contribuyó a comprender sus diferentes culturas y el valor de éstas en el contexto de su sociedad pluralista. Para responder a estas exigencias, la OIT, luego de convocar a una reunión de expertos que estuvieron de acuerdo con revisar el Convenio 107, inició un proceso de análisis del documento en el que participaron organizaciones civiles, gobiernos y pueblos indígenas y tribales del mundo. Luego de dos años de debates y discusiones, se redactó el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales No. 169 de junio de 1989,²⁹ ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Este Convenio cambia la concepción del No. 107 y se basa en el respeto de las culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias de las comunidades étnicas.

5.1.4. Así, el Convenio 169 estableció en su literal a) del artículo 6 el derecho de las comunidades étnicas a “*consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”. A su turno, el artículo 7-1 del Convenio prevé que las comunidades tienen derecho a:

relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones. 2. Cuando en esos casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir tierras de calidad por lo menos igual a la de las que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando existan posibilidades de que obtengan otra ocupación y los interesados prefieran recibir una compensación en dinero o en especie, se les deberá conceder dicha compensación, observándose las garantías apropiadas. Se deberá indemnizar totalmente a las personas así trasladadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento. Artículo 13 1. Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social. 2. Se deberán adoptar medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan. Artículo 14 Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a las poblaciones en cuestión condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la colectividad nacional, a los efectos de: a) la asignación de tierras adicionales a dichas poblaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; b) el otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya posean.”

²⁸ Al respecto puede verse el Manual de aplicación del Convenio 169 sobre comunidades indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, 2003. Disponible en: http://www.ucm.es/info/IUDC/img/biblioteca/Manual_c169.pdf

²⁹ Al respecto puede verse el Manual de aplicación del Convenio 169 sobre comunidades indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, 2003. Disponible en: http://www.ucm.es/info/IUDC/img/biblioteca/Manual_c169.pdf

“[...] decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”³⁰

5.1.5. Respecto de otras decisiones que puedan afectar indirectamente a las comunidades, el artículo 7-3 del Convenio 169 prevé la obligación de los estados parte de “(...) *velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.*”

5.1.6. De otra parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas incorpora cuatro principios fundamentales respecto de los derechos de estos pueblos:³¹ (i) el principio de no discriminación, según el cual las personas gozan de iguales derechos al resto de la población, pero su goce efectivo asociado con la diversidad étnica no debe convertirse en un obstáculo para el ejercicio de los demás derechos humanos, (ii) el derecho a la autodeterminación, (iii) la relevancia del principio de no asimilación como derecho fundamental de las comunidades, y (iv) la participación, la consulta previa y el consentimiento libre e informado frente a las medidas que los afecten. Sobre este último, establece expresamente un estándar de protección

³⁰ Organización Internacional del Trabajo. Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. 1989. Artículo 7, numeral 1º.

³¹ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007. A/RES/61/295, 10 de diciembre de 2007, artículo 3. Esta declaración ha sido aplicada por la Corte Constitucional de Colombia en varias ocasiones, como en las sentencias T-376 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-005 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-197 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-213 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Alberto Rojas Ríos; SV Luis Ernesto Vargas Silva) y C-389 de 2016 (MP María Victoria Calle Correa; AV María Victoria Calle Correa; AV Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; AV Jorge Iván Palacio Palacio; SPV Alejandro Linares Cantillo; SPV Luis Ernesto Vargas Silva). La Declaración fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con 143 votos a favor, cuatro en contra y 11 abstenciones. La delegación de Colombia hizo parte de quienes se abstuvieron de votar, pero lo hizo principalmente por estar en desacuerdo con los artículos 19, 30 y 32. El delegado colombiano agregó en su discurso, en relación con los demás temas tratados por esa Declaración, que “[l]a Constitución y la legislación colombianas, así como los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, están de acuerdo con la mayoría de las disposiciones de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas”. Ver documento de las Naciones Unidas A/61/PV.107, páginas 18-20.

frente a la utilización de sus tierras o territorios para actividades militares, y la limitación de estas últimas a razones de interés público pertinente, o a un acuerdo libre con los pueblos interesados, así:

*“Artículo 30: 1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado. 2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.”*³²

5.1.7. Al respecto, es preciso hacer referencia a la sentencia T- 376 de 2012, en la cual la Corte señaló que esta Declaración reforzaba el deber de consulta.³³ Se reiteró que la consulta es procedente de forma general frente a cualquier medida que afecte a los pueblos indígenas y prevé la participación y cooperación en todas las decisiones asociadas a los programas que incidan en su forma de vida, a la vez que establece la obligación de adoptar medidas de reparación e indemnización para los casos en los que se ha dado una afectación a las comunidades sin consulta o de ser el caso, sin consentimiento previo.³⁴

5.1.8. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. Sobre este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que debe ser interpretado en un sentido que comprenda, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal desde una perspectiva cultural y espiritual.

5.1.8.1. Así, mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y, particularmente, del artículo 21 de la Convención Americana, la Corte Interamericana ha protegido el derecho al territorio de las comunidades indígenas y tribales, afirmando lo siguiente:

“[...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y

³² Organización de las Naciones Unidas. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 13 de septiembre de 2007.

³³ Corte Constitucional, sentencia T- 376 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa). En esta sentencia la Corte concedió la tutela del derecho a la consulta previa a una comunidad negra para la adjudicación de una concesión sobre un sector de la playa en el cual tales comunidades se dedicaban a actividades de pesca, celebraciones tradicionales y actividades asociadas a la prestación de los servicios turísticos.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T- 376 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”³⁵

5.1.8.2. De la misma manera, la Corte Interamericana, citando el Convenio 169, ha establecido que el derecho a la consulta se relaciona con otros derechos, en particular con el de participación consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, toda vez que *“En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a participar en la toma de decisiones en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derecho desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”*.³⁶

5.1.8.3. En el caso *Saramaka contra Surinam*, relativo a la protección de los derechos a la propiedad colectiva y a la participación de una comunidad tribal frente al otorgamiento de concesiones por el Estado que implican la exploración y explotación de los recursos naturales de territorios indígenas y étnicos, se estableció que es una obligación estatal garantizar: (i) la participación efectiva de los miembros de las comunidades afectadas con el proyecto, de conformidad con sus costumbres y tradiciones en relación con el plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción; (ii) asegurar que los beneficios de la obra o proyecto sean también para la comunidad indígena o étnica asentada en el territorio donde se realiza la explotación de los recursos; y (iii) controlar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio de las comunidades hasta tanto, bajo la supervisión del Estado, se realice un estudio previo de impacto social y ambiental.³⁷

5.1.8.4. Igualmente, la Corte Interamericana ha sido clara en señalar que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un mayor impacto dentro del territorio de comunidades indígenas tribales o étnicas, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultarlas, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstas, según sus costumbres y tradiciones. Conforme a esto, la consulta debe cumplir con requisitos estrictos: debe ser adelantada de buena fe, realizada con carácter previo, debe ser adecuada y accesible, contar con un estudio de impacto ambiental y social, y debe tener la finalidad de llegar a un acuerdo con las

³⁵ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 149. Ver también Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa, párr. 131.

³⁶ Corte IDH. Caso Yatama contra Nicaragua. Sentencia del 23 de junio de 2005, párr. 225.

³⁷ Corte IDH. Caso Saramaka contra Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 129.

comunidades presuntamente afectadas.³⁸ Sin embargo, la Corte Interamericana ha resaltado que:

“[...] el artículo 21 de la Convención no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social”³⁹

5.1.8.5. Posteriormente en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional del Estado por violación del derecho a la propiedad comunal por no haber garantizado adecuadamente su derecho a la consulta previa y ordenó que como garantía de no repetición, en el eventual caso que se hicieran actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio Sarayaku o a aspectos esenciales de su cosmovisión o de su vida e identidad culturales, el Pueblo Sarayaku debería ser previa, adecuada y efectivamente consultado, de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia.⁴⁰ En el mismo sentido también señaló que:

“[...] los procesos de participación y consulta previa deben llevarse a cabo de buena fe en todas las etapas preparatorias y de planificación de cualquier proyecto de esa naturaleza. Además, conforme a los estándares internacionales aplicables,

³⁸ “En el caso Saramaka, la Corte interamericana dio ejemplos de la gama de medidas estatales que requieren consulta previa, cuando ordenó al Estado de Surinam que consultara con el pueblo Saramaka “*al menos acerca de los siguientes seis asuntos*”: a) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka; b) el proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran; c) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; d) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; e) en relación con los estudios previos de impacto ambiental y social; y f) en relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, el territorio Saramaka”. Tomado del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “*Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*”, párr. 279.

³⁹ Corte IDH. Caso Saramaka contra Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 143.

⁴⁰ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafo 299.

en tales supuestos el Estado debe garantizar efectivamente que el plan o proyecto que involucre o pueda potencialmente afectar el territorio ancestral, implique la realización previa de estudios integrales de impacto ambiental y social, por parte de entidades técnicamente capacitadas e independientes, y con la participación activa de las comunidades indígenas involucradas.”⁴¹

5.1.9. La consulta previa también ha sido caracterizada por la Corte Constitucional. Ha dicho que la consulta previa debe tener en cuenta la prevención de las afectaciones, la información adecuada y suficiente y la buena fe de las partes. Ha señalado además que para saber qué debe consultarse se deben tener en cuenta dos niveles de afectación: (i) uno general que deriva por ejemplo de las políticas y programas que de alguna manera conciernen a las comunidades indígenas y afrocolombianas, y (ii) uno directo que se desprende de las medidas que pueden afectarlos específicamente.⁴² Ha dicho que debe consultarse siempre que exista una *afectación directa* sobre los intereses del pueblo indígena involucrado, es decir cuando la comunidad vaya a recibir una intromisión intolerable en sus dinámicas sociales, económicas y culturales.⁴³

5.1.10. Para especificar aún más los supuestos en los que se produce tal afectación, esta Corte ha fijado los siguientes criterios: (i) cuando la medida administrativa o legislativa altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios;⁴⁴ (ii) cuando las medidas son susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas como tales y no aquellas decisiones que son generales y abstractas;⁴⁵ (iii) cuando se trata de aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169, por ejemplo la regulación de explotación de yacimientos de petróleo ubicados dentro de los pueblos indígenas;⁴⁶ y (iv) cuando las medidas a implementar se traten sobre explotación y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas.⁴⁷ Concretamente la Corte ha identificado la presencia de una afectación directa

⁴¹ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafo 300.

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-882 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterada en la T-800 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-745 de 2010 (MP Humberto Sierra Porto).

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁴⁶ C-175 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SV Nilson Pinilla Pinilla; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Cristina Pardo Schlesinger; SV Humberto Sierra Porto).

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencias C-030 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-175 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SV Nilson Pinilla Pinilla; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Cristina Pardo Schlesinger; SV Humberto Sierra Porto), C-366 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV María Victoria Calle Correa; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SPV Humberto Sierra Porto; SPV Luis Ernesto Vargas Silva), C-196 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa; SV Jorge Iván Palacio Palacio; SV Nilson Pinilla Pinilla; SV Luis Ernesto Vargas Silva) y C-317 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa; AV Luis Ernesto Vargas Silva; SV Mauricio González Cuervo; SPV Nilson Pinilla Pinilla; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

en los casos de medidas legislativas,⁴⁸ presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto general de la Nación,⁴⁹ decisiones sobre prestación del servicio de educación que afecten directamente a las comunidades,⁵⁰ decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, como licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras entre otros.⁵¹

5.1.11. En este orden de ideas, y para el caso concreto, la lectura del desarrollo jurisprudencial del derecho fundamental a la consulta previa se debe hacer desde tres ópticas: (i) la verificación de la afectación directa como presupuesto para conceder el derecho a la consulta previa, (ii) la consulta previa como requisito indispensable en el marco de procesos de licenciamiento ambiental y, (iii) la aplicación de un juicio de ponderación para el amparo del derecho a la consulta previa.

5.2. Criterios de la jurisprudencia constitucional para definir la afectación directa de una medida a una comunidad étnica

5.2.1. El concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de *afectación directa*. Sin embargo este no ha sido definido ni por el Convenio 169 de la OIT ni por la legislación interna. Ha sido un concepto

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencias C-030 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-175 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SV Nilson Pinilla Pinilla; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Cristina Pardo Schlesinger; SV Humberto Sierra Porto), C-702 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Nilson Pinilla Pinilla; SV Mauricio González Cuervo; SV Humberto Sierra Porto), C-366 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV María Victoria Calle Correa; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SPV Humberto Sierra Porto; SPV Luis Ernesto Vargas Silva), y C-331 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SPV María Victoria Calle Correa; SV Mauricio González Cuervo; SPV Nilson Pinilla Pinilla; SV Humberto Sierra Porto; SPV Luis Ernesto Vargas Silva). En estas sentencias la Corte Constitucional ha establecido la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas y tribales sobre las medidas legislativas que los afecten.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). En esta sentencia la Sala Plana de la Corte Constitucional consideró que es obligación del Estado consultar a los pueblos indígenas y tribales cuando se vayan a incluir programas o proyectos de inversión específicos dentro del Plan Nacional de Desarrollo que sean susceptibles de afectarlos.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencias C-208 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-907 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Luis Ernesto Vargas Silva; SV Humberto Sierra Porto), T-801 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-049 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En estas sentencias la Corte Constitucional estableció que la consulta previa para la adopción de programas, políticas o sistemas de educación de los grupos étnicos es un derecho fundamental. Por lo tanto debe llevarse a cabo la consulta previa ante cualquier medida de naturaleza legislativa o administrativa que pretenda tomar el Estado en la materia.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencias SU-039 de 1997 (MP Antonio Barrera Carbonell; SV Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa, Fabio Morón Díaz y Jaime Vidal Perdomo), T-652 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-547 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-745 de 2010 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-129 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-693 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-993 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa) y T-172 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). En estas sentencias la Corte Constitucional estudió acciones de tutela por actuaciones de la administración encaminadas a conceder permisos para la realización de proyectos de explotación de recursos naturales sin el desarrollo de consulta previa a comunidades indígenas y tribales.

desarrollado en sede judicial tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.2.2. La Corte Constitucional ha desarrollado de manera más amplia el concepto de afectación directa cuando se trata de la expedición de medidas legislativas, que en los casos de actuaciones de la administración. Ha sostenido en este sentido, que la ley por su carácter general y abstracto afecta directamente a todos los destinatarios, pero que existen afectaciones directa y diferenciadas a pueblos indígenas en los casos de medidas legislativas que: (i) estén orientadas a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, o (ii) cuando se le impongan cargas o se le atribuyan beneficios a una comunidad de tal forma que modifique su situación o su posición jurídica.⁵²

5.2.3. En casos relativos a la consulta de actuaciones de la administración, ha señalado que el criterio de afectación directa que determina la obligatoriedad de la consulta hace referencia a un posible impacto sobre la autonomía, diversidad e idiosincrasia de la comunidad indígena o afrodescendiente. La Corte ha calificado como eventos de afectación directa las medidas “*que resulten virtualmente nocivas o que generen una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos*”.⁵³

5.2.4. Una de las sentencias más relevantes en la aplicación del concepto de afectación directa fue la sentencia ya citada SU-383 de 2003.⁵⁴ En esa oportunidad la Sala Plena de la Corte Constitucional conoció de la acción de tutela interpuesta por la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana contra la Presidencia de la República y otras entidades, por la aspersión aérea con glifosato en su región de asentamiento. Los accionantes alegaron la contaminación de la fauna y flora por el glifosato asperjado y de los cultivos para el alimento de las comunidades y la eliminación de los cultivos propios de coca para usos tradicionales de la comunidad indígena. En ese caso, la Corte, encontró probado el consumo y uso tradicional de la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas accionantes, en virtud de lo cual, consideró pertinente identificar la dimensión cultural del uso de la coca en dichas poblaciones, lo cual debía dar lugar a un proceso de concertación que limitara o condicionara la política de eliminación de cultivos ilícitos, a fin de respetar la integridad cultural y la autonomía de las autoridades indígenas en su territorio. Como se dijo, dicha sentencia, sin embargo, no limitó la aplicación de la consulta previa en casos de erradicación de cultivos, a la hipótesis en que la comunidad afectada tiene un uso ancestral o tradicional de la hoja de coca. A diferencia de lo planteado por las entidades del Gobierno Nacional, y de acuerdo con lo argumentado en su lugar por la Defensoría del Pueblo, la Corte considera que el precedente de la sentencia SU-383 de 2003 se aplica a todos los casos de afectación directa ocasionada por los programas

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁵³ Corte Constitucional, sentencia T- 698 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis; SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; SV Jaime Araujo Rentería).

de erradicación de cultivos, haya o no usos ancestrales o tradicionales del cultivo en cuestión.

5.2.5. Precisamente, en el Auto 073 de 2014,⁵⁵ emitido por la Sala de Seguimiento de la sentencia T-025 de 2004 en el marco del estado de cosas inconstitucional por el fenómeno del desplazamiento forzado, la Corte consideró procedente la consulta previa respecto de comunidades afrodescendientes independientemente de su relación tradicional con la hoja de coca. La decisión se fundamentó, en cambio, en los riesgos de desplazamiento y los posibles daños a los cultivos lícitos de estas comunidades. En esta providencia, la Sala de Seguimiento dejó por sentado que la consulta previa a las comunidades indígenas, afrodescendientes y tribales no depende únicamente de la utilización tradicional de la hoja de coca, sino de la individualización e identificación de un impacto directo. El uso ancestral puede ser un factor relevante para determinar la procedencia de la consulta previa, pero no es el factor exclusivo.

5.2.6. Frente a la realización de consulta previa en casos en los cuales está de por medio la seguridad nacional y el orden público, recientemente la sentencia T-005 de 2016, conoció el caso en el que el Ejército Nacional construyó un batallón y permitió la instalación de redes de comunicaciones por empresas privadas, en un terreno reconocido como territorio ancestral de la comunidad indígena Arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta, sin realizar consulta previa.⁵⁶ En este caso la Sala encontró configurada la existencia de afectación directa a la comunidad indígena, al reconocer que había un impacto en sus costumbres ancestrales en la medida que no tenían acceso al cerro en el que realizaban prácticas culturales. En ese sentido la Sala señaló:

“[...] se encuentra demostrada la afectación directa a la comunidad indígena Arhuaca en la medida que se les ha impedido acceder libremente al territorio ancestral para realizar las prácticas culturales que garantizan su existencia como grupo diferenciado, razón por la cual el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional debieron haberles consultado la realización de las construcción de las edificaciones que conforman el Batallón de Artillería La Popa 2, así como la instalación de antenas, torres y subestaciones de

⁵⁵ Corte Constitucional, auto A-073 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia T-005 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). En este caso Consejo de Estado revocó en segunda instancia de tutela el fallo del juez de primera instancia que había concedido el derecho a la consulta previa con el argumento de que la existencia de una base militar no puede significar un riesgo para la población, máxime si se tiene en cuenta que el cerro El Alguacil es un punto de importancia táctica y estratégica a través del cual se brindan comunicaciones a gran parte de los departamentos de César, Guajira y Magdalena, y se coordina el sobrevuelo de aeronaves, operaciones militares, señal para televisión, radio, telefonía celular y seguridad para los habitantes de esta zona del país. La Corte revocó esta decisión y en su lugar concedió la protección de los derechos a la integridad cultural, autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas arhuacos de la Sierra Nevada de Santa Marta.

comunicaciones, datos, telefonía, televisión, radio y aeronavegación; y las barreras de acceso y cerramiento.”⁵⁷

5.2.7. Finalmente la Sala decidió realizar el proceso consultivo con los representantes de la comunidad, orientado a determinar el impacto cultural causado por la construcción y operación de la base militar y la instalación de las antenas, torres de comunicaciones, datos, telefonía, televisión, radio, aeronavegación y las subestaciones eléctricas en el cerro El Alguacil, estableciendo medidas de compensación. Además, incluyó la realización de un diálogo concertado y continuo entre las partes, encaminado a considerar la posibilidad futura de que en un plazo razonable, se llevara a cabo el retiro definitivo de la base militar, los tendidos eléctricos, las antenas y torres de comunicaciones. Sin embargo, teniendo en cuenta los intereses de la seguridad nacional, excluyó la posibilidad de suspender las operaciones del batallón para dar cumplimiento a lo anterior.

5.2.8. En los casos de infraestructura y explotación de recursos naturales la Corte ha definido la existencia de afectación directa en algunos casos, pero en la mayoría ha considerado la necesidad de definirla a través del proceso de consulta. Por ejemplo, en la sentencia T-745 de 2010 en la que se estudió la afectación de la construcción de la transversal Barú sobre un grupo de comunidades afro la Corte determinó que la incidencia del proyecto no solo alcanzaba a impactar dinámicas ambientales, sociales y económicas, sino también culturales al limitar elementos que representan su propia cosmovisión.⁵⁸ Contrario a lo que ocurrió en las sentencias T-547 de 2010,⁵⁹ T-698 de 2011⁶⁰ y T-462A de 2014⁶¹ en los que la Corte consideró que solo a través de la consulta se podía hacer un diagnóstico de los impactos.

5.2.9. La sentencia T-376 de 2012 ya citada, se estudió un caso de uso del espacio público en el que la administración de la ciudad de Cartagena entregó en concesión un sector de la playa de Cielo Mar, sin tener en cuenta el derecho a la consulta previa de la comunidad negra de la Boquilla. La comunidad alegaba que el turismo y la pesca hacían parte de su modo de vida y su identidad étnica. La Sala consideró que la concesión se entendía como un proyecto o medida que hacía parte de una política pública adelantada en el Distrito Turístico de Cartagena, que debería asegurar la participación de todos los interesados, pero muy especialmente de las comunidades étnicas que mantienen un contacto culturalmente significativo con el sector de la playa dado en concesión y por lo tanto la obligación de preservar todo uso tradicional que la comunidad de la Boquilla efectuara sobre dicho territorio. Sobre la afectación directa estableció:

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia T-005 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-745 de 2010 (MP Humberto Sierra Porto).

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-547 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SV Humberto Sierra Porto).

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-462A de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SPV Luis Ernesto Vargas Silva).

“[...] la afectación directa se concreta de diversas maneras: en primer término, debido a que la concesión inconsulta sobre la playa creó una amenaza cierta para el mínimo vital de algunos de sus miembros (concretamente, los que vienen ejerciendo labores en la playa) pero también para la comunidad, considerada en su conjunto, debido a la presión que ejerció sobre el ejercicio de la pesca, como modo de vida y forma de producción esencial de los boquilleros.

[...] la afectación directa se concreta en la exclusión de la comunidad en la implantación de medidas destinadas al uso del espacio público y, lo que resulta más preocupante desde el punto de vista constitucional, la imposibilidad de defender sus prioridades en la elección de su destino, en virtud del principio de autodeterminación y el derecho de autonomía, con la consecuente desarticulación de la visión de las comunidades a la política pública del tránsito, asociada al turismo y el manejo de las playas”.⁶²

5.2.10. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en un sentido similar al de esta Corte. Por ejemplo, en el año 2005 en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, hizo referencia a la relación del derecho a la identidad cultural de las comunidades étnicas con las afectaciones especiales de los derechos a la salud, a la alimentación y el acceso al agua limpia. Dijo que estas están interrelacionadas en la medida que impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna. Al respecto señaló que el acceso a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran, está directamente relacionado con la obtención de alimento y el acceso al agua limpia.⁶³ Después en el año 2015 en el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, identificó la afectación de los impactos sufridos esta comunidad porque se evidenció una profunda relación social y espiritual con su territorio, principalmente por la destrucción de una gran parte de la selva y de ciertos lugares de alto valor simbólico.⁶⁴

5.2.11. En síntesis, la Corte Constitucional ha determinado la existencia de afectación directa, especialmente en aquellos casos en los que se encuentra un impacto a tradiciones culturales significativas que implican afectaciones a sus identidades como grupo étnico. Dentro de estas tradiciones pueden encontrarse los usos ancestrales de la hoja de coca, pero también, en casos de erradicación de cultivos, se pueden encontrar afectaciones directas en los

⁶² Corte Constitucional, sentencia T-376 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

⁶³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, Párrafo 167.

⁶⁴ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafo 322.

impactos sobre los cultivos lícitos y de manera general la relación de las comunidades con la tierra, las fuentes de agua y el entorno de sus territorios.

5.3. Las diferentes facetas del derecho a la participación de las comunidades étnicas son proporcionales al nivel de afectación

5.3.1. La consulta previa como manifestación del derecho a la participación según la jurisprudencia constitucional se presenta en diferentes niveles. No en todos los casos en los que se reconoce la obligación de consulta, ésta implica el mismo nivel de participación de las comunidades étnicas frente a los proyectos que afectan su entorno.

5.3.2. En este sentido, la citada sentencia T-376 de 2012 señaló que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad “*la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho: (i) la simple participación asociada a la intervención de las comunidades en los organismos decisorios de carácter nacional, así como la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esta medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.*”⁶⁵

5.3.3. De lo anterior se desprende no solo cierto contenido del derecho a la participación de las comunidades étnicas, sino también, la diversidad en los niveles de afectación. Uno directo y uno indirecto. Cuando se presenta un nivel de *afectación indirecta* la obligación de consulta se limita a la primera faceta del derecho a la participación, es decir, aquella que está asociada a la participación de las comunidades étnicas en organismos decisorios de carácter nacional o la incidencia de sus organizaciones en cualquier escenario de interés.⁶⁶ En cambio cuando se logra identificar una *afectación directa* la obligación de consulta varía dependiendo de la intensidad de afectación.

5.3.3.1. Cuando el nivel de afectación es *intenso* el deber de participación no se agota en la consulta. Al tratarse de cambios sociales y económicos muy profundos que configuren un nivel de afectación grave, la decisión de las comunidades debe ser vinculante y en este sentido, la simple consulta no es

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia T-376 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa). En esta providencia se dijo que si la consulta es un proceso de dialogo, excluye el veto de las comunidades; pero de igual manera excluye la imposición de gobierno, aspecto implícito en el concepto de dialogo, en la subregla que establece que la participación debe ser efectiva (literalmente que tenga efectos), y en la subregla que prohíbe decisiones irrazonables o desproporcionadas en ausencia de acuerdo.

⁶⁶ Cuando se presenta una incidencia de menor entidad, es decir indirecta de los derechos de la comunidad, deben garantizarse espacios adecuados de participación para las comunidades afectadas, al menos de igual naturaleza que los que tiene el resto de la población.

suficiente, sino que se requiere el consentimiento expreso, libre e informado.⁶⁷ Por otra parte, cuando el grado de afectación es *menor*, o cuando la actividad a realizar redunda en beneficio de la comunidad, y además se encuentran razones constitucionalmente relevantes para limitar el derecho a la consulta previa, es posible que los deberes a cargo del Estado sean de menor intensidad.⁶⁸

5.3.3.2. Por esta razón, la Corte Constitucional ha enmarcado este debate dentro del marco los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Al respecto en la citada sentencia SU-383 de 2003 la Sala explicó que para comprender el alcance del derecho a la consulta previa, este debía entenderse como reflejo de un equilibrio entre los principios entre el interés general y el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas.⁶⁹

5.3.3.3. Sin embargo hay casos en los que la Corte no obstante haber identificado la existencia de una afectación directa se ha abstenido de calificar el grado de tal afectación. En la sentencia T-698 de 2011⁷⁰ la Sala consideró que la construcción de una estación de comunicaciones podría afectar claramente el derecho a la salud, al medio ambiente y a la cosmovisión de la comunidad, y ordenó la realización de la consulta previa pero decidió no entrar a calificar el grado de afectación posible, al considerar que esa cuestión era un asunto que debía ser definido por las comunidades en el proceso de consulta.

5.3.3.4. En otros casos la Corte ha encontrado afectación directa frente a la costumbre y usos tradicionales, pero debido a la existencia de intereses constitucionales en conflicto, ha modulado el grado de la participación requerida. Este es el caso de la también ya citada sentencia T-005 de 2016, en donde la Corte encontró probada la afectación directa a las costumbres ancestrales de comunidades étnicas, por la construcción de un batallón en un territorio ancestral, y sin embargo ordenó como consulta la construcción de un dialogo concertado y continuo encaminado a modificar las características del proyecto, sin considerar la necesidad del consentimiento previo, y sin ordenar la suspensión de las operaciones del batallón.⁷¹

5.3.3.5. En síntesis, el derecho a la participación que se concreta en la consulta previa se define proporcionalmente respecto de los niveles de

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencias T-769 de 2009 (MP Nilson Pinilla Pinilla) y T-129 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencias T-466 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo) y T-475 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo). En ambos casos la Corte Constitucional consideró que el interés superior del menor permite eventualmente realizar actividades en beneficio de las comunidades sin consulta previa.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis; SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; SV Jaime Araujo Rentería).

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SV Humberto Sierra Porto).

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia T-005 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

afectación de una medida sobre el entorno de una comunidad étnica. Cuando la afectación es muy grave, la consulta debería tener un alcance vinculante para el desarrollo de la medida por parte de la administración, so pena de estar sujeta a control judicial de constitucionalidad. Una afectación de menor grado, o la existencia de importantes intereses constitucionales contrapuestos, puede conllevar un deber menos intenso de participación.

5.3.4. Para la determinación del nivel de afectación directa en leve o grave de una medida y su respectivo deber de consulta a comunidades étnicas, el juez constitucional deberá enmarcarse dentro de los principios de proporcionalidad y razonabilidad y en lo posible, deberá permitir que el grado de afectación sea determinado por las mismas comunidades en el proceso de consulta.

5.4. La consulta previa es un requisito indispensable para la concesión de una licencia ambiental cuanto se afecta a comunidades étnicas

De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, cualquier actividad que pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente requiere una licencia ambiental.⁷² Gran parte de los pronunciamientos de la Corte sobre el derecho a la consulta previa se han derivado de la expedición de licencias ambientales para proyectos que afectan a las comunidades étnicas. En este sentido, la Corte ha insistido en que la licencia ambiental resulta ser el instrumento mediante el cual se puede guardar la integridad y forma de vida de las comunidades étnicas que habitan un territorio que va a ser afectado por un proyecto, y en consecuencia, el otorgar una licencia ambiental que no incluya la consulta previa cuando la actividad autorizada puede afectar a comunidades étnicas, constituye una fuente de vulneración de derechos fundamentales. A continuación se hace un recuento de once sentencias que es preciso tener en cuenta.

5.4.1. Al inicio de la jurisprudencia, en la sentencia T-428 de 1992⁷³ se estudió el amparo solicitado por la comunidad indígena del resguardo de Cristianía para tutelar sus derechos a la vida y la propiedad privada por los daños ocasionados debido a la construcción de una carretera, que había producido varios destrozos al interior de su habitat. En esta providencia la Corte reafirmó la importancia de los estudios de impacto ambiental, en la medida que el incumplimiento de la normatividad que asegura o protege un derecho pone en peligro dicho derecho. Finalmente ordenó la suspensión de las obras hasta que no se hicieran los estudios de impacto ambiental de manera adecuada, tomando todas las precauciones necesarias para no causar perjuicios adicionales a la comunidad.

⁷² Congreso de la República de Colombia. Ley 99 de 1993. “*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones*”, artículo 49.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T- 428 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón; SV José Gregorio Hernández Galindo).

5.4.2. En la sentencia SU-039 de 1997,⁷⁴ la Sala Plena de la Corte Constitucional conoció el caso en el que la comunidad indígena U'wa solicitó amparo de sus derechos constitucionales, por el otorgamiento de una licencia ambiental por parte del Estado a una empresa para que realizara actividades de exploración sísmica en territorios indígenas sin el cumplimiento del requisito de participación y consulta, lo que en su opinión propiciaría su desintegración su forma de vida en lo cultural, económico, social y territorial. En esa ocasión, la Sala Plena consideró que la consulta previa se había realizado en forma irregular y concedió el amparo ordenando la realización de la misma en un término inferior a 30 días.

5.4.3. Luego en la sentencia T-652 de 1998,⁷⁵ la Corte revisó el caso de la construcción de una hidroeléctrica que inundaba el territorio ancestral de los indígenas Embera Katio en el alto Sinú. Los accionantes alegaban que se había otorgado la licencia ambiental sin haberse realizado previamente la consulta previa. En este caso la Corte consideró que la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental era precisamente la fuente de vulneración de los derechos fundamentales y ordenó el pago de una indemnización.

5.4.4. Ocho años después, la sentencia T-880 de 2006⁷⁶ resolvió una tutela de integrantes del Pueblo Indígena Motilón Barí contra el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible por expedir una licencia ambiental para adelantar una obra de explotación petrolera sin consultarlos. El Ministerio del Interior había certificado que no existían comunidades indígenas en el área del proyecto, desconociendo sus derechos a la diversidad cultural y a participar de las decisiones que los afectan. En esa oportunidad, la Corte ordenó suspender las actividades de explotación petrolera, hasta que culminara el proceso de consulta previa que debía adelantar el Ministerio del Interior y de Justicia, con miras a dar cuenta de la presencia de Pueblos Indígenas en la zona de influencia.

5.4.5. Igualmente ocurrió en la sentencia T-769 de 2009⁷⁷ en la que se estudió un caso en el que se otorgó a una empresa minera la concesión para la exploración dentro de territorios que les corresponden a las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Jiguamiandó, a las comunidades indígenas de los resguardos de Uradá-Jiguamiandó del municipio de Carmen del Darién, y a las del resguardo de Chageradó Turriquitadó del municipio de Murindó, en los departamentos del Chocó y Antioquia, sin que mediara un debido proceso en la consulta. No se informó y consultó a todas las comunidades directamente afectadas. La Sala de Revisión consideró que el

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997 (MP Antonio Barrera Carbonell; SV Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa, Fabio Morón Díaz y Jaime Vidal Perdomo).

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz).

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-880 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis).

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2009 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

proceso de consulta previa adelantado por el Ministerio del Interior y de Justicia no tuvo en cuenta a todas las autoridades e instituciones representativas de las comunidades respectivas y que algunos de los participantes en la adopción del proyecto en cuestión, no se encontraban debidamente acreditados, ni autorizados. Así, se decidió que se violó el derecho de participación al no haber tenido en cuenta a sus representantes y no haber realizado la consulta.

5.4.6. En la sentencia T-547 de 2010⁷⁸ se resolvió un asunto que se da en el marco de la construcción de un puerto multipropósito en la Guajira y que forma parte del territorio ancestral de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. En esa oportunidad las comunidades alegaban que se había concedido la licencia ambiental sin cumplir con un proceso de concertación con las comunidades, orientado a garantizar el acceso de los integrantes de dichas comunidades a las zonas aledañas del proyecto en donde realizan prácticas culturales y que, luego de dos años de expedida la citada resolución, el proceso se dio por concluido ante la ausencia de las comunidades indígenas en las reuniones convocadas y su final manifestación sobre su inconformidad con el proceso por no ajustarse a los requerimientos de una consulta previa. En este caso la Corte ordenó la suspensión de las obras y la realización de la consulta orientada a establecer los impactos de la ejecución.

5.4.7. Después, en la sentencia T-745 de 2010⁷⁹ se estudió la obligatoriedad de la consulta a las comunidades afrocolombianas localizadas en los corregimientos de Pasacaballos y Barú, por la iniciación y puesta en marcha del proyecto para la construcción y mejoramiento de la transversal Barú. En este caso la Sala consideró que era notoria la huella plantada por la ejecución del proyecto, lo cual adquiriría mayor trascendencia en vista de que los habitantes de la región se dedicaban a actividades como la pesca, el turismo y la agricultura. En efecto, señaló que la incidencia del proyecto no alcanzaba únicamente las dinámicas ambientales y socio-económicas, sino incluso el sentido cultural de este grupo poblacional, en el sentido que altera la relación existente entre las comunidades, su ambiente y los componentes que le integran.

5.4.8. En la sentencia T-698 de 2011,⁸⁰ la administración municipal de Riosucio – Caldas, concedió una licencia ambiental sin haber realizado la consulta previa, para la construcción de una estación base de telefonía celular en un predio que está ubicado en un territorio reconocido ancestralmente como jurisdicción del resguardo indígena Cañamomo-Lomaprieta. En esta oportunidad la Sala consideró que la construcción de una estación de comunicaciones podría afectar claramente el derecho al medio ambiente, a la salud y a la cosmovisión de la comunidad y decidió amparar el derecho a la

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-547 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia T-745 de 2010 (MP Humberto Sierra Porto).

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

consulta previa y ordenar a la administración municipal realizar el proceso de consulta con los representantes de la comunidad indígena. En este caso la Sala además consideró que no debía entrar a calificar el grado de afectación posible, pues esa es una de las cuestiones que debía abordarse en el proceso de consulta. Al respecto señaló:

“De lo que se trata este procedimiento es de que sea la comunidad étnica la que, en un ámbito de interlocución con las autoridades y con los responsables de los proyectos, valore la afectación que cierta medida puede causar sobre sus territorios, sobre su integridad cultural o sobre cualquier aspecto de su cosmovisión. [...] Es en ese escenario donde deberán evaluarse el impacto de la estación de comunicaciones y los posibles efectos que sus radiaciones podrían tener sobre el medio ambiente y la salud de los habitantes del resguardo Cañamomo-Lomaprieta. Dicho examen deberá ponderar la protección de la integridad étnica de los accionantes y los intereses de los usuarios de los servicios de comunicaciones que podrían verse involucrados en este caso.”⁸¹

5.4.9. En la sentencia T-376 de 2012⁸² se conoció la acción de tutela interpuesta por los Consejos Comunitarios de la Comunidad Negra de Unidad Comunera del Gobierno Rural de La Boquilla, de Cartagena, por no haber sido consultados de manera libre e informada sobre la entrega de una concesión de playa en el sector de Cielo Mar de La Boquilla (Cartagena) a una empresa privada. El territorio era utilizado por la comunidad para la pesca, celebraciones tradicionales y actividades asociadas a la prestación de servicios turísticos. Se decidió que adoptar una decisión administrativa sobre el espacio público, enmarcada dentro de la visión de desarrollo del ente territorial que no cuenta con estudios de impacto ambiental ni social, se traduce en la omisión de asegurar el derecho a la participación de la comunidad.

5.4.10. En la sentencia T-693 de 2012,⁸³ se resolvió una tutela interpuesta por la Unión Temporal del Desarrollo Vial del Valle del Cauca contra el Ministerio del Medio Ambiente por considerar que dicha entidad había vulnerado su derecho al debido proceso administrativo, al exigir para la expedición de la licencia ambiental requerida, la actualización de las certificaciones sobre presencia de comunidades indígenas o negras en el área de desarrollo de una obra (municipio de Dagua, Valle del Cauca). La Corte expuso que existe la obligación consagrada en el Decreto 1320 de 1998, de vincular a las comunidades negras que se encuentren en la zona de influencia del proyecto para la realización del estudio de impacto ambiental, aun cuando estas comunidades no cuenten con las certificaciones exigidas y que ello se puede configurar en distintas fases del proceso del proyecto, cuando diere

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁸² Corte Constitucional, sentencia T-376 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

⁸³ Corte Constitucional, sentencia T-693 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

lugar. Finalmente la Corte ordenó a la empresa a que dentro de 48 horas se vincule a dichas comunidades para la realización del estudio de impacto ambiental. Así mismo ordenó que la Oficina de Consulta Previa del Ministerio del Interior acompañara el proceso de consulta previa de las comunidades negras ubicadas en la zona de influencia del proyecto vial.

5.4.11. Por último, en la sentencia T-462A de 2014⁸⁴ se decidió la acción de tutela interpuesta por las comunidades indígenas Honduras y Cerro Tijeras, Cauca, a quienes les fueron vulnerados sus derechos fundamentales a propósito de la construcción de la represa Salvajina, que funciona desde hace 25 años. Por lo que se ordenó la consulta previa para formular diagnósticos de impacto, identificar aquellas afectaciones que fueron imprevisibles a la hora de ejecutar la obra y establecer las medidas de compensación, corrección y mitigación más acordes con los intereses de las comunidades.

5.4.12. En síntesis la jurisprudencia constitucional evidencia que un proceso de licenciamiento ambiental en el que se encuentren involucrados grupos étnicos supone el desarrollo de consulta previa, por la propia naturaleza del mismo. Dicho de otra forma, la necesidad legal de una licencia ambiental bajo los parámetros de la Ley 99 de 1993 demuestra que los impactos de la actividad licenciada constituyen una afectación directa. Aunque el análisis de la afectación directa debe hacerse en cada caso, para la Sala, la necesidad de licencia ambiental es un indicio fuerte de la necesidad de una consulta previa. En el caso de los programas de aspersión de cultivos ilícitos con glifosato, la necesidad legal de una licencia ambiental y de la aprobación de un plan de manejo ambiental, es un indicio fuerte de la necesidad constitucional de una consulta previa en los casos en que estos programas afecten los territorios de comunidades étnicas.

5.5. Las medidas que restrinjan los derechos de las comunidades étnicas en virtud del interés general deben ser necesarias y proporcionales

La consulta previa como expresión del derecho a la participación refleja un equilibrio o ponderación entre el interés general, representado en los proyectos o medidas que potencialmente pueden incidir en los derechos de los pueblos indígenas, y el goce efectivo de estos últimos, particularmente, en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación.⁸⁵ En varios casos que se han relatado, se ve la manera cómo el juez constitucional ha realizado un ejercicio de ponderación para definir el derecho de participación y consulta previa de las comunidades étnicas en Colombia. Cabe resaltar dos casos.

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia T-462A de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencias SU-383 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis; SV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; SV Jaime Araujo Rentería) y T-376 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

5.5.1. En la sentencia SU-383 de 2003, la Corte estableció algunos criterios limitantes para las actividades de aspersión aérea que se realizaran en la Amazonía. La Sala Plena consideró que las actividades fundamentadas en el interés general y el orden público tendrían que limitarse de acuerdo con una ponderación que tuviera en cuenta la protección de los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades étnicas. Dijo la Corte:

“Las autoridades a las que se refiere la presente decisión, deberán, en la adopción de las medidas pertinentes, como resultado de las consultas a los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana, considerar y ponderar i) la efectiva protección de los derechos fundamentales amparados, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, iii) el interés general de la nación colombiana, y iv) las potestades inherentes al Estado colombiano para definir y aplicar de manera soberana y autónoma la política criminal y dentro de ella los planes y programas de erradicación de los cultivos ilícitos.”⁸⁶

5.5.2. En la sentencia T-005 de 2016 la Corte consideró que el concepto de seguridad nacional debía asegurarse frente al derecho de comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta a quienes se les había limitado el acceso a un territorio sagrado por la construcción de un batallón. En ese caso dijo:

“[...] teniendo en cuenta que dichas edificaciones y estructuras se han instalado progresivamente desde 1965 hasta el 2014, y que la demolición de la construcción y retiro de las antenas, torres y subestaciones podrían poner en riesgo la seguridad nacional porque el cerro es un punto estratégico dentro de la geografía de la Nación y desde ese lugar se coordinan operaciones militares de gran importancia para la seguridad nacional, se monitorea el espacio aéreo, se transmite señal de televisión, radio, telefonía y datos para el norte de Colombia y, se conduce energía eléctrica para la región caribe, no hay lugar a ordenar la suspensión de actividades, ya que el impacto y eventual daño que podría causarse no solo se extendería a los habitantes del área de influencia -los departamentos de Magdalena, Cesar, Guajira y Atlántico- sino a la población del país, siendo necesario proteger y asegurar el interés general.

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis; SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández; SV Jaime Araujo Rentería).

No obstante lo anterior, el concepto de seguridad nacional debe armonizarse con el ejercicio y respeto de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio colombiano, como en este caso, las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, para quienes el territorio ancestral es parte de su cultura y su existencia, de modo que su acceso y permanencia en el cerro El Alguacil también debe ser garantizada. Lo mismo ocurre con las instalaciones de tendidos eléctricos, antenas y torres de comunicaciones que si bien es cierto aseguran que la región caribe del país acceda a los servicios públicos de telefonía, radio, televisión, electricidad y datos, entre otros; también lo es que deben ser concertados con los grupos étnicos que se ven afectados.”⁸⁷

5.5.3. En sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que de conformidad con el artículo 21 de la CADH, el Estado podría restringir el uso y goce del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, siempre que las restricciones: (i) hayan sido previamente establecidas, (ii) sean necesarias, (iii) proporcionales, y (vi) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.⁸⁸

5.5.4. Mantener la seguridad y el orden público constituye un interés fundamental dentro de los postulados de un estado social de democracia de derecho, sin embargo, ninguna medida de la administración tendiente a su cumplimiento puede menoscabar los derechos fundamentales de las minorías étnicas. En este sentido cualquier política, plan o proyecto debe estar enmarcado en principios de proporcionalidad y razonabilidad, más aún al tratarse de medidas que involucran afectaciones claras al medio ambiente y posibles afectaciones a la salud humana.

6. Las comunidades indígenas de los municipios de Orito y Puerto Caicedo deben ser consultadas sobre los programas de aspersión de cultivos susceptibles de afectar su territorio

Las comunidades indígenas nasa de Putumayo tienen derecho a ser consultadas sobre las actividades de aspersión que les afecten. Este derecho cubre a todas las comunidades indígenas y no solo a las que se han constituido formalmente como resguardo. Además, este derecho se activa con la afectación directa, que es un concepto más amplio que el de “área de influencia” comúnmente usado en los proyectos de infraestructura y de extracción de recursos naturales.

6.1. La titularidad de la consulta previa no depende exclusivamente del reconocimiento formal que haga el Estado en relación con la comunidad

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T-005 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

⁸⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay* (2005). Sentencia de Fondo, reparaciones y costas. Páginas 144 y 145.

étnica concernida. Por ese motivo, la Corte ha amparado la consulta previa no solo de los resguardos formalmente constituidos, sino también de comunidades que no cuentan con estos títulos legales. En la determinación de la titularidad de este derecho, la Corte ha tenido en cuenta, más que las formas legales, los criterios objetivo y subjetivo para establecer si existe una comunidad étnicamente diferenciada, que se reconoce a sí misma como tal.⁸⁹

6.2. En este caso las comunidades accionantes son cinco cabildos nasa y un resguardo indígena, todos formalmente constituidos y reconocidos por las autoridades estatales. En respuesta a la acción de tutela en este caso, la Dirección de Antinarcóticos demostró que en las órdenes de operaciones vigentes en 2013, se había excluido a los resguardos indígenas, entre los cuales se encontraba el Resguardo de Santa Rosa de Juanambú, Campo Alegre, Alpes Orientales y La Floresta Alto Coqueto. El Ministerio de Justicia y del Derecho manifestó que dicho resguardo había sido invitado hacía algunos años a una reunión de pre consulta, y que en todo caso el resguardo no sería consultado si su área no era priorizada para futuras operaciones de aspersión.

6.3. La Sala considera que la exclusión del resguardo de Santa Rosa de Juanambú en la orden de operaciones no era suficiente para dar por cumplido el requisito de la consulta previa. Como lo ha señalado la Corte, la afectación directa puede darse incluso cuando la actividad se realiza por fuera del territorio de las comunidades étnicas.⁹⁰ Por otra parte, y en términos más generales, la Sala Plena ha señalado la diferencia entre el concepto constitucional de *afectación directa* y el concepto operativo de *área de influencia* de un proyecto, señalando que es el primero y no el segundo, el que debe establecer si se debe consultar una actividad.⁹¹

6.4. En el proceso no hay certeza sobre las coordenadas de las operaciones de aspersión realizadas. Pero las órdenes de operaciones “Onix XIII” y “Diosa del Chairá” designan con amplitud el ámbito territorial en los siguientes términos: “*Departamento de Putumayo*”. Así, es posible establecer la afectación y amenaza a los derechos de las comunidades. De ese gran ámbito territorial solo se excluyó el resguardo de Santa Rosa de Juanambú, pero no a las demás parcialidades indígenas accionantes en este proceso. Aunque la ocurrencia de las operaciones no fue probada de manera concluyente por las

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-217 de 2017 (MP María Victoria Calle Correa; SV Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo Ocampo).

⁹⁰ Así, por ejemplo, en la sentencia T-764 de 2015 la Corte ordenó la suspensión de un proyecto de explotación petrolera que se venía realizando cerca de un resguardo indígena, aunque no lo fuera dentro del mismo. La Corte consideró que “en razón a la cercanía existente entre la zona en la que se adelanta este proyecto y el territorio del Resguardo Vencedor Pirirí, resulta justificado el reclamo de la comunidad en el sentido de que el proyecto sí ha debido ser objeto de consulta con la comunidad que habita éste, al menos en lo relacionado con las actividades que habrían de cumplirse en la zona de mayor proximidad entre los dos territorios”. Corte Constitucional, sentencia T-764 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia SU-217 de 2017 (MP María Victoria Calle Correa; SV Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo Ocampo).

comunidades accionantes, la Sala constata que, de acuerdo con los documentos oficiales aportados al proceso, existe una posibilidad real de que los territorios indígenas hayan sido afectados por las actividades de aspersión, y de que sean afectados en el futuro en caso de reanudarse el PECIG.

6.5. Como lo ha señalado la jurisprudencia, el juez de tutela, no requiere establecer con certeza si las aspersiones ocurrieron o no, o cuál fue la magnitud del impacto que se puede haber causado, para dar protección a los derechos. Siguiendo el criterio de las sentencias T-080 de 2017 y T-236 de 2017, la Sala considera que el grado de afectación lo deben establecer las comunidades en conjunto con las entidades accionadas. Ahora bien, para la Sala es claro que la existencia de un proceso de licenciamiento ambiental para el uso de una sustancia tóxica, como lo es en este caso el herbicida basado en glifosato, implica *per se*, un riesgo de daño real, sobre el medio ambiente y la integridad de las comunidades étnicas que habitan los municipios de Orito y Puerto Caicedo. De conformidad con la jurisprudencia aplicable al caso, cualquier procedimiento encaminado a obtener un permiso de la autoridad ambiental en el que estén presentes comunidades étnicas, sobrepasa el simple nivel de participación general e impone a la autoridad ambiental exigir un análisis de riesgos e impactos ambientales y sociales desarrollados dentro de un proceso de consulta previa. En ese sentido, la Sala encuentra que las autoridades demandadas vulneraron el derecho a la consulta previa de las comunidades accionantes, al no haber llevado a cabo un proceso de consulta previa en los términos legales y constitucionales en el marco del Plan de Manejo Ambiental. Por esta razón la Sala procederá a ordenar la realización de un proceso de consulta para definir no solo el nivel de afectación del PECIG sino además las medidas de compensación y reparación a que haya lugar.

6.6. De igual manera, como garantía de no repetición la Sala advertirá al Gobierno Nacional que en caso de reanudar programas de erradicación de cultivos ilícitos en los municipios de Orito y Puerto Caicedo, con cualquier sustancia tóxica, estos solo podrán ser desarrollados previa autorización de la autoridad ambiental y, en consecuencia, deberán cumplir los procedimientos establecidos por la Constitución y la ley para casos que involucran comunidades étnicas.

6.7. En este orden de ideas, aun cuando el PECIG se encuentre suspendido, se ha constatado la vulneración del derecho a la consulta previa como resultado de la imposición del Plan de Manejo Ambiental de forma irregular. De manera que es necesario acudir a una medida de restitución, indemnización, satisfacción o rehabilitación que responda a la definición del daño. Para tales efectos la Sala considera que se deberá llevar a cabo el proceso de consulta para determinar dichas medidas de compensación. Ahora bien, el PECIG se encuentra suspendido, pero en caso de que se reanude, o se reemplace por cualquier otro programa que se asimile a este, y que pueda afectar los territorios de las comunidades accionantes, se deberá llevar a cabo un proceso

de diálogo que permita definir no solo el Plan de Manejo Ambiental, sino que permita determinar de forma participativa, los impactos sociales, económicos y culturales del programa.

6.8. Aunque el derecho vulnerado es la consulta previa, la orden para la protección de ese derecho no será la realización de la consulta *previa*, pues la actividad que debía ser consultada ya se realizó. Se ordenará por tanto una consulta posterior, en orden a establecer los impactos causados y las medidas para mitigarlos. La realización de esta clase de consultas ya ha sido ordenada por la Corte Constitucional en casos como el de la represa de Urrá,⁹² el Oleoducto de los Llanos,⁹³ la represa Salvajina⁹⁴ y la aspersión con glifosato en el territorio indígena Carijona.⁹⁵ En este último caso, por ejemplo, la Corte precisó que *“el derecho a la consulta puede desarrollarse también para obtener una reparación o compensación cuando las actividades o proyectos implementados por el Estado se han consumado -sin haber realizado procesos de consulta- y han terminado afectando a una comunidad humana determinada”*.⁹⁶

7. Parámetros de la consulta que deberá realizarse

Al realizar la consulta que se ordena en esta decisión, el Consejo Nacional de Estupefacientes deberá tener en cuenta los siguientes cinco parámetros, que deberán ser supervisados por la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, en razón a sus funciones constitucionales. Los parámetros son:

⁹² Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998 (MP Carlos Gaviria Díaz). En esta sentencia la Corte Constitucional identificó la vulneración del derecho a la consulta previa del pueblo indígena Embera-Katío del Alto Sinú por la construcción de un proyecto hidroeléctrico situado sobre el río Sinú en el Departamento de Córdoba, en consecuencia ordenó la realización de un proceso de concertación con la comunidad para establecer las medidas de indemnización y reparación pertinentes.

⁹³ Corte Constitucional, sentencia T-693 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En este fallo la Corte Constitucional revisó y concedió el amparo de los derechos fundamentales a la libre determinación, a la participación a través de la consulta previa, a la integridad cultural y a la supervivencia de la comunidad Achagua Piapoco, por la construcción del Proyecto de los Llanos. En este caso ordenó la realización de una consulta a las autoridades de la comunidad Achagua, con la finalidad de adoptar medidas de compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios con la construcción del oleoducto.

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-462A de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SPV Luis Ernesto Vargas Silva). En este fallo la Corte Constitucional amparó el derecho a la consulta previa del resguardo indígena de Honduras y el Cabildo de Cerro Tijeras por la construcción del embalse Salvajina al norte del departamento del Cauca con el fin de identificar los impactos ambientales, sociales, económicos y culturales causados por la operación de la represa.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Aquiles Arrieta Gómez). En esta sentencia la Corte Constitucional amparó el derecho a la consulta previa del resguardo indígena Carijona de Puerto Nare en el departamento del Guaviare. Como consecuencia de ello ordenó la realización de un proceso de consulta a las autoridades de la comunidad con la finalidad de adoptar medidas de etno-reparación y compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados por el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato.

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Aquiles Arrieta Gómez).

7.1. *El objeto de la consulta.* El objeto de la consulta es el programa de aspersión aérea con glifosato realizado en los municipios de Puerto Caicedo y Orito.

7.2. *Procedimiento apropiado.* Un procedimiento apropiado es aquel que se basa en la realización de la consulta previa con un nivel de participación que está especialmente diseñado para la garantía de los derechos de los grupos excluidos. Esto es, aquel que va más allá de la simple participación asociada a la intervención de las comunidades en los organismos decisorios de carácter nacional o local y que hacen parte de la estructura general sobre la que está fundada la democracia representativa en Colombia. En este sentido la jurisprudencia constitucional ha definido unas características para que la consulta previa se lleve mediante un procedimiento apropiado. (i) Que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.⁹⁷ (ii) El método para llevar a cabo la consulta previa debe ser definido de forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad.⁹⁸ (iii) El proceso de consulta debe regirse por el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades y las autoridades públicas, esto significa que los procesos de consulta no deben ser manipulados y que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, para lo cual es necesario que las comunidades sean dotadas de información suficiente y oportuna. (iv) Para lograr que las comunidades étnicas estén plenamente informadas de la propuesta y sus implicaciones, y puedan tomar decisiones informadas, las autoridades que dirigen el proceso consultivo deben velar por que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los respectivos grupos.⁹⁹ (v) La consulta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar. La efectividad de la consulta se refiere al deber de las autoridades de dar valor a la palabra de las comunidades.¹⁰⁰ Obviamente, el grado de vinculatoriedad de la decisión de las comunidades depende, se insiste, en el grado de afectación específica que se dé.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997 (MP Antonio Barrera Carbonell; SV Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa, Fabio Morón Díaz y Jaime Vidal Perdomo).

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; SV Jaime Araujo Rentería).

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa; SV Jaime Araujo Rentería).

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia C-175 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SV Nilson Pinilla Pinilla; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Cristina Pardo Schlesinger; SV Humberto Sierra Porto).

Para esta Sala es indispensable que la consulta se haga teniendo en cuenta, como un aspecto transversal, las lenguas y dialectos de las comunidades étnicas afectadas, los cuales son oficiales en sus territorios (art.10, CP).

7.3. Nivel de afectación. El nivel de afectación no podrá definirse únicamente en razón del uso ancestral de la hoja de coca por parte de las comunidades étnicas. Las afectaciones al medio ambiente y a la salud impactan de manera aguda su derecho de autodeterminación, por esta razón la concesión de una licencia ambiental sin el previo cumplimiento de la consulta previa constituye por un lado, la fuente de vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, y por otro una afectación directa sobre su vida, sus costumbres y la propia posibilidad de subsistencia como grupo étnico. En este sentido cuando se ha concedido una licencia ambiental sin la realización de la consulta se deberá determinar el nivel de afectación a través de la realización de la misma. De esta manera, son las comunidades étnicas quienes a través de un proceso de interlocución con las autoridades públicas responsables, deben valorar la afectación que el programa de aspersión aérea con glifosato haya causado sobre sus territorios, sobre su integridad cultural o sobre cualquier aspecto de su cosmovisión. Es en ese escenario donde deberán evaluarse el impacto a la salud, al medio ambiente y al territorio en general como elemento esencial para la existencia y autodeterminación indígena y étnica, para a su vez determinar las medidas de restitución, indemnización, satisfacción o rehabilitación que responda a la definición del daño.

7.4. Mecanismos de seguimiento y exigibilidad de los acuerdos. Del proceso de consulta previa deberán resultar acuerdos formales para llevar a cabo las medidas de reparación y garantías de no repetición de los daños generados a los comunidades étnicas por la ejecución de PECIG en Orito y Puerto Caicedo. Una vez protocolizado, deberá establecerse el mecanismo de evaluación periódica de cumplimiento de dichas medidas, proceso en el que deberán participar tanto los representantes de las comunidades, los representantes del Consejo Nacional de Estupefacientes, así como los representantes de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, en ejercicio de sus funciones constitucionales. Dichas autoridades en conjunto deberán enviar un informe periódico de cumplimiento a esta Sala de Revisión.

7.5. Implementación de las medidas en casos de ausencia de acuerdo. Dado que la evaluación de la afectación se hará en el marco de un proceso ordenado de dialogo, deberá tenerse en cuenta la necesidad de ponderar la protección de la integridad étnica y el legítimo interés de mantener la seguridad nacional y el orden público, como manifestación del estado social y democrático de Derecho. En caso de que no se llegue a un acuerdo durante el proceso de consulta, el Consejo Nacional de Estupefacientes deberá junto con los representantes de las principales autoridades indígenas en Colombia, determinar el grado de afectación de la implementación del PECIG en Orito y

Puerto Caicedo sobre los derechos fundamentales de las minorías étnicas bajo los principios de proporcionalidad y razonabilidad, más aún al tratarse de medidas que involucran riesgos al medio ambiente y posibles afectaciones a la salud humana. En todo caso las medidas deberán estar desprovistas de arbitrariedad y autoritarismo.¹⁰¹

III. DECISIÓN

Se reitera: las actividades de erradicación de cultivos ilícitos que generan una afectación directa sobre las comunidades indígenas están sujetas a la consulta previa, aunque las comunidades afectadas no estén constituidas formalmente como resguardos y aunque el perímetro de las órdenes de operaciones no incluya específicamente a las comunidades afectadas.

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso en sede de revisión.

SEGUNDO.- REVOCAR el fallo proferido el 25 de septiembre de 2014 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que negó por improcedente la acción de tutela promovida por los Cabildos Indígenas Kiwe Ukwe, Yu'Çxijme, Yu'kh Zxiçkwe, Nasa Kwuma Te'wesx, Kwe'sx Kiwe y el resguardo indígena de Santa Rosa de Juanambú, Campo Alegre, Alpes Orientales y La Floresta Alto Coqueto, y en su lugar **CONCEDER** la tutela del derecho fundamental a la consulta previa.

TERCERO.- ORDENAR al Gobierno Nacional que por medio de las entidades que determine el Consejo Nacional de Estupefacientes, adelante un proceso de consulta con las comunidades accionantes, mediante un procedimiento apropiado, teniendo en cuenta los parámetros fijados en el capítulo 7 de la parte motiva de esta sentencia, en orden a establecer el grado de afectación que el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con Glifosato (PECIG), mientras estuvo vigente, causó en la integridad física, cultural, social y económica de dichas comunidades. Este proceso deberá completarse en un período de noventa (90) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, prorrogable, por solicitud de las partes, por una sola vez, por un período de sesenta (60) días adicionales. Dentro del término de la consulta el Consejo Nacional de

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencias C-175 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SV Humberto Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla, Cristina Pardo Schlesinger, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-1045A de 2010 MP Nilson Pinilla Pinilla; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Estupefacientes, deberá proferir una resolución en la que se consignen los resultados de la misma. De no ser posible una decisión concertada entre el Gobierno Nacional y las comunidades, corresponderá al Consejo Nacional de Estupefacientes, con base en evidencia científica, definir el nivel de afectación, de acuerdo con los parámetros fijados en el capítulo 7 de la parte motiva de esta sentencia, sin desconocer las inquietudes y expectativas de las comunidades étnicas consultadas, con el fin de mitigar, corregir o restaurar los efectos de las medidas que pudieren tomarse sin su participación, sobre las riquezas culturales y naturales de las comunidades afectadas.

CUARTO.- RECONOCER que en desarrollo de sus funciones constitucionales, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo deberán supervisar y acompañar el avance del cumplimiento de las órdenes impartidas en esta sentencia. En tal sentido se **ORDENA** al Ministerio de Justicia y del Derecho, como entidad presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, que dentro del término de noventa (90) días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia, informe, a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento del numeral tercero de la parte resolutive. De forma similar se **ORDENA** que dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, el Ministerio de Justicia y del Derecho informe a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Corte Constitucional sobre las acciones adecuadas y necesarias que se hayan adoptado para cumplir las órdenes de esta sentencia, así como sobre su implementación.

QUINTO.- El señor Procurador General de la Nación, el señor Defensor del Pueblo, el Ministro de Justicia y del Derecho, así como todas las entidades que conforman el Consejo Nacional de Estupefacientes, deberán cumplir lo dispuesto en esta sentencia de buena fe, con diligencia y eficiencia.

SEXTO.- LIBRAR las comunicaciones por la Secretaría General de la Corte Constitucional, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes a través del juez de primera instancia (la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá), previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

AQUILES ARRIETA GÓMEZ
Magistrado (e)

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS
Magistrado (e)

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (e)

ANEXO I

ACTUACIONES REALIZADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Primer conjunto de pruebas

Mediante auto del 6 de febrero de 2015, el despacho del Magistrado Sustanciador consideró necesario, para mejor proveer, ordenar la práctica y solicitud de varias pruebas.¹⁰²

¹⁰² La Sala solicitó: “(...) a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, los antecedentes del caso bajo revisión, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, informe a esta Corporación a) si se realizó consulta previa con las comunidades indígenas donde se realiza la fumigación por aspersión con glifosato en los municipios de Puerto Caicedo y Orito en el departamento de Putumayo y allegue todos los documentos al respecto, b) aclare qué permisos, estudios técnicos y procedimientos se realizaron para iniciar el “Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con Herbicida Glifosato (PECIG)” en el departamento del Putumayo, c) informe si ha tenido conocimiento de quejas en referencia sobre los presuntos impactos a los cultivos de pancoger de las comunidades indígenas del Putumayo y d) manifieste detalladamente si es cierto que la orden de operación “Diosa de Chaira” sigue vigente y si se han realizado más operaciones de erradicación en el último año en los municipios de Puerto Caicedo y Orito del departamento del Putumayo. Para el efecto, se le remitirá copia íntegra de la presente providencia. || (...) al Ministerio del Interior, concretamente, a la Dirección de Consulta Previa, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, allegue las certificaciones emitidas sobre la presencia de comunidades indígenas para la ejecución del PECIG en los municipios del Putumayo, y a la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, informe, con base en la información de estudios socioculturales y étnicos en el departamento del Putumayo, si tiene conocimiento sobre los usos tradicionales de las hojas de coca de las comunidades indígenas Nasa en la región. Para el efecto, se le remitirá copia íntegra de la presente providencia. || (...) al Ministerio de Salud y Protección Social, y al Instituto Nacional en Salud, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, informen a este Despacho, conforme a la ficha técnica No. 7 del Plan de Manejo Ambiental, qué actividades se han adelantado para mitigar, corregir o monitorear los presuntos impactos del PECIG implementado en los municipios de Puerto Caicedo y Orito en Putumayo y expresen todo lo que estimen pertinente. Para el efecto, se le remitirá copia íntegra de la presente providencia. || (...) a la Defensoría del Pueblo, los antecedentes del caso bajo revisión, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, para que dentro de sus competencias, (i) informe si conoce del caso bajo referencia y exprese todo lo que estime pertinente, bien sea de casos similares sobre los que conozca y las medidas que recomienda y (ii) con base en el sistema de alertas tempranas, informe cuál es la situación de orden público de los municipios de Puerto Caicedo y Orito en el Putumayo. Para el efecto, se le remitirá copia íntegra de la presente providencia. || (...) a la Defensoría del Pueblo, para que en el término de quince (15) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, realice una visita a las comunidades indígenas Nasa, accionantes en el asunto en referencia, con el fin de verificar las operaciones de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato que se han llevado a cabo en los municipios de Orito y Puerto Caicedo, los presuntos impactos sobre los cultivos de pancoger y la identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, en lo relacionado con sus presuntas prácticas tradicionales con la hoja de coca. || (...) a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, informe a este Despacho si ha realizado visitas de control o monitoreo a los lugares donde se implementa el PECIG y allegue los resultados que ha obtenido, concretamente los relacionados con los municipios de Puerto Caicedo y Orito en el departamento del Putumayo. Para el efecto, se le remitirá copia íntegra de la presente

1.1. La *Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior*, mediante escrito del 12 de febrero de 2015, el doctor Álvaro Echeverry Londoño, obrando en calidad de Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, envió en 6 folios la Certificación N° 1977 del 05 de diciembre de 2014, en la cual se determina lo siguiente:

“Realizado el ejercicio cartográfico consistente en la digitalización del área del proyecto denominado: <PROGRAMA DE ERRADICACION DE CULTIVOS ILICITOS MEDIANTE LA ASPERSION AEREA CON EL HERBICIDA GLIFOSATO (PECIG), ERRADICACION MANUAL FORZOSA Y ERRADICACION MANUAL VOLUNTARIA, DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO”, localizado en jurisdicción de los municipios de San Miguel (La Dorada), Puerto Caicedo, Orito, Puerto Guzman, Villa garzón, Mocoa, Valle del Guamez (La Hormiga), Puerto Asís y Puerto Leguizamo, departamento del Putumayo, se pudo constatar, una vez realizado el ejercicio cartográfico correspondiente, que en el área del proyecto en mención que se Registra la Presencia de las siguientes Comunidades Étnicas: RESGUARDOS: Santa Rosa de Juanambu, Campo Alegre, Alpes Orientales y la Floresta; PARCIALIDADES INDIGENAS: YU´CXIJME, KSXAW NASA ALTO DANUBIO, Las Delicias KIWE ÑXUSXA, El Danubio NASA KWUMA, YUCXIJME, El Danubio Nasa KUMA TEWESX”.

Asimismo señaló que a la fecha no existe solicitud de parte para el inicio del proceso de consulta previa respecto de las comunidades registradas en la certificación aludida. No obstante, aclara que en el marco de la Sentencia SU-

providencia. || (...) al Ministerio de Justicia y del Derecho, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, de conformidad con la resolución No. 0672 de 2013, como actual responsable en la supervisión del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato, (i) informe a este Despacho qué medidas de mitigación, corrección y monitoreo se han tomado frente a la ejecución de aquél programa desde que está a cargo del Plan de Manejo Ambiental, (ii) aclare si tiene conocimiento sobre las consultas previas que se han adelantado a las comunidades indígenas en los municipios de Puerto Caicedo y Orito en el Putumayo y (iii) manifieste si se han realizado operaciones de erradicación de cultivos ilícitos en aquella área del territorio nacional en el último año. Para el efecto, se le remitirá copia íntegra de la presente providencia. || (...) a las siguientes instituciones, para que en el término de diez (10) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, emitan si lo consideran pertinente un CONCEPTO TÉCNICO sobre los problemas jurídicos que plantea el proceso bajo revisión, concretamente, sobre el deber de realizar procesos de consulta previa en el marco de la implementación del “Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante aspersión Aérea con glifosato” y los posibles efectos que tiene sobre los cultivos de pancoger, las tierras, aguas y demás espacios que se utilizan para la subsistencia de comunidades indígenas y agrícolas. Para el efecto se les enviará copia íntegra de la presente providencia: Instituto de Estudios Ambientales de la Universidad Nacional, dirigido al experto Tomás León Sicard, Dejusticia, La Red por la justicia ambiental en Colombia, Censad Agua Viva, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, línea de investigación en derecho ambiental, Universidad de Los Andes, Programa de justicia global”.

383 de 2003, en el Departamento del Putumayo se han adelantado procesos de consulta previa con las siguientes comunidades indígenas: Buenavista, la Italia, Santa Elena, Los Pastos, Moniya Amena, Pinuna Blanco, El Palmar, Resguardo Bellavista, Cabildo Inga, Aguas Negras, Kichwa, Murui, Tukunare, Monaga, El Refugio, Samaritana, El Progreso, Jiri Jiri, La Quebradita, Puerto Puntuales, El Hecha, Imancia, Alto Naporuna, Bajo Casacunte, Lagarto Cocha, Consara, La Paya, Bajo Remanso, Santa Rita, Puerto Rico, Siona, Inca Puerto Perea- Puerto Colombia, Huitoto Martin Buineza, Santa María, Inga Puerto Alegría, Puerto Belén, Inga Puerto Reyes, Molano, Coinpa-Huitoto, Maranduia, Oima Muruy-Encanto, Tercera India, Oima Muruy-Marandua, Inga Puerto Molano, San Rafael, Mutuy San Rafael, San José, Ittiquilla, Puerto Tejada, Peña Roja, Calderón, Ñeque, El Encanto.

1.2. La *Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior*, allegó oficio en el cual se pronunció sobre los usos tradicionales de las hojas de coca de las comunidades indígenas NASA en el departamento de Putumayo. Indicó que existe amplia información proveniente de médicos tradicionales de las comunidades indígenas (COFAN, INGA, ARHUACO, entre otras) donde se dan explicaciones detalladas sobre el uso sacramental del Yagé/ Ayahuasca y de la hoja de Ayu (hoja de Coca), teniendo en cuenta los cuidados y requisitos que se deben tener para poder participar sanamente y con plena seguridad en éstas prácticas ancestrales. Al respecto señaló:

(...) la concepción occidental no alcanza a comprender los lazos íntimos que la cosmovisión de nuestros indígenas entrelaza con el uso de la hoja de Ayu, y es por ello que hasta acciones judiciales se han adelantado en el reconocimiento de este derecho a la diversidad étnica y a la atención a sus criterios de atención con un enfoque diferencial.

Sostiene que el Yagé y la hoja de Ayu no son sustancias sicotrópicas como lo creen muchas personas en el mundo occidental, ya que son elementos sagrados de las comunidades indígenas que se encuentran arraigados en sus mitos y en su Ley de Origen; para su uso se requiere de preparación, precaución y periodicidad orientadas por verdaderos médicos y sabios tradicionales, pues es una experiencia intensa para el componente físico, mental, emocional y espiritual del ser humano.

La hoja de Ayu es empleada por diversas comunidades étnicas del piedemonte andino-amazónico asentadas en Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, con fines medicinales y purgativos. Representa una manera de acceder a los mundos espirituales para buscar restablecer el equilibrio entre las fuerzas de la naturaleza de los mundos superiores e inferiores para generar un balance que dé como resultado una manifestación positiva

dentro de los planos físicos de nuestra realidad. Este balance logrado es lo que se entiende como sanación o curación mediante la meditación acompañada de las fuerzas espirituales de la hoja del Ayu.

Mediante el uso sacramental de la hoja de Ayu, las comunidades indígenas mantienen contacto con sus antepasados y con los elementos o fuerzas que rigen todas las expresiones de la naturaleza; esta hoja bien utilizada dentro del contexto antropológico sociocultural indígena permite tener visiones, más no alucinaciones, de los planos invisibles o normalmente ocultos para nuestros sentidos.

Aclara que la hoja de Ayu, sin distinción de las etnias de nuestros pueblos indígenas, contemplan el mismo valor tradicional, ancestral, espiritual y medicinal, lo único que los diferencia es la manera de su preparación, ya que los pueblos ubicados en la Sierra Nevada de Santa Marta tuestan la hoja en vasijas de barro hechos especial y únicamente para este fin, mientras que los pueblos indígenas ubicados en la parte sur del país la deshidratan al sol para su posterior pulverización.

1.3. El *Ministerio de Salud* por su parte indicó que el PECIG fue creado en atención a la política de control de drogas ilícitas del Estado, y que se ha materializado con la expedición de los correspondientes actos administrativos. Describió además el contenido de los programas específicos del Plan de Manejo Ambiental.

1.4. El *Instituto Nacional de Salud* remitió oficio indicando que de su competencia era el seguimiento a las fichas 5 y 7 del Plan de Manejo Ambiental sobre monitoreo ambiental y salud pública respectivamente. En ese sentido señaló:

“(…) para la primera se realiza el monitoreo de Glifosato y AMPA en muestras de agua recuperadas durante los monitoreos programados a los lotes seleccionados por núcleo de aspersión y frente a la segunda se desarrollan actividades como la revisión de información científica para la actualización de la evaluación de riesgo referenciada en la respectiva ficha, la socialización a entidades territoriales de un protocolo de atención a quejas, mediante el cual se reciben, tramitan y responden las quejas interpuestas por las personas o comunidades relacionadas con posibles efectos sobre la salud, relacionados con la exposición al herbicida Glifosato, utilizado en las actividades de aspersión aérea y el seguimiento a las respectivas quejas”.

Precisó que las entidades territoriales de salud debían efectuar la respectiva notificación al Sistema de Vigilancia Epidemiológica en Salud Pública y aportar los respectivos informes de seguimiento, en el caso en que aplicara, de modo que el Instituto recopilara toda la información y analizara la respectiva situación con el fin de investigar los hechos o solicitar correctivos a los operadores del programa. En síntesis, señaló que desde el Instituto Nacional de Salud, en apoyo al Ministerio de Salud y Protección Social, se aportó información sobre los posibles riesgos a la salud de los compuestos en la mezcla de aspersión, y hasta la fecha no habían encontrado ni reportado efectos que implicaran un riesgo severo para la salud de las personas.

Con respecto a los hechos expuestos en la acción de tutela de la referencia, sostuvo que se llevaron a cabo las siguientes actividades:

- (i) Frente a la queja interpuesta por el cabildo Nasa Kiwe Ukwe ante la Defensoría del Pueblo de Mocoa, Putumayo, en la cual refiere que el 2 de febrero de 2013 se llevaron a cabo operaciones de aspersión afectando cultivos de pan coger, el Instituto solicitó a la Policía Antinarcóticos el certificado de las operaciones e aspersión y a la Secretaría de Salud del Putumayo suministrar información referente a posibles afectaciones en la salud de esta comunidad, relacionadas con las operaciones de aspersión.

Por un lado, la Policía Antinarcóticos remitió el certificado solicitado, en el cual refieren haber realizado operaciones de aspersión el día 2 de febrero de 2013 a 1850 km de distancia de la Vereda Arizona; es decir la aspersión estuvo muy lejos del lugar de los hechos. Por otro lado, hasta la fecha no se había recibido respuesta a la solicitud elevada a la Secretaría de Salud del Putumayo.

- (ii) Se participó en la socialización del protocolo de atención a quejas coordinada y convocada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, la cual se llevó a cabo el 6 de agosto de 2014 en la ciudad de Mocoa, previo a las operaciones de aspersión en un núcleo determinado.

Refiere que durante estas socializaciones, se hizo hincapié sobre las afectaciones en salud que se pueden derivar del contacto con la mezcla de aspersión, la importancia de la consulta oportuna y rápida a los servicios de salud y la información que se requiere para interponer la queja.

Concluyó que durante la ejecución del Programa, el Instituto ha cumplido a cabalidad con las tareas a su cargo, las cuales han sido asignadas a través del Plan de Manejo Ambiental y que están encaminadas al monitoreo y apoyo al monitoreo y verificaciones, realizadas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA.

1.5. La *Defensoría del Pueblo* remitió oficio en el que señaló que se habían recibido y tramitado una serie de quejas y solicitudes de intervención sobre la situación presentada en algunas zonas del Departamento relacionadas con las acciones de erradicación manual forzada y fumigación en territorios indígenas del Departamento del Putumayo. Pese a que la erradicación y aspersion aérea, tienen como propósito la eliminación del cultivo de uso ilícito de la Coca, consideran que las acciones de tipo preventivo deben fortalecerse, lo que podría generar que las comunidades afectadas se desplacen por estas circunstancias alterando transitoriamente su proyecto de vida.

La Defensoría del Pueblo, afirmó que de manera recurrente había presentado las quejas y las inquietudes de las comunidades indígenas a la Alcaldía de Puerto Caicedo, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a la Dirección de Asuntos Indígenas de la misma entidad, el Ministerio de Defensa Nacional a través de la Dirección de Antinarcóticos y la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, ya que estas comunidades han manifestado que no se les ha tenido en cuenta en materia de concertación y consulta para adelantar tales acciones. Al respecto dijo que se había omitido el procedimiento de consulta previa (cabildo Nasa Kiwe Ukwe) en cumplimiento de la Sentencia SU-383 de 2003, el cual debió ser iniciado por parte de la Dirección de Política contra las Drogas y Actividades relacionadas del Ministerio de Justicia y del Derecho.

En el escrito también da cuenta de las acciones que ha adelantado la Defensoría desde hace varios años con el fin de alertar sobre la problemática de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en el marco del conflicto armado y de las fumigaciones de los cultivos de coca en el Departamento del Putumayo. Anota que la Defensoría realiza seguimiento de la Política Nacional de Lucha contra las Drogas, particularmente al Programa de Erradicación de los Cultivos Ilícitos con Glifosato y el Programa de Desarrollo Alternativo. Y finalmente señaló respecto de la situación de orden público:

(...) los Municipios de Puerto Caicedo y Orito en el Putumayo, según el sistema de alertas tempranas de la Defensoría del Pueblo, en el marco del conflicto armado se presentó el incremento de las restricciones a las comunidades, atentados en contra de la infraestructura petrolera, accidentes con minas antipersonal, reclutamientos forzados de niños, niñas y adolescentes, entre otros. En Municipios como Orito, las Farc mantuvieron el control en las zonas rurales recurriendo a la

siembra de minas antipersonales, a las amenazas e intimidaciones contra los funcionarios de las administraciones municipales y representantes de las organizaciones comunitarias y cobrando extorsiones a compañías petroleras, compañías de obras civiles, al comercio, transportadores.

1.6. La *Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–*, informó que en su deber de garantizar la efectividad del derecho a disfrutar de un ambiente sano, proteger la diversidad e integridad del mismo, planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos-PECIG, operaba bajo el seguimiento y control a un Plan de Manejo Ambiental, impuesto por la antigua Dirección de Licencias Ambientales del Ministerio de Ambiente, hoy ANLA, mediante la Resolución 1065 de Noviembre de 2001, modificada por la Resolución 1054 del 30 de septiembre de 2003, a la Dirección Nacional de Estupefacientes, hoy en liquidación y cuyas tareas fueron asumidas por el Ministerio de Justicia y del Derecho. Manifestó que el seguimiento y control a las actividades del Plan de Manejo Ambiental del PECIG, se realiza teniendo en cuenta la estructura del mismo, el cual está desarrollada en ocho fichas tales como: (i) Programa de Manejo de las Operaciones de Aspersión; (ii) Programa de Seguridad Industrial en las Bases de Operación; (iii) Programa de Manejo de Residuos Sólidos; (iv) Programa de Manejo de Aguas Residuales en las bases de Aspersión; (v) Programa de Monitoreo Ambiental; (vi) Programa de Comunicación y Gestión Social; (vii) Programa de Salud Pública; y (viii) Programa de Contingencia.

La ejecución de tales programas inicia cada año por la verificación de un informe de caracterización ambiental; los informes se realizan por zonas denominadas núcleos de aspersión que permiten identificar los usos del suelo, la presencia de asentamientos humanos y la delimitación de áreas de especial protección ecológica. Con la caracterización se zonifican las áreas donde se debe dar estricto cumplimiento a las franjas de seguridad. Los resguardos indígenas son en este sentido, se indicó, áreas de especial protección, lo que se deriva además de la observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 de la OIT y la observancia de la sentencia SU-383 de 2003. Precisó que durante el año 2014, en el núcleo de aspersión de los Departamentos del Caquetá y Putumayo, la ANLA realizó las visitas de control o monitoreo correspondientes en los lugares donde se implementa el PECIG, adicionalmente, hizo visitas de seguimiento y control a la socialización del Plan de Manejo Ambiental efectuada el 6 de agosto de 2014.

Finalmente, adjuntó al escrito los monitoreos ambientales que a la fecha han sido remitidos a la ANLA en el núcleo de aspersión Caquetá-Putumayo; los cuales incluyen información de geo-referenciación de los monitoreos realizados en el 2014 y el informe del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

1.7. La *Dirección de Política contra las Drogas y Actividades Relacionadas del Ministerio de Justicia y del Derecho* informó qué medidas de mitigación, corrección y monitoreo se han tomado frente a la ejecución del PECIG desde que está a cargo del Plan de Manejo Ambiental, manifestó que las diferentes medidas de prevención, mitigación, corrección, compensación y seguimiento del programa, sus responsables directos y actividades a adelantar, se encuentran establecidos de manera independiente de acuerdo con cada una de las fichas técnicas que componen el PMA. Frente al segundo requerimiento, relacionado con aclarar si se tiene conocimiento sobre las consultas previas que se han adelantado con las comunidades indígenas en los municipios de Puerto Caicedo y Orito en el Putumayo, sostiene que es la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior la entidad llamada a dar una respuesta inequívoca y precisa sobre el asunto. No obstante lo anterior, aclara que dentro de la esfera de su conocimiento, el proceso de consulta previa que se realizó para la erradicación de cultivos ilícitos presentes al interior de los resguardos indígenas ubicados en los municipios de Puerto Caicedo y Orito, fue aquel que se llevó a cabo entre las comunidades Calenturas, El Descanso, Villa Catalina de Puerto Rosario, La Aguadita, Alpamanga y Wasipungo y la Dirección Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Antinarcóticos, el Instituto Colombiano Agropecuario, el Ministerio de Protección Social, el Instituto Nacional de Salud y el Ministerio del Medio Ambiente.

Finalmente, y con respecto al tercer requerimiento, relacionado con manifestar si se han realizado operaciones de erradicación de cultivos ilícitos en aquella área del territorio nacional en el último año, reitera que de conformidad con la descripción de la estructura del Plan de Manejo Ambiental del PECIG expuesta en respuesta del primer requerimiento, la competencia de ejecutar el Programa de Manejo de las Operaciones de Aspersión (ficha técnica No. 1), corresponde de manera exclusiva a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, razón por la cual, se colige que es esa la entidad competente para dar una respuesta precisa sobre la ejecución de las operaciones de aspersión en el área señalada.

1.8. La *Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional*, se pronunció frente al interrogante relacionado con la realización de la consulta previa con las comunidades indígenas donde se realiza la fumigación por aspersión con glifosato en los municipios de Puerto Caicedo y Orito en el departamento de Putumayo, diciendo que de acuerdo con la información suministrada por las entidades competentes, a la fecha no se han desarrollado procesos de consulta previa con las comunidades NASA del pueblo de Putumayo, específicamente en los municipios de Puerto Caicedo y Orito, y que cruzada la información de líneas de aspersión y la cartografía referente a los límites de resguardos indígenas asentados en los municipios de Puerto Caicedo y Orito en el departamento del Putumayo, se encontró que no se planearon ni ejecutaron operaciones de aspersión aérea en estos territorios, para la fecha que se menciona en el escrito de tutela.

Con relación a los permisos, estudios técnicos y procedimientos que se realizaron para iniciar el “Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con Herbicida Glifosato (PECIG)” en el departamento del Putumayo, informó que el herbicida Glifosato empleado en dicho programa cuenta con estudios tales como el Dictamen Técnico Toxicológico DTT- 2234-2011 del Ministerio de Protección Social, el Dictamen Técnico Ambiental expedido mediante Resolución 1414 de 2012 de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, el Registro N° 400 del Instituto Colombiano Agropecuario y el Registro N° 1071-83-6 de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos. De igual manera manifestó que el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con Glifosato cuenta con los siguientes avales y permisos: (i) la Resolución 1054 de 2003 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por el cual se impone el Plan de Manejo Ambiental y (ii) la Resolución 009 de 2003 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por el cual se autoriza la dosis del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos.

En cuanto a los estudios técnicos, informó que en el compendio bibliográfico de los diferentes estudios científicos se evidencia que el glifosato está altamente evaluado con relación a la salud humana y el ambiente; el glifosato se ha venido usando en Colombia desde 1972 en cultivos de caña de azúcar, arroz, plátano, algodón, maíz, palma africana, árboles frutales, cítricos, verduras, entre otros. Otros estudios relacionados en el informe como “Estudio de los efectos del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la Aspersión Aérea con el herbicida Glifosato (PECIG) y de los cultivos ilícitos en la salud humana y en el medio ambiente” realizado por la Comisión Interamericana para el Control y Abuso de las Drogas de la Organización de Estados Americanos CICAD/OEA, concluyó que los riesgos sobre la salud humana y el ambiente obedecen a los químicos empleados por los cultivadores de coca y que el programa de erradicación no ofrece un riesgo significativo sobre la salud humana y el ambiente.

Así mismo un estudio realizado por la Clínica Toxicología Uribe Cualla en el municipio El Tablón de Gómez del departamento de Nariño, señala que los síntomas presentados por la población no guardan relación alguna con las aspersiones aéreas sino que obedecen a una baja higiene de la población y a la mala manipulación de los químicos empleados en los cultivos ilícitos. La Clínica antes citada realizó el mismo estudio en el departamento de Putumayo concluyendo que las enfermedades de la población son de tipo infeccioso y alérgico y no de origen químico. A su turno el Instituto Nacional de Salud, realizó una evaluación de los efectos del glifosato y otros plaguicidas en la salud humana en zonas objeto del programa de erradicación de cultivos ilícitos, expresando que no hubo hallazgos concluyentes entre la exposición a glifosato empleado en la erradicación de cultivos ilícitos y los efectos en la salud, debido a que se halló exposición ocupacional concomitante por la misma sustancia y por otras de mayor toxicidad que el glifosato.

En cuanto si se realizaron los procedimientos respectivos antes de iniciar el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con Herbicida Glifosato (PECIG), el informe da cuenta de que los procedimientos se encuentran establecidos en el Plan de Manejo Ambiental, el cual consta de ocho (08) programas específicos tales como: el Programa de Manejo de las Operaciones de Aspersión, el Programa de Seguridad Industrial en las Bases de Operación, el Programa de Manejo de Residuos Sólidos, el Programa de Manejo de Aguas Residuales en las bases del PECIG, el Programa de Monitoreo Ambiental, el Programa de Comunicación y Gestión Social, el Programa de Salud Pública y el Plan de Contingencia.

En lo que respecta al conocimiento de las quejas relacionadas con los presuntos impactos de la fumigación con glifosato en los cultivos de pancoger de las comunidades indígenas del Putumayo, informa que para el año 2014 no se recibieron reclamaciones de Resguardos Indígenas por presuntos daños a cultivos lícitos derivados de las operaciones de aspersión.

Frente a la vigencia de la orden de Operaciones “Diosa del Chaira”, manifiesta que la Orden de Servicio N° 0240 DIRAN- ARECI- 38.16 del 09 de Abril de 2013 se mantuvo vigente desde el 18 de abril hasta el 15 de septiembre de 2013, y que la Dirección no realizó aspersiones al interior de los resguardos indígenas asentados en los municipios de Puerto Caicedo y Orito en el departamento de Putumayo para la fecha de los hechos reportados por el accionante en el escrito de tutela. Así mismo aclaró que para el año 2014, se desarrollaron actividades de aspersión en el departamento de Putumayo pero reiteran, no al interior de los resguardos de la Comunidad NASA del pueblo de Putumayo.

2. Intervenciones dentro del proceso

2.1. La *Universidad Nacional* manifestó que no puede emitir un concepto técnico sobre los problemas jurídicos que plantea el deber de realizar procesos de consulta previa en el marco de la implementación del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con Glifosato (PECIG). A su turno propuso los nombres de dos abogados especialistas en el tema como son los doctores Gloria Rodríguez de la especialización en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario y al Profesor Gregorio Mesa Cuadros, docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de Colombia- Sede Bogotá.

2.2. La *Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente –AIDA-*, presentó el concepto técnico solicitado en el caso de la referencia; en primer término se aborda la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa ante la implementación del PECIG; en seguida presenta recomendaciones de la Corte Constitucional relevantes para este caso; continúa analizando las obligaciones específicas del Estado respecto de su deber de proteger el ambiente ante la implementación del PECIG; reseña estudios científicos sobre

los efectos negativos del glifosato en el ambiente y en la salud humana; y finaliza con las conclusiones.

Precisa que el PECIG implica impactos en el ambiente y en los derechos humanos de las personas que habitan zonas fumigadas; (i) en particular, la dosis, concentración y frecuencia de la aplicación de la mezcla de glifosato usada por el PECIG es mucho más alta que la comercialmente usada en otros países, y para su aplicación existe una serie de requisitos específicos cuyo cumplimiento podría evitar mayores daños ambientales y en la salud humana; (ii) el PECIG es una mezcla del herbicida glifosato que causa importantes impactos ambientales, en especial en cuerpos de agua, peces, anfibios, cultivos de alimentos y en la salud humana; (iii) las condiciones particulares colombianas de biodiversidad, pluviosidad, vientos, geografía y orden público, hacen que los impactos del PECIG puedan ser acumulativos y mayores a los científicamente probados.

Ante la ausencia de evaluaciones integrales a largo plazo de los impactos sociales y ambientales del PECIG, considera que es necesario considerar la información científica disponible respecto del glifosato y de los ingredientes que componen la mezcla usada en el país, que demuestra que estas sustancias representan un riesgo real de daños graves e irreversibles para el ambiente y la salud humana. Asimismo, manifiesta que respecto del glifosato hay evidencias científicas suficientes para aplicar el principio de precaución, según los criterios de la Corte Constitucional; (i) la actividad constituye una amenaza de daño grave al ambiente y a la salud; (ii) además no existe certeza científica absoluta respecto del daño a causar, entre otras, por deficiencia en estudios específicos e independientes del PECIG en Putumayo; (iii) existe un principio de certeza sobre graves impactos ambientales y en la salud humana, como evidencian los estudios científicos independientes disponibles. En consecuencia, indica que el principio de precaución es aplicable y debe sustentar en el presente caso la decisión de suspender el PECIG en los territorios de los pueblos indígenas que alegan que sus derechos han sido vulnerados por cuenta de las actividades del programa en Puerto Caicedo, Putumayo.

Concluye que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas accionantes ante la implementación del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante aspersión aérea con Glifosato, al igual que las obligaciones específicas de proteger el ambiente y de respetar los derechos al ambiente sano, al agua y a la salud, afectados por la implementación de dicho programa.

3. Segundo conjunto de pruebas solicitadas

3.1. Mediante auto de 17 de abril de 2015, el Magistrado Sustanciador ordenó las siguientes pruebas:

“(…) a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, los antecedentes del caso bajo revisión, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, informe a esta Corporación (i) si existe actualmente vigente una nueva orden de operación de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato en los municipios de Puerto Caicedo y Orito en el departamento del Putumayo, como las denominadas “Diosa de Chaira” y “Onix XIII”, (ii) allegue los mapas donde se hicieron y se han hecho las aspersiones aéreas en los municipios de Orito y Puerto Caicedo y aclare si coinciden con zonas de comunidades indígenas y (iii) explique cuáles son las condiciones de orden público en los municipios de Puerto Caicedo y Orito en el departamento del Putumayo, y con base en ello, aclare la necesidad de hacer operaciones de aspersión aérea con glifosato en el área objeto de revisión.

(…) al Ministerio de Defensa, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, teniendo en cuenta los antecedentes de esta providencia, aclare e informe a este despacho, (i) cuál es la postura de esta entidad, en el contexto vigente del conflicto armado interno, frente al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con Glifosato PECIG y (ii) la situación de orden público de los municipios de Puerto Caicedo y Orito en el Putumayo, así como todo lo que estime conveniente manifestar. Para el efecto se remitirá copia íntegra del presente auto.

(…) a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, teniendo en cuenta el Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos – SIMCI, (i) informe a este despacho las funciones y facultades que ejerce esta Oficina en el territorio colombiano y si este proyecto permite distinguir entre los cultivos de uso ilícito y los cultivos de uso tradicional o lícito de hoja coca, (ii) allegue los documentos e informes que tenga sobre los cultivos de uso ilícito en el departamento del Putumayo, concretamente en los municipios de Orito y Puerto Caicedo y (iii) precise cuáles son las obligaciones internacionales del Estado frente a la presencia de las controversias que se presenten entre las comunidades tradicionales y la erradicación de la hoja de coca, con base en Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos. Para el efecto se remitirá copia íntegra del presente auto”.

3.1. En atención al anterior requerimiento, la *Dirección de Antinarcóticos del Ministerio de Defensa Nacional*, informando que no tenía vigente orden de servicio para el desarrollo de operaciones de aspersión aérea de cultivos ilícitos en jurisdicción de los municipios de Puerto Caicedo u Orito en el departamento del Putumayo.

En atención a la solicitud tendiente a allegar los mapas donde se hicieron y se han hecho las aspersiones aéreas en tales municipios, remite el mapa que contiene el registro de las operaciones de aspersión aérea de cultivos ilícitos realizadas durante el año 2014. Menciona que revisados los reportes de vuelo de localización satelital y líneas de aspersión, durante el año 2015 no se han realizado operaciones de aspersión en dichos municipios. Asimismo afirma que las operaciones de aspersión referidas en la cartografía anexa, no se plantearon ni ejecutaron al interior de los territorios indígenas y se cumplieron bajo estricto seguimiento de los parámetros técnicos y ambientales establecidos en el Plan de Manejo Ambiental impuesto por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Por otro lado, menciona que existen diversas razones que se consideran al planificar la ejecución de una operación de aspersión aérea, adicionales a la condición de orden público de las áreas seleccionadas; uno de estos elementos de juicio obedece a la concentración de cultivos ilícitos en determinadas áreas de la geografía nacional, datos que se obtienen a través del Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos lícitos de la ONU, que para el año 2013 registró 682 hectáreas de cultivo de coca en el municipio de Puerto Caicedo y 784 para este mismo periodo en el municipio de Orito; estas 1.466 hectáreas de cultivos de coca en sí mismas constituyen un objetivo que debe ser evaluado al elaborar los cronogramas de intervención con el PECIG.

Reconoce que no obstante que las condiciones de orden público son esenciales en las operaciones de aspersión aérea, en este análisis recurrente se estudian de igual forma diversos factores que limitan la capacidad institucional de efectuar actividades alternativas como la erradicación manual para atacar el fenómeno de los cultivos ilícitos, a saber: (i) presencia de grupos armados al margen de la ley; (ii) uso generalizado de artefactos explosivos improvisados y minas antipersona en las áreas de operaciones; (iii) existencia de grupos organizados encaminados al bloqueo de las actividades de erradicación manual; (iv) áreas que por su ubicación, distancia y/o difícil acceso, puedan llegar a limitar la capacidad de conservar una línea de abastecimiento constante y apoyo oportuno para los grupos.

Concluye que estas características especiales de orden público determinan con frecuencia, no solo la importancia, sino además la necesidad de programar operaciones de aspersión aérea que faciliten el control efectivo del fenómeno de cultivos ilícitos en esta región del país.

3.2. La *Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)*, indicó que la Asamblea General de las Naciones Unidas le confirió el mandato de trabajar con los Estados y la sociedad civil para prevenir que las drogas y el delito amenacen la seguridad, la paz y las oportunidades de desarrollo de los ciudadanos, fomentando la actualización de mejores prácticas internacionales.

Mencionó que en desarrollo de este mandato, se creó el Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos con el objetivo de establecer la localización y la extensión de cultivos ilícitos, llevar un registro continuo de la dinámica de este fenómeno, apoyar las tareas de erradicación y sustitución y aportar parámetros para la evaluación de las acciones de control de drogas, estimar la producción potencial de cocaína y caracterizar los territorios afectados por la presencia de cultivos ilícitos. En el marco de este objetivo y en el desarrollo de las actividades de recolección y análisis de imágenes multiespectrales sobre los cultivos de coca, no es posible hacer la distinción mencionada entre uso tradicional o lícito de la hoja de coca. Por otra parte, y frente a la solicitud de envío de los documentos e informes sobre los cultivos de uso ilícito en el departamento del Putumayo, adjunta el censo de cultivos de coca realizado por el proyecto SIMCI donde se puede consultar lo requerido.

Finalmente, precisó que las obligaciones del Estado Colombiano sobre el tema objeto de consulta, son las establecidas en los tres principales tratados de fiscalización internacional de drogas ratificados por el Gobierno de Colombia; la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes emendada por el Protocolo de 1972, el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1977 y la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

ANEXO II - ÍNDICE

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y solicitud
2. Respuestas a la acción de tutela
 - 2.1. Respuesta del Instituto Nacional de Salud
 - 2.2. Respuesta de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional
 - 2.3. Respuesta de la Presidencia de la República
 - 2.4. Respuesta del Ministerio del Interior
 - 2.5. Respuesta del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible
 - 2.6. Respuesta de la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación
 - 2.7. Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social
 - 2.8. Respuesta del Ministerio de Justicia y del Derecho
3. Decisiones judiciales objeto de revisión
 - 3.1. Sentencia de primera instancia
 - 3.2. Sentencia de segunda instancia
4. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Corte Constitucional
2. La acción de tutela presentada procede
3. Presentación del caso y problema jurídico
4. Pronunciamientos sobre el programa de aspersión aérea
5. Reiteración de los parámetros jurisprudenciales
 - 5.1. El derecho a la consulta previa
 - 5.2. Criterios de la jurisprudencia constitucional para definir la afectación directa de una medida a una comunidad étnica
 - 5.3. Las diferentes facetas del derecho a la participación de las comunidades étnicas son proporcionales al nivel de afectación
 - 5.4. La consulta previa es un requisito indispensable para la concesión de una licencia ambiental cuando se afecta a comunidades étnicas
 - 5.5. Las medidas que restrinjan los derechos de las comunidades étnicas en virtud del interés general deben ser necesarias y proporcionales
6. Las comunidades indígenas de los municipios de Orito y Puerto Caicedo deben ser consultadas sobre los programas de aspersión de cultivos susceptibles de afectar su territorio
7. Parámetros de la consulta que deberá realizarse

III. DECISIÓN

ANEXO I - ACTUACIONES REALIZADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Primer conjunto de pruebas
2. Intervenciones dentro del proceso
3. Segundo conjunto de pruebas solicitadas

ANEXO II - ÍNDICE