

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	: Franco Solarte Portilla
Asunto	: Impugnación Fallo de Tutela
Intervinientes	: Red de Derechos Humanos del Pacífico Nariñense (Redhpana) Vs. Presidencia de la República, Ejército Nacional, Policía Nacional y otros
Radicación	: Grupo 16 No. 2020-00302-01
Aprobación	: Acta N° 2021-076

San Juan de Pasto, diez de mayo de dos mil veintiuno

1. Vistos

Procede la Sala a resolver la impugnación propuesta por la RED DE DERECHOS HUMANOS DEL PACÍFICO NARIÑENSE (REDHPANA) en contra del fallo de tutela del 1º de marzo de 2021 emitido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto, mediante el cual declaró la improcedencia de la acción reclamada por dicha organización.

2. Antecedentes y trámite desplegado

La RED DE DERECHOS HUMANOS DEL PACÍFICO NARIÑENSE - (REDHPANA), organización constituida por los consejos comunitarios y resguardos indígenas del pacífico nariñense -municipios de San Andrés de Tumaco, Mosquera, Magüí Payán, Santa Bárbara, Roberto Payán, La Tola, El Charco, Francisco Pizarro, Olaya Herrera y Barbacoas- y otras organizaciones

y colectividades, interpuso acción de tutela en contra de la Presidencia de la República, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el Ejército Nacional y la Policía Nacional, adscritos al Ministerio de Defensa Nacional, la Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación y la Agencia de Renovación del Territorio.

En un primer acápite de la demanda los accionantes describieron el contexto en el que se circunscribe la política contra los cultivos de uso ilícito en Colombia, así:

Rememoraron que en el 2005 entró en operación bajo la dirección de la extinta Acción Social el Programa Contra Cultivos Ilícitos (PCI), a través del cual se implementó la erradicación manual y mecánica con aspersor de herbicidas como el glifosato, en apoyo a las labores de erradicación que adelanta la fuerza pública.

Luego, señalaron que en el 2010 se expidió el Conpes 3669 denominado *“Política Nacional de Erradicación Manual de Cultivos Ilícitos y Desarrollo Alternativo para la Consolidación Territorial”*, a partir del cual se continuó con la erradicación forzada y se aplicaron estrategias económicas post erradicación impuestas sin consideración a las características culturales de la población receptora. Dicha política se suscitó en el marco del programa de Seguridad Democrática y se inscribe en la idea de integrar acciones de atención social, desarrollo económico y asistencia institucional con los esfuerzos militares, policiales y antinarcóticos en los territorios más afectados por el conflicto.

Refirieron que después, en el 2011, con la transformación de Acción Social, el Gobierno Nacional creó la Unidad Administrativa Especial para la Consolidación Territorial-UACT, encargada de la atención social y militar de las comunidades afectadas por presencia de cultivos ilícitos. Hasta entonces, la

política contra el narcotráfico priorizó la erradicación forzada y la imposición de modelos económicos sobre la promoción de la sustitución voluntaria y la construcción de escenarios de desarrollo consensuados.

En el 2016 –evocaron- se firmó el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, en cuyo punto 4 se decantó que para alcanzar dicho propósito se apostaba por procesos de sustitución voluntaria de cultivos de uso ilícito y la puesta en marcha de Planes Integrales de Sustitución y Desarrollo Alternativo. Con ocasión de ello, se creó el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito (PNIS) bajo la dirección de la Presidencia de la Republica, mismo que tiene como principio la sustitución voluntaria, que implica la decisión y compromiso de los cultivadores de abandonar los cultivos de uso ilícito y del Gobierno Nacional de ejecutar el programa. Conforme sus términos, solamente cuando haya incumplimiento de las obligaciones adquiridas sin que medie caso fortuito o fuerza mayor, el Gobierno puede proceder a la erradicación previo un proceso de socialización e información con las comunidades.

En el año 2018 –continuaron- el Gobierno de turno presentó una nueva política de drogas llamada “Ruta futuro”, cuyo propósito es atacar la oferta de drogas a través de la reactivación del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante aspersión aérea con el herbicida glifosato – PECIG. Su aplicación ha desconocido los acuerdos alcanzados con las comunidades para la sustitución de cultivos ilícitos, se han llevado a cabo operativos de erradicación forzada sin consultar a las comunidades y se interviene por medio del control militar los territorios para luego ofrecer programas de reactivación económica ajenos a las dinámicas culturales de las comunidades.

En un segundo capítulo, los accionantes relataron que en el caso del pacífico nariñense, desde el 2017 fueron más de 17.235 familias las que accedieron a

erradicar los cultivos ilegales, sin embargo, solamente 1.035 de ellas recibieron los pagos prometidos en el Plan de Atención Inmediata (PIA) con el que se debería acompañar el proceso de sustitución, pese a que se ha constatado un cumplimiento del 95% de los compromisos de no resiembra por las familias firmantes. Agregaron que hoy en día hay más de 30.000 solicitudes pendientes de sustitución voluntaria, que el Gobierno ha dejado de celebrar.

Narraron que en ese escenario se vienen produciendo enfrentamientos directos entre fuerza pública y campesinos que han generado víctimas mortales y que se han multiplicado en el año 2020 en medio de la pandemia. Como muestra del fenómeno sistemático de agresión que soportan los pueblos indígenas, afrodescendientes y comunidades campesinas en la región por cuenta de las políticas de erradicación forzada con intervención militar, los tutelantes trajeron a colación plurales hechos ocurridos en el pacífico nariñense en el año 2020, que tienen como común denominador la injerencia violenta de la fuerza pública en las labores de erradicación, la afectación a cultivos de pancoger y viviendas de las comunidades, la muerte y lesiones producidas a miembros de las colectividades, las amenazas en contra de quien intenta registrar los hechos, señalamientos a los pobladores de ser colaboradores de la guerrilla o narcotraficantes y la presencia de la fuerza pública sin la adopción de medidas de bioseguridad.

Conforme a esos hechos y bajo el referido contexto, alegaron que las entidades accionadas han vulnerado los derechos de los pueblos afrodescendientes e indígenas a la consulta previa, consentimiento libre, previo e informado y autonomía. Explicaron que el plan de erradicación forzada antes de haber sido implementado debió ser consultado con las comunidades indígenas y afrodescendientes (con territorios colectivos titulados o con territorio ancestralmente ocupado), lo que hace que las actuaciones administrativas estén viciadas de manera insaneable.

Consideraron también que las demandadas han quebrantado sus derechos fundamentales a la salud, por cuenta de que el desplazamiento de cientos de hombres de la fuerza pública y particulares erradicadores sin la utilización de medidas de bioseguridad a los territorios colectivos significa un grave riesgo de contagio de Covid-19 para una población que históricamente no ha contado con una adecuada atención en salud.

El debido proceso lo encontraron también soslayado. Ilustraron que ello es así, por cuenta de que los acuerdos de sustitución no solamente se dejaron de implementar, sino que también fueron suprimidos, sin agotar los recursos legales que existen, las etapas administrativas para corregir la política de sustitución, sin demostrar incumplimiento de las comunidades y sin consultarlas conforme está consagrado en el PNIS. Aunaron que para que la erradicación forzada proceda se debe agotar previamente el fracaso de erradicación voluntaria y la concertación con las comunidades, cosa que no ha sucedido así. Indicaron asimismo que los operativos realizados por la fuerza pública han vulnerado los derechos humanos de las comunidades en los lugares en los cuales se han llevado a cabo, a contra pelo de las funciones que le ha otorgado la Carta Política.

Finalmente, en ese acápite advirtieron que las accionadas han quebrantado los derechos a la vida e integridad por infracciones al DIH, así como el derecho a la paz.

Enseguida, arguyeron que la acción de tutela es procedente en tanto cumple los principios de inmediatez y subsidiariedad (en este último caso, porque no existe otro mecanismo que con idoneidad permita la protección de los mencionados derechos fundamentales y porque se está en presencia de un perjuicio irremediable).

Por lo precedente, solicitaron al juez de tutela que: (i) ordene a la Presidencia de la República, al Ministerio de Defensa, Policía Nacional y al Ejército Nacional, suspender de manera inmediata los operativos de erradicación forzada en la región del pacífico nariñense - municipios de San Andrés de Tumaco, Mosquera, Magüí Payán, Santa Bárbara de Iscuandé, Roberto Payán, La Tola, El Charco, Francisco Pizarro, Olaya Herrera y Barbacoas (lo que también fue solicitado como medida provisional); (ii) se deje sin efectos las decisiones administrativas que autorizaron la realización de operativos de erradicación forzada y de fumigación con glifosato en los municipios del pacífico nariñense; (iii) ordene al Ministerio del Interior entablar contacto con las comunidades e iniciar de manera concertada la construcción de espacios para garantizar el derecho fundamental a la consulta previa, con la participación de la Defensoría del Pueblo y se aplique con carácter obligatorio las consultas previas requeridas para la obtención del consentimiento de las comunidades afrodescendientes afectadas para la adopción de los operativos militares; (iv) ordene el cumplimiento prioritario de la implementación del Acuerdo Final de Paz, punto 4 del Acuerdo Final (Solución al Problema de las Drogas Ilícitas), de manera que se privilegie la sustitución voluntaria de cultivos de uso ilícito sobre la erradicación forzada; (v) ordene el cumplimiento de los acuerdos de sustitución voluntaria suscritos; (vi) se ordene a la fuerza pública aplicar el principio de distinción de la población civil, así como las demás reglas del DIH; y, (iv) se ordene adelantar investigaciones penales y disciplinarias a los miembros de la Policía Nacional y el Ejército.

Después de que se solventara el conflicto de competencias suscitado en el asunto, mediante auto del 16 de febrero de 2021, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto admitió la demanda de tutela interpuesta en contra de la Presidencia de la República, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el Ejército Nacional y la Policía Nacional, adscritos al Ministerio de Defensa Nacional, la Consejería Presidencial para la Estabilización y la

Consolidación y la Agencia de Renovación del Territorio. La Judicatura también vinculó a los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural, Interior, Salud, Medio ambiente y Desarrollo Sostenible, Relaciones Exteriores y del Trabajo, a la Gobernación de Nariño y a los municipios de San Andrés de Tumaco, Mosquera, Magüí Payán, Santa Bárbara, Roberto Payán, La Tola, El Charco, Francisco Pizarro, Olaya Herrera y Barbacoas. Además, no accedió a la medida provisional decretada.

Luego, con auto del 19 de febrero fueron vinculados el Ministerio de Justicia y del Derecho, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la nación, la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, la Procuraduría General de la Nación Regional Nariño, la Fiscalía General de la Nación, la Dirección Nacional de Estupefacientes, la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, la Dirección de Consulta Previa, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, el Programa Mundial de Alimentos Colombia "PMA" y Corponariño.

3. Decisión impugnada

La primera instancia, después de evocar la demanda, el trámite impartido y las contestaciones de las entidades convocadas, se preguntó si la acción de tutela cumplía con la inmediatez y subsidiariedad como presupuestos de procedencia formal. En respuesta a ese cuestionamiento dijo que ninguno de esos elementos se satisfacía y por ello declaró improcedente la acción.

Expuso que la acción de tutela no fue promovida oportunamente dentro de un término prudente y razonable, pues pese a que el PNIS fue adoptado en el año 2017, solamente 4 años después los afectados incoaron el recurso de amparo, sin que exista ninguna justificación para esa tardanza de los actores, de

quienes no se acredita causal impeditiva o circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito que demuestre la imposibilidad que tuvieron para ejercer oportunamente este mecanismo de protección constitucional. A ello sumó que, por el tipo de tutela invocada, la demora traducía que en realidad los actores no se han visto arrimados a la necesidad de una protección inmediata, lo que en rigor jurídico implica la ausencia de vulneración o amenaza manifiesta y grave de sus derechos fundamentales. Depuso también que los libelistas no han allegado prueba contundente respecto a la forma en que la situación de emergencia sanitaria los ha afectado, en relación con la pretensión esencial de disponer la suspensión del proceso de erradicación de los cultivos ilícitos.

En cuanto a la subsidiariedad, recabó que, si lo pretendido es cuestionar un acto administrativo que a juicio de los demandantes no fue sometido a consulta previa, tal controversia debe ser ventilada ante el juez ordinario, máxime cuando no se invocó ni está comprobado que se esté en presencia de un perjuicio irremediable. Añadió que el medio jurisdiccional de reparación directa es la vía procesal adecuada e idónea con el propósito de reclamar la responsabilidad extracontractual del Estado por hechos, acciones, omisiones y operaciones administrativas desarrolladas por la fuerza pública.

Por otro lado, remarcó que frente a un actuar legítimo del Estado frente a un ilícito que afecta la salud pública, no es necesario agotar el requisito de la consulta previa cuando se trata de la erradicación de cultivos ilícitos, para lo cual la *A quo* se soportó en la sentencia C-493 de 2017.

4. De la impugnación

La parte accionante disintió de la decisión de primer nivel, a la que tachó como configurativa de una vía de hecho por carecer de congruencia. Para sustentar

esa premisa los impugnantes hicieron una comparación de lo consignado en la demanda de tutela y lo decidido por la Juez singular. Con ese ejercicio, retrucaron que no es el PNIS la causa de las violaciones a sus derechos fundamentales, pues por lo contrario a instancias de las comunidades se vienen defendiendo los acuerdos de sustitución, siendo que lo pretendido no es demostrar la ilegalidad de ese programa, sino de frenar los operativos de erradicación forzada que se están llevando a cabo en los territorios colectivos en desarrollo del PECAT, una política de gobierno completamente contraria al PNIS.

Respecto del principio de inmediatez, esgrimieron que la vulneración de sus derechos fundamentales es constante y permanente desde el momento en que el Gobierno Nacional empezó a implementar las operaciones de erradicación forzada con glifosato en los territorios colectivos y que de hecho se ha exacerbado en los meses de diciembre del año pasado y enero y febrero del cursante, que registraron los ciclos de violencia más aterradores de los últimos años por cuenta de las políticas de intervención violenta del Gobierno Nacional.

Para demostrar la vigencia del quebrantamiento, los recurrentes hicieron una actualización de los hechos desde noviembre a la calenda. Para ese efecto, expusieron la situación acaecida en los municipios de Roberto Payán, la Tola, Iscuandé y Tumaco y otros territorios, en la que se repiten las confrontaciones entre la comunidad y la fuerza pública, los hostigamientos, la destrucción de los cultivos de pancoger y del medio ambiente, la incidencia de grupos ilegales, las muertes de los pobladores, la siembra de minas antipersonas por parte de las organizaciones criminales, las amenazas, etc., la mayoría de esas situaciones que fueron reconocidas como ciertas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en la acción de tutela.

Los recurrentes subrayaron que la llegada de esos operativos a los territorios colectivos ha causado la pérdida de vidas humanas y sigue representando un potencial riesgo para sus habitantes a verse sometidos a desplazamiento masivo, daños económicos y perjuicios étnico territoriales irreparables. La multiplicación de altercados entre los pobladores de la región con los militares destinados para la erradicación forzada demuestra que con la política inconsulta lo único que se está logrando es la indignación de la población contra la fuerza pública.

Por lo precedente, solicitaron como medida provisional la suspensión inmediata de los operativos de erradicación forzada y de las decisiones que los sustentan en los municipios pertenecientes al pacífico nariñense y pie de monte costero. La razón principal –adujeron- es que en tanto sigan activos los operativos de erradicación forzada en la región, no habrá garantía real de autonomía territorial para las comunidades negras e indígenas y que de continuar las operaciones de erradicación forzada, muchas más serán las víctimas mortales que resulten, continuarán los desplazamientos masivos, serán peores las condiciones de empobrecimiento, la vulneración social aumentará y los integrantes más vulnerables de nuestras comunidades.

Como pretensiones definitivas requirieron la revocatoria del fallo de primer nivel para que en su lugar se declare la procedencia de la acción de tutela y se concedan las pretensiones formuladas en el libelo tutelar.

5. Trámite en segunda instancia

Mediante auto del 29 de abril de 2021 se denegó la medida provisional deprecada, en tanto que no se encontraron satisfechos los presupuestos que

la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene previstos para el efecto, conforme las motivaciones plasmadas en dicho proveído. Además, se ofició a las Alcaldías Locales, Concejos Municipales, Personerías y Defensoría Pública de los municipios de la costa pacífica nariñense involucrados, para que en el término de 1 día remitan un informe en el que refieran con indicación de las circunstancias modales, temporales, espaciales y de cualquier otro orden, si en lo corrido del año se han realizado operativos de erradicación forzada en los territorios colectivos de sus jurisdicciones, qué situaciones de orden público se han presentado en dichos operativos y en el marco de sus competencias qué gestiones han hecho para afrontar tales situaciones. También se ofició al Concejo Municipal de Tumaco se sirva remitir en el término anterior el acta de la reunión llevada a cabo el 19 de febrero de 2020 o 2021, en la que según lo indicado por los demandantes se llevó a cabo un debate de control político citado para conocer los distintos altercados que se han presentado en los territorios colectivos por cuenta de los operativos de erradicación forzada. Frente a ello, en el término concedido y antes del registro de proyecto se obtuvo la respuesta de la Alcaldía Municipal de Roberto Payán.

Se recuenta también que ante esta instancia la Agencia de Renovación del Territorio allegó memorial, mediante el cual se opuso a la prosperidad de la acción al tenor de lo siguiente: (i) el fallo no carece de congruencia, pues la Judicatura encontró que la acción de tutela no satisface los presupuestos de procedibilidad; (ii) el PNIS se ubica como apenas en una de las herramientas dentro del amplio abanico con el que el Gobierno Nacional cuenta para hacer frente a los cultivos ilícitos, lo que no sustrae la competencia de las autoridades de hacer uso de los demás instrumentos legales y administrativos; (ii) en el desarrollo e implementación de ese programa, la consulta previa no es un requisito del Estado por tratarse de una política pública general enmarcada en la voluntariedad de las comunidades y no como una carga impositiva del Estado; (iv) para los fines perseguidos con la tutela están previstas las acciones

populares y de grupo; (v) los demandantes dejaron pasar 9 meses desde la aducida vulneración de derechos fundamentales, lapso excesivo que desdice la inmediatez; (vi) la entidad no tiene competencia para ordenar o suspender las operaciones de erradicación forzada, pues ello incumbe al Ministerio de Defensa y la Fuerza Pública; (vii) el Acuerdo Final para la Paz no tiene valor normativo en sí mismo, por lo que no puede modificar las competencias que en materia de la lucha antidrogas debe alcanzar el Estado; y, (viii) no es posible realizar nuevas vinculaciones individuales al PNIS, pues ello depende de la disponibilidad presupuestal y priorización de gastos del Gobierno, entre lo más sobresaliente.

6. Consideraciones de la Sala

6.1. Competencia

Como superior jerárquico funcional del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto, esta Corporación es competente para desatar la impugnación propuesta por la parte accionante. En tema anejo a ese, si bien el Decreto 333 de 2021 modificó las reglas de reparto en materia de tutela, que en ocasiones pueden comportarse como reglas de competencia, en su artículo 3 dispuso que tales cambios solamente se aplicarán a las solicitudes de tutela que se presenten con posterioridad al 6 de abril de 2021, por lo que las peticiones de amparo radicadas con anterioridad serán resueltas por el juez a quien hubieren sido repartidas, así como la impugnación de sus fallos, siendo esto último lo que se predica en este asunto.

6.2. Planteamiento del caso

Los accionantes formulan que los derechos fundamentales de las comunidades que representan y de las que hacen parte también, como la consulta previa, el

consentimiento libre e informado, la paz, debido proceso, vida, salud e integridad personal, están siendo menoscabados por el ejecutivo central, a la sazón de que en varios territorios colectivos y de ocupación ancestral de la costa pacífica nariñense y del pie de monte costero se vienen imponiendo procesos de erradicación forzada de cultivos de uso ilícito, que responden a la política del Gobierno de turno y que desconocen y se oponen a los resultados y compromisos del punto 4 del Acuerdo Final para la Paz, en el que se determinó la sustitución voluntaria de cultivos y el desarrollo alternativo, eso, a través del PNIS.

Remarcan los demandantes que, olvidando los acuerdos de sustitución voluntaria y sin hacer caso a las solicitudes de ingreso a los programas de sustitución voluntaria, las autoridades mediante el uso de la fuerza han ingresado a esos espacios colectivos a realizar operativos de erradicación forzada, en los que han traído nuevas formas de violencia y la agudización de otras como la producción de enfrentamientos entre la fuerza pública y erradicadores y la población, la muerte y lesiones a miembros de las comunidades étnicas, la destrucción de sus bienes y los cultivos de pancoger, además que tales operativos se han hecho sin la previa consulta y asentimiento de los colectivos sociales y sin que se den las causales que legalmente permiten la erradicación forzada como instrumento subsidiario.

El ejecutivo nacional a través de las entidades convocadas al trámite tuitivo se oponen a la acción, pues esgrimen que el Acuerdo Final para la Paz y sus contenidos en materia de cultivos ilegales no tienen la fuerza normativa que otros preceptos que integran el ordenamiento jurídico tienen; sus desarrollos - como el PNIS- es apenas una de las herramientas dentro del amplio abanico con el que el Gobierno Nacional cuenta para hacer frente a los cultivos ilícitos, lo que no sustrae la competencia de las autoridades de hacer uso de los demás instrumentos legales y administrativos como la erradicación forzada; dicha

forma de erradicación no demanda de una consulta previa con las comunidades, entre lo más relevante.

6.3. El problema jurídico

En el escenario que acaba de sintetizarse los cuestionamientos generales que la Sala debe responder son, primero, si la acción de tutela resulta formalmente procedente para atender cada una de las pretensiones que los actores han elevado, y segundo, si de superarse ese tamiz los derechos que se alegan menoscabados en efecto vienen siendo soslayados con motivo del proceder y las actuaciones de las autoridades accionadas en el marco de la política y sus expresiones en el tratamiento a los cultivos de uso ilícito de las poblaciones de esa parte de la región nariñense.

6.4. Sobre la procedencia de la acción de tutela

La procedibilidad formal de toda acción de tutela está atada al cumplimiento de unos presupuestos: la legitimación en la causa, la inmediatez y la residualidad. En el orden destacado veamos si tales requisitos se cumplen, con especial ahínco en los dos últimos mencionados, que es donde ha gravitado el debate.

6.4.1. Legitimación en la causa

Desde el punto de vista activo, la legitimación en la causa hace referencia a la calidad subjetiva de las partes respecto del interés sustancial que se discute en el proceso de tutela, de tal forma que fácilmente se pueda establecer que el derecho fundamental reclamado es propio del demandante. Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se persigue sea propio del demandante y no de otra persona, sin perjuicio de que la petición de amparo

pueda incoarse a través de representante legal, apoderado judicial o de agente oficioso.

En materia de comunidades negras e indígenas, tras el reconocimiento de sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha admitido que dicha legitimación está radicada en las autoridades ancestrales o tradicionales o consejos comunitarios¹ de la comunidad, en los miembros de la comunidad, en las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y en la Defensoría del Pueblo. En efecto, respecto de las terceras ha acrisolado que *“las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas están legitimadas para la formulación de las acciones de tutela dirigidas a obtener la protección y el restablecimiento de los derechos fundamentales de las comunidades”*².

En el *sub lite*, los accionantes han acudido a la última figura mencionada. Se tiene que plurales consejos comunitarios y resguardos indígenas de los municipios de San Andrés de Tumaco, Mosquera, Magüí Payán, Santa Bárbara, Roberto Payán, La Tola, El Charco, Francisco Pizarro, Olaya Herrera y Barbacoas a través de sus representantes legales se han agrupado y conformado la Red de Derechos Humanos del Pacífico Nariñense, una persona jurídica de derecho privado constituida en 2020, cuyo objeto es la realización de actividades encaminadas a la promoción y defensa de los derechos humanos principalmente en esta zona del país con enfoque étnico, territorial y de género, adelantar acciones que generen el cumplimiento del marco jurídico para defender el territorio³. La presente acción de tutela ha sido formulada por quien funge como representante legal de esa asociación y también por los

¹ T-925 de 2013

² T-172 de 2019

³ Acta de constitución del 30 de octubre de 2020.

representantes legales de dichos consejos comunitarios y resguardos indígenas (en total 19), conforme los poderes de representación aportados.

Es por ello que están legitimados para acudir al recurso de amparo, además que también han aludido los firmantes que lo hacen como miembros comunes afectados de esas colectividades.

Por lo demás, este presupuesto fue dado por colmado por la primera instancia, lo que no mereció ningún reproche.

6.4.2. La inmediatez

Se sabe que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales, dado que su naturaleza es servir como un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados. La jurisprudencia ha desarrollado plurales criterios destinados a identificar si en un caso concreto se cumple este requisito. Se trata por ejemplo de: *“(i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales”*⁴.

En este caso tales criterios en cita se encuentran colmados, lo que perfila la procedencia del mecanismo tuitivo, contrario a lo depurado por la primera instancia.

⁴ T-091 de 2018.

En primer lugar, razón asiste a los impugnantes cuando reparan en la ausencia de congruencia entre lo pedido y lo decidido, pues respecto de esto el enfoque que la *A quo* le imprimió al tema es equivocado. No es que los demandantes se despachen en contra del decreto reglamentario del PNIS y que promuevan su desconocimiento, por lo contrario, amonestan que el Gobierno Nacional lo viene obviando e incumpliendo y con ello su fuente creadora, el Acuerdo Final para la Paz. En ese marco, aquellos hacen alusión a una serie de problemáticas demostrativas de ese incumplimiento y que le son consecuenciales, como los atentados contra la vida, integridad y bienes de las comunidades por parte de miembros de la fuerza pública en las labores de erradicación forzada, y que aquellos indican que vienen aconteciendo desde el año 2020 a la actualidad. En tal virtud, es evidente que la situación que exponen se ha prolongado de manera permanente en el tiempo y está en vigor.

Por lo demás, no puede obviarse la situación de los tutelantes. Ellos y las comunidades que representan hacen parte de plurales organizaciones esparcidas en todo el pacífico nariñense y pie de monte costero, que no es desconocido se encuentran alejadas entre sí y para cuyo acceso se debe acudir a rutas rivereñas y lanchas. Sabiendo eso, en la formulación de la demanda, no solamente para efectos de su suscripción, sino también para la exposición de los hechos que los libelistas relataron, es palmario que han debido recurrir a un espacio de concertación y diálogo. No es secreto que en esa zona del país las tecnologías de la comunicación no se encuentran implementadas y desarrolladas como en otros sectores, lo que supone un obstáculo en la materialización de esos espacios de diálogo y lo que redundará en los tiempos en los que se presenta una acción.

Además, aunque nunca estuvo suspendida en la emergencia sanitaria la posibilidad de incoar acciones constitucionales por medios virtuales, es primordial ver si en el caso concreto por esa vía los accionantes tuvieron un

acceso fácil en la formulación y radicación de la acción de tutela. Aquí se encuentra que no, por las condiciones mencionadas. Entonces, se entiende como superado este presupuesto.

6.4.3. La subsidiariedad

Como regla general la acción de tutela puede ser ejercida siempre que no exista otro mecanismo ordinario dispuesto en el ordenamiento para la defensa de los derechos fundamentales, que de haberlo no sea idóneo ni eficaz atendidas las particulares condiciones de cada caso o si en presencia de un perjuicio irremediable pretende ser conjurado.

Comoquiera que en este caso se han plasmado diversas pretensiones, es necesario examinar la residualidad de la acción de tutela por cada una de ellas en correlación con los hechos y derechos que las sustentan. Con tal fin se dividirá el estudio en lo atinente a: (i) garantizar la realización de una consulta previa con las comunidades afectadas respecto de la erradicación forzada y el consentimiento libre, informado y obligatorio en punto a la decisión que dichas colectividades tomen; (ii) la suspensión de manera inmediata de los operativos de erradicación forzada en la región del pacífico nariñense y de las decisiones por medio de las cuales se autorizó la realización de operativos de erradicación forzada y de fumigación con glifosato; (iii) el cumplimiento del punto 4 del Acuerdo Final para la Paz, de forma que se privilegie la sustitución voluntaria de cultivos ilícitos sobre la erradicación forzada y se acaten los acuerdos de sustitución voluntaria suscritos con las comunidades tutelantes; (iv) el cumplimiento por parte de la Fuerza Pública de las reglas del DIH; y, (v) el adelantamiento de investigaciones penales y disciplinarias a que haya lugar en contra de los miembros de las Fuerzas Militares y Policía Nacional.

(i) La subsidiariedad en cuanto a la consulta previa y el consentimiento libre, informado y obligatorio de las comunidades étnicas. En este ítem, consolidada jurisprudencia de la Corte Constitucional ha decantado que para garantizar la consulta previa de dichas colectividades la acción de tutela es el mecanismo preferente y procedente. Ello se deriva de que la consulta previa tiene un carácter *iusfundamental* y no colectivo propiamente dicho⁵ y de la condición de sujetos de especial protección constitucional⁶ de los pueblos indígenas y afrodescendientes, quienes históricamente se han encontrado en situación de vulnerabilidad, porque la sociedad mayoritaria ha amenazado sus modos de vida, por la existencia de patrones de discriminación no superados y la especial afectación por el conflicto armado, entre otras situaciones.

Lo precedente traduce la exigibilidad de ese derecho vía acción de tutela y de contera el desplazamiento de otros medios defensivos que aparentemente estarían llamados a solventar la cuestión. Háblese por ejemplo de la acción popular, que se descarta porque en su esencia está destinada a la protección de derechos colectivos (como los previstos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998), entre los que no está la consulta previa, cuya naturaleza es fundamental. Tampoco son instrumentos completamente pasibles los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, cuando lo que se pretende es dejar sin piso una decisión administrativa que se haga sin consideración a la consulta previa, pues estos carecen de idoneidad y eficacia, aun cuando tengan prevista la posibilidad de formular medidas provisionales.

En materia de lo primero, veamos:

“2.3. La consulta previa es un derecho fundamental de cada comunidad étnicamente diferenciada, exigible a través de la acción de tutela, y no

⁵ T-300 de 2017.

⁶ SU-217 de 2017.

un derecho colectivo. Por lo tanto, la acción de tutela en este caso procede como mecanismo principal para la protección del derecho.⁷

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.⁸

Y en cuanto a lo segundo:

“[...] La idea de que los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de esas colectividades explica, en efecto, que la Corte haya respaldado, desde sus primeras sentencias, la competencia del juez de tutela para impartir las órdenes que aseguren que estas sean informadas oportunamente sobre los proyectos que impacten sobre sus territorios o sus formas de vida y para que cuenten con la oportunidad de evaluar su impacto y de incidir en la formulación de la decisión de que se trate.

Así lo hizo la Sentencia SU-039 de 1997, que revisó la tutela del Defensor del Pueblo, actuando en representación de varios integrantes del grupo indígena u'wa, promovió contra un acto administrativo mediante el cual se concedió una licencia ambiental para realizar trabajos de exploración petrolífera en territorio de esa comunidad, sin que, antes, se hubiera agotado el respectivo proceso de consulta. || Dado que las accionadas se opusieron a la solicitud de amparo con el argumento de que el escenario idóneo para cuestionar la licencia no era la acción de tutela, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho, la Corte precisó su jurisprudencia sobre la compatibilidad de la acción constitucional y las acciones contencioso administrativas, en especial, ante la posibilidad de que a través de estas últimas se ordene la suspensión provisional del acto administrativo que causó la infracción iusfundamental [...] El hecho de que la perspectiva del juez contencioso administrativo sea distinta a la del juez constitucional explica que la acción de tutela y las acciones contenciosas sean compatibles, incluso, si el afectado no solicitó la suspensión provisional del acto administrativo que habría infringido sus derechos fundamentales, o si lo hizo, pero el juez contencioso adoptó una decisión adversa a sus intereses. La tutela, concluyó la Corte, es procedente en ambos eventos porque es el juez constitucional quien tiene la misión de lograr la efectividad de los derechos fundamentales.

⁷ 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).

⁸ T-300 de 2017.

La sentencia SU-383 de 2003 invocó los mismos argumentos al resolver la tutela que formuló la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía colombiana con el objeto de que se protegiera el derecho de sus comunidades a ser consultadas sobre el programa de erradicación de cultivos ilícitos que se estaba adelantando en sus territorios. Esta vez, la Corte resaltó el compromiso de las autoridades con la conservación de la autonomía de las minorías étnicas y llamó la atención sobre la importancia de facilitar el ejercicio de sus derechos fundamentales, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que han enfrentado históricamente. Sobre estos supuestos, determinó que ‘no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata a su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia’.

5.7. Las reglas de procedencia que formularon esas decisiones de unificación han sido reiteradas de forma constante y pacífica en la jurisprudencia de la Corte [T-547/10, T-379/11, T-376/12]”.⁹

Se concluye así que, al menos formalmente, la acción de tutela sí es procedente en este punto y ello amerita la valoración de fondo de la cuestión imbuída.

(ii) La subsidiariedad en relación con la suspensión de manera inmediata los operativos de erradicación forzada en la región del pacífico nariñense.

En lo que hace a este tópico hay que decir que está vinculado con el tema de la consulta previa, como sea que se relaciona que la ausencia de una consulta previa en materia de erradicación forzada de cultivos ilícitos con aspersion terrestre de glifosato es una de las razones que deben llevar a la suspensión de esos operativos. Dada esa inescindibilidad la procedencia de la acción de tutela por obvias razones también se trasmite.

(iii) La subsidiariedad en relación con el cumplimiento del punto 4 del Acuerdo Final para la Paz y de los acuerdos de sustitución voluntaria suscritos con las comunidades. Para abordar este sub acápite es necesario

⁹ SU-217 de 2017.

destacar la naturaleza del Acuerdo Final para la Paz. Como fue interpelado por la Corte Constitucional en sentencias C-630 de 2017 y C-379 de 2016, dicho instrumento se inscribe en la categoría de decisión política, política pública o plan de acción que contiene una serie de compromisos entre las partes, se repite, comprendidos como una agenda política. Por ese carácter, la alta Corporación esbozó que dicho acuerdo carece de naturaleza normativa en sí misma considerada y que *“no puede entenderse como un conjunto de disposiciones jurídicas definidas, comprendidas estas como proyectos normativos específicos, que modifican directamente la Constitución o la ley, bien sea adicionándolas, derogando alguno de sus contenidos o reformándolos.”*¹⁰

Correlato de eso en el Acuerdo Final mismo y en el Acto Legislativo 01 de 2017 se excluyó la posibilidad de que este ingresara automáticamente al bloque de constitucionalidad (sin perjuicio de que las normas de derecho internacional humanitario y de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, en las que se inscribe el Acuerdo, ya estuvieran reconocidas constitucionalmente) y al ordenamiento interno propiamente dicho.

Sin embargo, respecto de esto último se ponderó que la forma para que el Acuerdo haga parte del ordenamiento jurídico interno con valor normativo debe hacerse mediante la implementación de su contenido en normas jurídicas que pasen por los cauces legales para su producción y existencia. Ciertamente, para ese propósito *“deberán utilizarse los mecanismos previstos en la Constitución para la creación, modificación y derogatoria de normas jurídicas (...) Dicha lectura, a su vez, guarda plena correspondencia con lo consignado en el texto del Acuerdo Final suscrito el 24 de noviembre de 2016, que prevé, para la implementación normativa del mismo, que “[e]l acuerdo Final se*

¹⁰ C-630 de 2017.

incorporará conforme a las normas constitucionales”, y establece las prioridades para la implementación normativa”.¹¹

Ahora, aunque el Acuerdo Final tiene ese carácter, no debe olvidarse que conforme el acto legislativo referido, todos los órganos, instituciones y autoridades del Estado, se encuentran comprometidos con su desarrollo e implementación de buena fe y, por tanto, cualquier desarrollo del mismo debe tener por objeto su cabal cumplimiento y guardar coherencia con sus contenidos, finalidades, espíritu y principios.

Ahora bien, con ocasión del punto 6 del Acuerdo “Implementación, verificación y refrendación” se concertó la creación de una Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI), integrada por tres representantes del Gobierno Nacional y de los exintegrantes de FARC-EP en proceso de reincorporación y cuya vigencia, según lo anunció la Presidencia de la República, fue prorrogada hasta enero de 2022¹². Entre sus objetivos se cuenta la resolución de diferencias, seguimiento a los componentes del Acuerdo y verificar su cumplimiento, entre otros.

Según los Decretos 1995 de 2016 y 1478 de 2017, cabe destacar que a dicha Comisión le corresponde: solicitar informes de seguimiento y ejecución sobre los distintos programas y proyectos que se ejecuten con recursos de cooperación internacional, en el marco de la implementación del Acuerdo Final; verificar y hacer seguimiento al cumplimiento de todos los componentes del Acuerdo Final, respetando lo establecido en el punto 6.4. sobre acompañamiento internacional, y sin perjuicio de las funciones del Mecanismo de Monitoreo y Verificación; organizar, para el ejercicio de sus funciones,

¹¹ *Ibíd.*

¹² <http://www.portalparalapaz.gov.co/publicaciones/1621/prorrogado-hasta-enero-de-2022--seguimiento-a-la-implementacion-del-acuerdo/>.

comisiones temáticas y territoriales que permitan la participación ciudadana; mantener interlocución con la instancia de Alto Nivel de los Pueblos Étnicos y fomentar los mecanismos de participación y veeduría ciudadanas a través de la recolección y análisis de los informes y recomendaciones de las organizaciones de la sociedad civil y del sector privado para la implementación del Acuerdo Final, *“con el fin de evaluar y adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de lo acordado”*, entre otras.

Teniendo en mente esos conceptos, colige la Sala que, si lo perseguido es lograr el cumplimiento general del Acuerdo Final para la Paz en uno o varios de sus componentes, es irremisible que se acuda a los mecanismos para el cumplimiento que en ese consenso pactaron las partes. Veamos que la discusión que los actores suscitan es que de manera general y sistemática en el pacífico nariñense el punto 4 ha sido desacatado por el Gobierno Nacional como una práctica que se remite a la comprensión y tratamiento que respecto del problema de las drogas ilícitas tiene el ejecutivo central de turno a través de sus nuevas políticas. Ese debate debe darse en el marco que los instrumentos internos que el acuerdo previó y no a expensas de la acción de tutela.

Esto es así, porque la cuestión entraña discusiones sobre la política pública del país en esa materia, para lo cual y en un nivel tan genérico no es procedente la acción de tutela. Lo alegado hace necesario que se vinculen espacios de concertación y diálogo entre los distintos actores (las partes y la comunidad) que el recurso de amparo no los tiene, en los que con un debate amplio se pueda discernir si hay incumplimiento, a qué se debe, cómo opera ese incumplimiento en los distintos territorios y qué medidas esencialmente políticas pueden presentarse.

De allí se deriva la improcedencia de la acción de tutela para esos menesteres. A esto hay que añadir que, si el asunto se lo divisa desde la perspectiva de que se busca el cumplimiento de las normas jurídicas que desarrollan el Acuerdo de Paz, como el Decreto Legislativo 896 de 2017 que crea el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito (PNIS), en el ordenamiento jurídico existe otro medio defensivo para tal fin. Se trata de la acción de cumplimiento, que está contemplada para que toda persona, las organizaciones sociales y las no gubernamentales, entre otros, puedan acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos. Dicha acción está prevista de un trámite preferencial y debe fallarse en los 20 días siguientes a su admisión (artículo 13 de la Ley 393 de 1997), lo que supone un término de decisión más o menos célere.

En este asunto y con la información que arroja el dossier, se encuentra que la parte accionante ha invocado el incumplimiento generalizado del PNIS y de los acuerdos de sustitución que bajo su égida se han suscrito en esta zona del país. Sin embargo, en punto a casos concretos, individualizables o determinables los libelistas no han vertido su alegato, por lo contrario –se itera– hacen mención a una práctica casi que sistematizada de las autoridades en obviar esos componentes y desarrollos del Acuerdo Final para la Paz. Esa circunstancia impide que la Colegiatura pueda superponer la procedencia de la acción de tutela por sobre los medios ordinarios.

(iv) Subsidiariedad para el cumplimiento de las normas del DIH en favor de las comunidades étnicas. Para este efecto, encuentra la Sala que la acción de tutela es improcedente por las siguientes razones: los demandantes reclaman que el Ejército Nacional y la Policía Nacional apliquen el principio de distinción en sus operaciones, se abstengan de estigmatizar a los líderes y comunidades a los que pertenecen, no perpetren homicidios, etc. En ello, y por

la forma como fue formulada la demanda en ese punto, está inmiscuido un derecho eminentemente colectivo: la seguridad pública, se resalta, en su dimensión colectiva. Para su protección, el primer mecanismo jurídico llamado a operar es la acción de grupo prevista en la Ley 472 de 1998, que se erige para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, que son justamente las finalidades de ese medio defensivo que coinciden con la puntual pretensión de los accionantes.

En el caso se encuentra que esa acción es procedente, idónea y eficaz, amén de que, de un lado, sin duda el interés involucrado trasciende el ámbito interno, individual o subjetivo de cada miembro de una comunidad. En efecto, *“un derecho es fundamental y, por consiguiente, puede ser protegido por vía de tutela cuando se demuestre la afectación subjetiva o individual del demandante y, será colectivo, protegido mediante la acción popular, cuando afecte a una comunidad general que impida dividirlo o materializarlo en una situación particular”*¹³. Aquí acontece lo segundo, pues el interés que se alega menoscabado pertenece a toda la colectividad étnica del pacífico nariñense, más allá que a un individuo en particular.

De otro, bien se admite la posibilidad de que mediante la acción de tutela se puedan abrigar derechos colectivos, con lo que puede desplazarse la acción popular; tal cosa ocurre cuando se demuestre la afectación individual o colectiva del derecho, esto es, *“cuando se prueba, de manera concreta y cierta, la afectación de un derecho subjetivo, puesto que en el proceso de tutela debe probarse la existencia de un daño o amenaza concreta de derechos fundamentales”*¹⁴. En este caso, REDHPANA ha allegado una serie de

¹³ T-420 de 2018.

¹⁴ *Ibídem*.

documentos (como artículos periodísticos, comunicados de los líderes y representantes de las comunidades y material fotográfico y de video) que pueden tener la potencialidad de acreditar situaciones generalizadas en relación con el accionar de la fuerza pública en esos territorios, sin embargo, carecen de la aptitud de acreditar situaciones individuales y por ello no aparece diáfana la posibilidad de emitir una orden judicial individual en relación con el peticionario.

Como otros elementos que alimentan esta conclusión, cabe remarcar que frente a debates que implican una producción probatoria verdaderamente compleja se realiza la procedencia de la acción popular y decae la de la acción de tutela. La Corte Constitucional ha determinado que *“es improcedente cuando la controversia suscita un debate probatorio especialmente complejo, dado que el trámite popular es posible adelantarlos, enfrentando, por ejemplo, posibles dudas técnicas sobre la afectación a derechos e intereses colectivos.”*¹⁵ En esa dirección, *“si la controversia es particularmente compleja, su desarrollo -atendiendo el régimen previsto en la Ley 472 de 1998- debe producirse en el marco del proceso a que da lugar la acción popular”*¹⁶. Aquí no puede pasar inadvertido que la contienda probatoria es compleja y particularmente técnica, que no puede ser abrogada en un trámite tan expedito y sumario como la acción de tutela. Véase que de hecho los propios demandantes han invocado que para ellos mismos ha sido superlativamente difícil recopilar elementos suasorios por las condiciones en que se dan los operativos de las fuerzas armadas del país.

No está por demás mencionar que, la acción popular no requiere que sea presentada por medio de abogado y que es susceptible de la adopción de medidas cautelares, que pueden solicitarse con la presentación de la demanda

¹⁵ T-196 de 2019.

¹⁶ T-596 de 2017.

y el juez puede decretarlas antes de ser notificada a la contraparte y en cualquier momento del proceso, incluso de oficio, en aquellos eventos en que lo considere pertinente para evitar la consumación de un daño inminente o cesar el que se hubiere causado. Ello agrega idoneidad a este mecanismo defensivo.

Colofón de este apartado destinado a la valoración de la subsidiariedad de la acción de tutela, el mecanismo superior deviene procedente para auscultar lo relativo al derecho a la consulta previa y a la suspensión de los operativos de erradicación forzada, no para los demás tópicos, por lo argüido arriba.

6.5. Sobre el derecho a la consulta previa y su relación con la suspensión de los operativos de erradicación forzada.

6.5.1. Algunas precisiones teóricas sobre la procedencia de la consulta previa en la materia.

La consulta previa es un derecho fundamental que se desprende del derecho a la libre determinación de los pueblos y del principio de diversidad étnica y cultural de la nación colombiana de que trata el artículo 7 Constitucional. En general, esta figura se concibe como el derecho que tienen las comunidades indígenas, tribales y afrocolombianas a ser consultadas sobre cualquier decisión que pueda afectarlas directamente, bien sea que se trata de medidas legislativas o administrativas. De allí se deriva que la consulta es procedente de forma general frente a cualquier medida que afecte a esos destinatarios. Puntualmente, en materia de decisiones administrativas se ha refinado que el criterio de afectación directa que determina la obligatoriedad de la consulta, hace referencia a un potencial impacto sobre la autonomía, diversidad e idiosincrasia de la comunidad indígena o afrodescendiente.

De ese modo, el parámetro primigenio que decanta si hay cabida a la consulta previa o no es que pueda atisbarse una afectación directa o específica sobre los intereses de los pueblos étnicos involucrados, es decir, cuando una medida significa una intromisión en sus dinámicas sociales, económicas y culturales. Para condensar esa premisa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido unos criterios que permiten concretar esa afectación. Se trata, por ejemplo, de los eventos en los que la medida altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios; segundo, cuando las medidas son susceptibles de afectar puntualmente a las comunidades como tales y no se trata de decisiones que son generales y abstractas y cuando se busca aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169 de la OIT¹⁷.

En tratándose de la aplicación de programas de erradicación de cultivos, la alta Corporación ha venido reconociendo que ese es uno de los temas en los que existe una afectación directa a las comunidades, porque las más de veces ello apareja impactos directos en los derechos a la salud, alimentación, acceso al agua limpia, a la existencia digna, la relación de los valores culturales, económicos y sociales que se derivan del cultivo de la planta de coca para algunas colectividades ancestrales, etc., lo que hace que la realización de la consulta previa sea exigible y obligatorio. Veamos:

“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 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.”¹⁸

¹⁷ T-300 de 2017.

¹⁸ *Ibidem*.

Citemos también lo siguiente:

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

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

Precisamente, en la sentencia en comento, se analizó un eventual conflicto entre los intereses de las comunidades indígenas y la defensa de la seguridad nacional, reflejado en la cuestión de si es obligatoria la consulta, previa la aspersión de sustancias químicas para la erradicación de cultivos ilícitos, en el marco de la lucha internacional contra el narcotráfico¹⁹. Sostuvo entonces la Corte que sí resultaba vinculante y aclaró que su ámbito material de procedencia está dado por la afectación directa de cualquiera de los derechos de las comunidades indígenas y no exclusivamente por la eventual incidencia en los territorios indígenas.

(...) A este respecto, las sentencias T-652 de 1998, T-547 de 2010, T-129 de 2011, T-693 de 2011, T-384A de 2014 y T-661 de 2015 han establecido y desarrollado los criterios generales según los cuales deben realizarse procesos de consulta previa a comunidades étnicas cuando las actividades a desarrollar por el Estado, en diferentes ámbitos, tengan la potencialidad de afectarlas. En particular, la sentencia SU-383 de 2003 estableció como obligación del Estado la realización de consulta previa a las comunidades étnicas siempre que se ejecuten dentro de sus territorios programas de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato.”²⁰

Con esas notas, miremos si en este caso es procedente la consulta previa.

¹⁹ En la sentencia SU-383 de 2003, la Sala Plena analizó la procedencia de la consulta a un grupo de comunidades indígenas del Amazonas, frente a la aspersión de productos químicos para la erradicación de cultivos ilícitos en amplias zonas del departamento. La Corporación debió evaluar una tensión entre el interés del Estado en la defensa del territorio y al cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional para enfrentar el negocio ilícito del tráfico de estupefacientes, de una parte; y la protección de la autonomía y el derecho a participación de las comunidades indígenas, mediante la consulta previa, de otra.

²⁰ T-080 de 2017.

6.5.2. La procedencia de la consulta previa en el caso concreto

La Judicatura está convencida que en este caso la consulta previa no solo es procedente, sino que es obligatoria. La razón diametral es que la injerencia por parte de las autoridades que están imbuidas en los operativos de erradicación forzada en los territorios de la costa pacífica nariñense a que hace referencia la demanda de tutela, donde están concentrados plurales comunidades indígenas y afrodescendientes del Departamento, significa una afectación directa en sus derechos al medio ambiente sano, salud, seguridad alimentaria, condiciones de vida digna y diversidad sociocultural. Los motivos son varios.

Los accionantes han aportado distintos comunicados periodísticos (estos destinados a poner en contexto la situación del pacífico nariñense desde el año 2020), alocuciones de los líderes afros e indígenas y material fotográfico y videográfico y han aseverado que en los territorios colectivos y de ocupación ancestral, la fuerza pública viene adelantando operativos de erradicación forzada con glifosato en las condiciones modales, temporales y espaciales narradas, y en lo que interesa a este capítulo, sin haberse realizado una consulta previa con las comunidades.

Frente a ese escenario, las autoridades accionadas, en particular las Fuerzas Militares y de Policía, Mindefensa y Mininterior y la Agencia de Renovación del Territorio, no han confutado tal postulación, de hecho, mayoritariamente la confirman. Véase que, si puede resumirse la posición que esas entidades han asumido en esta acción, esta estriba en que la lucha contra las drogas es una misión constitucional y legal que no se altera por la implementación del PNIS, pues este es tan solo una alternativa en el tratamiento de la problemática que no suprime el deber y la facultad del Estado de perseguir, reprender y combatir esa actividad ilícita y para lo cual no se requiere consulta previa. De hecho, dicha agencia indicó que la Policía Nacional desarrolló actividades de

erradicación de cultivos ilícitos de arbusto de coca en el municipio de Tumaco, Nariño, enmarcadas en el plan anual de erradicación vigencia 2020, dando cumplimiento a las metas establecidas por el Gobierno Nacional frente a la lucha contra las drogas ilícitas en el país.

Pese a esa aceptación, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, anfibiológicamente negó también que las entidades a las que representa judicialmente hubieren intervenido en los territorios a efectos de realizar operativos de erradicación forzada. Tal proposición no tiene crédito para la Corporación. Además de la contradicción anotada, esta no tiene la potencialidad de comprobar en contrario lo postulado por los demandantes.

Téngase en cuenta que en casos como este, la carga de la prueba, que principia en quien esgrime la vulneración a un derecho fundamental, se traslada a la parte contraria cuando el peticionario se encuentre en circunstancias especiales de indefensión²¹ o cuando la demandada esté en mejores condiciones para demostrar la ocurrencia de las premisas fácticas debatidas, lo que hace que la autoridad pública accionada tenga el deber de desvirtuar las afirmaciones.

En el libelo se documenta que ha sido particularmente difícil para los pobladores del pacífico nariñense registrar en fotografías y videos los momentos en que en sus territorios ha hecho injerencia la fuerza pública y demás entidades y personas encargadas de la erradicación forzada con glifosato, pues militares y policías (entre estos miembros del Esmad) lo han impedido y han amenazado a quienes intentan hacerlo. Además, se acota en la demanda que varias personas se abstienen de hacer tales grabaciones por el temor que tienen de ser objeto de represalias, miedo real y fundado, porque

²¹ T-571 de 2015.

denuncian que las confrontaciones con la fuerza pública han dejado varios muertos (como el conocido caso de la vereda el Tandil) y lesionados.

En ese panorama, es palmario que los accionantes se encuentran en particulares condiciones de indefensión y subordinación frente a las autoridades, sobre todo a las que se les ha confiado el uso de la fuerza y la represión, desde el mismo sentimiento de temor o miedo de los pobladores de constituir prueba. Y no es un exabrupto pensar que así lo sea. En consecuencia, si las accionadas pretenden desmentir las aseveraciones de los demandantes han debido demostrar lo contrario, como por ejemplo, mediante la presentación de informes que hagan constar cuál ha sido su afluencia en los operativos, con indicación de los puntuales territorios en los que han ingresado y cuáles han sido las notas y vicisitudes que han acontecido. Al respecto, nada de esto han entregado las demandadas, estando en mejor posición de hacerlo.

Cerrado ese paréntesis, se topa la Sala con que en el caso concreto las referidas intromisiones significan un riesgo o amenaza de afectación a la seguridad alimentaria. En el plenario existen imágenes que dan cuenta de la destrucción de cultivos de pancoger, como plantas de plátanos, palmeras y otras especies que no corresponden con las plantas a partir de las cuales se producen estupefacientes y demás sustancias ilícitas, lo que ha sido la denuncia incesante de esas comunidades. Aquello deja ver como posible que en los procesos de erradicación forzada se están afligiendo tanto cultivos ilegales como los lícitos. De lado opuesto a eso, no obra en el plenario constancia que rebata ese conocimiento sumarial que aportan los demandantes, pues –se repite– respecto de la forma cómo vienen adelantándose las erradicaciones, las accionadas ningún medio de convicción allegaron. No es errado pensar que, si en los operativos también resultan reducidos los cultivos de pancoger, hay una aflicción directa o cuando menos una amenaza en la subsistencia alimentaria de esas personas.

Ahora, hay que añadir que es posible que en los operativos de erradicación se estén empleando herbicidas como el glifosato. Así lo denunciaron los accionantes, que allegaron la comunicación de la Policía a la Alcaldía de Roberto Payán, mediante la cual se informó que de octubre a diciembre se reanudaría el programa de aspersión terrestre en el marco del PECAT, y la contestación ofrecida por la Policía Nacional lo revalida.

Dicha fuerza explicó que en Colombia se han implementado diversas formas en la lucha contra las drogas ilegales, a saber, la erradicación manual voluntaria, la erradicación manual forzosa con los Grupos Móviles de Erradicación GME (personal civil contratado), que radica en la eliminación o supresión manual o mecánica, incluyendo las nuevas técnicas de erradicación que se determinen, de especies vegetales, y la erradicación manual forzosa con participación de la fuerza pública en desarrollo de las operaciones de control de área, consistente en erradicar los cultivos ilícitos detectados bajo las mismas técnicas antes enunciadas (manual o mecánica)²². Ilustró la Dirección Antinarcóticos que respecto de esa última modalidad “se realizan las operaciones de erradicación de cultivos ilícitos con el Programa de Erradicación Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Terrestre - PECAT, bajo los parámetros autorizados en el Plan de Manejo Ambiental - PMA autorizado mediante resolución 1524 de fecha 12/12/2016 de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA”. De acuerdo con la Resolución 9 de 2016, dicho programa es el que se realiza mediante aspersión terrestre con Glifosato.

Teniendo ese soporte, la injerencia de las autoridades mediante programas de erradicación que implican el uso terrestre de herbicidas como el glifosato supone una potencial afectación directa mayor o un riesgo en la seguridad

²² Resolución número 04823 de 2017.

alimentaria y la salud de los habitantes, precisamente por la naturaleza de esa sustancia.

La Corte Constitucional por cuenta de la aplicación del principio de precaución ha examinado los riesgos que el empleo del glifosato puede tener en la salud humana, animal y del medio ambiente. En la materia, esa Judicatura ha reconocido que existen estudios técnicos y científicos que viran en direcciones contrarias, pues mientras unos niegan ese peligro otros lo reafirman. En ese marco en que no existe una univocidad científica ha traído a recuento el principio de precaución en materia ambiental y de salud, conforme al cual, aunque no existe certidumbre científica absoluta sí un principio de certeza técnica que delata la posibilidad de los efectos nocivos de la medida o actividad, siendo que allí ha indicado que debe preferirse la solución que evite el daño y no aquella que pueda permitirlo. Por esa cuerda, cuando menos bajo el amparo del principio de precaución no puede negarse que median riesgos en la utilización de esa sustancia y eso constituye una incidencia directa en las poblaciones receptoras.

“(…) La Corte ha podido advertir que el glifosato es una sustancia que tiene la potencialidad de afectar la salud humana como probable agente cancerígeno y, también, de forma muy peligrosa, el medio ambiente. Dicha conclusión está basada en la revisión de varios estudios que sobre la materia se han publicado en las últimas décadas y que han sido citados en el capítulo 4 la presente providencia, pero principalmente, en el informe global sobre los efectos de diversos herbicidas e insecticidas, entre ellos el glifosato, potencialmente tóxicos y que tienen la probabilidad de generar cáncer, que realizó el comité de expertos de la Organización Mundial de la Salud -OMS- y el programa de monografías de la Agencia Internacional de Investigación en Cáncer -IARC- de marzo de 2015²³, durante más de tres décadas en cerca de 50 países, lo que lo convierte en el estudio más importante y con mayor rigor científico hecho hasta el momento sobre la naturaleza y efectos del glifosato.

Con todo, respecto de los efectos nocivos del glifosato, la Sala debe reiterar las conclusiones del informe de la OMS, donde se advierte con claridad que el glifosato es probablemente cancerígeno en humanos, en tanto se ha logrado establecer que *“hay una fuerte y sólida evidencia que*

²³ Agencia Internacional de Investigación en Cáncer -IARC-, Monografía 112, marzo de 2015, pág. 1-92.

muestra que el glifosato puede operar a través de dos importantes elementos de carcinogénesis humana [esto es, de generación de cáncer] y que estos pueden de--sarrollarse en humanos [carcinogénesis]”²⁴.

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

(...)

Así las cosas, y ante la evidencia de los potenciales efectos cancerígenos que tiene el uso del glifosato u otras sustancias basadas en las mismas propiedades químicas del herbicida -aún cuando hayan sido suspendidas por el Gobierno-, que puede poner en peligro no solo a las comunidades sino al medio ambiente en su conjunto, la Sala considera que en este caso se reúnen los requisitos para dar aplicación al principio de precaución en materia ambiental y para proteger el derecho a la salud de las personas.²⁵

Quiere decirse con esto que, el criterio de afectación directa que hace obligatoria la consulta previa se encuentra en este caso acreditado por cuenta de siquiera de los dos puntos mencionados arriba. La consulta previa, entonces, es un imperativo que ha de exigirse aquí. Siendo ello así, se verifica que en el *sub examine* dicho presupuesto no ha sido satisfecho por las autoridades accionadas por circunstancia tan fehaciente que es como que aquellas en consuno han negado que deba procederse con esa figura. Empero, como ha quedado visto, esa postura no la patrocina la Sala, de ahí que la irrupción de las entidades accionadas en los territorios colectivos y ancestralmente ocupados sin la previa consulta a las comunidades constituye una afrenta a sus derechos fundamentales.

Resta señalar en este capítulo lo siguiente: algunas de las entidades accionadas y la Judicatura de primera instancia interpretaron que tras lo

²⁴ *Ibídem*.

²⁵ T-080 de 2017.

decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-493 de 2017, la consulta previa en materia de erradicación forzosa de cultivos ilícitos no es obligatoria. Esa lectura que de la providencia hicieron es errada.

Para poner en contexto, en aquella oportunidad la Corte Constitucional revisó de manera automática el Decreto Ley 896 de 2017 “Por el cual se crea el Programa Nacional Integral de Sustitución de cultivos de uso ilícito –PNIS-”, que fuera expedido con ocasión de las facultades transitorias atribuidas al presidente por el Acto Legislativo 1º de 2016 para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del referido Acuerdo Final. Entre los distintos temas que en turno a su constitucionalidad se abordaron, se estudió lo concerniente a si era necesaria una *consulta previa legislativa* a las comunidades indígenas y grupos afrodescendientes en relación con las normas compositivas del decreto en mención. El alto Tribunal determinó que lo que allí se tenía era la creación e implementación de un programa que estableció como destinatarios a las familias campesinas en situación de pobreza que voluntariamente se comprometían a las sustituciones de cultivos de uso ilícito. Por tal nivel de generalidad en la fijación de los beneficiarios y de los enunciados que regulan y promueven la sustitución de cultivos ilícitos, la Corte encontró que no existía una afectación directa de las comunidades étnicas. Véase:

“Conforme fue enunciado, la medida general fue destinada a todos aquellos habitantes del campo en condición de pobreza, que lo habitan y deriven su sustento de los cultivos de uso ilícito, lo que involucra a poblaciones étnicas que habitan esas zonas, sin que ese hecho constituya *per se* una afectación directa sobre esos grupos, pues de lo que se trata es de la incorporación abstracta de una programa de sustitución de cultivos, y no del diseño y aplicación de un programa concreto en territorios definidos, habitados por grupos étnicos. Las normas contenidas en el Decreto Ley refieren de modo general la creación e implementación del Programa, establecen las autoridades responsables de su diseño y ejecución, prevén su desarrollo por medio de reglamentos y la manera como deberá desplegarse en programas concretos dentro de las comunidades beneficiadas, lo que da cuenta de

su amplia generalidad y pone de presente la ausencia de un plan específico en territorios de comunidades indígenas o afrodescendientes.

La Sala afirma entonces y a modo de conclusión, que el Decreto Ley 896 de 2017 desarrolla una política pública de carácter general y no contiene enunciados normativos que impongan mandatos o cargas a los grupos étnicos, de modo tal que pudieren resultar afectados por sus normas. Se trata propiamente, de la creación y desarrollo de un Programa alternativo al de erradicación forzada de cultivos ilícitos en esos mismos territorios, que opera en la dimensión simplemente criminal del asunto. Por el contrario, la norma examinada establece medidas de redención y progreso en un escenario de participación y cooperación mutua, en el que tienen cabida todos los habitantes de esas zonas geográficas, que descarta la necesidad de realizar consultas previas, al no haber afectación directa de la identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y afrodescendientes, ni de sus territorios.”

En su comprensión exacta, el pronunciamiento de constitucionalidad en cita no dijo, como se entendió en primera instancia, que las decisiones y actuaciones administrativas de erradicación forzada (cualquiera que fuera su tipo, naturaleza y origen) estarían relevadas de ser consultadas previamente a las comunidades étnicas. Y no lo hizo por dos razones fundamentales: porque la Corte se ocupó de revisar, no las operaciones de erradicación forzosa de cultivos ilícitos, sino netamente el PNIS, que es un programa alternativo a las demás opciones con las que cuenta el Estado en la lucha antidrogas, y también porque lo que allí se escudriñó fue lo relativo a una consulta previa de tipo legislativo (y no administrativo, que es de lo que hoy se trata aquí). Por eso, la Sala desestima los argumentos que al respecto se ventilaron en primera instancia.

Esto conduce a la Sala a reafirmar la obligatoriedad de la consulta previa en este caso. Con ello, en lo sucesivo se inspeccionará qué alcances debe tener esa consulta previa, qué grado de intensidad y qué consecuencias prácticas.

6.5.3. Algunas notas sobre los alcances y el nivel de la consulta previa

En términos generales, un proceso consultivo debe estar erigido en orden a brindar a las comunidades a través de sus instituciones, instancias o autoridades que ostenten representatividad, un escenario efectivo de participación y que se oriente a obtener su consentimiento o a llegar a un acuerdo sobre las medidas consultadas. La consulta previa exige que se garanticen espacios de negociación y de intervención de las colectividades en la que sus representantes puedan pronunciarse. No se entiende cumplido este procedimiento con una mera intervención en la actuación administrativa, ni con simples actos de información o notificación dirigidos hacia la comunidad.

En cambio, *grosso modo*, se entiende satisfecha la consulta previa cuando a la comunidad se le garantiza un conocimiento anticipado sobre los proyectos o programas que se pretenden aplicar, cuando con ese conocimiento se le dé la oportunidad de que libremente pueda valorar las ventajas y desventajas de la decisión y ser oída con las inquietudes y pretensiones que presente, y que una vez ello la decisión a adoptar *en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada*. Ello se condensa en que en la consulta previa la participación sea activa, lo que implica que se deban adoptar medidas para que la comunidad pueda asistir de manera real y que le permita el impulso de sus intereses, y también efectiva, esto es, que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión.²⁶

Ahora bien, según la jurisprudencia constitucional, el derecho a la participación se presenta en diferentes niveles, lo que significa que no en todos los casos en los que se reconoce la obligación de consulta, esta envuelve el mismo nivel de participación de las comunidades. Tales niveles se agrupan así: (i) la simple

²⁶ T-063 de 2019.

participación, relativa a la intervención de las comunidades en los organismos decisorios de carácter nacional, y la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa propiamente dicha, 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.²⁷ Respecto de cuándo opera uno u otro nivel, veamos:

“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. 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 suficiente, sino que se requiere el consentimiento expreso, libre e informado. Por otra parte, cuando el grado de afectación es *menor*, o cuando la actividad a realizar redunde 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.

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.”²⁸

²⁷ T-376 de 2012.

²⁸ T-300 de 2017.

En el orden que viene siendo propuesto, la determinación del nivel o del alcance de la consulta previa está guiada por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Esos juicios buscan que haya el mayor equilibrio posible entre el interés general y los derechos de las comunidades étnicas. Es así que en efecto uno de los criterios que sirven para modular el grado de participación es que existan otros intereses constitucionales en conflicto.

“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. 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.

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.”

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.”²⁹

6.5.4. El nivel e intensidad de protección de la consulta previa en el caso concreto

En este asunto se ordenará la realización de una consulta previa conforme al nivel intermedio de intensidad, esto es, aquella que protege la participación activa y efectiva de las comunidades étnicas, sin que ello cobije el tercer nivel referido al consentimiento previo, libre e informado. Como sustrato de esa disposición, se consignó ya que la afectación es directa, sin embargo, dado que es necesario que se conozcan con suprema especificidad las afectaciones concretas en las comunidades que puede traer los operativos de erradicación forzada, lo que deberá dilucidar precisamente en el espacio que proporcione la consulta previa, será allí producto de las exposiciones y los diálogos que se susciten que las partes deberán identificar las afectaciones concretas y su intensidad, en aras de que allí se pueda decantar el grado de vinculatoriedad de las posiciones que asuman las distintas colectividades.

En adición, no puede dejar de considerarse que del otro lado de la moneda la existencia de cultivos ilícitos envuelve un interés general de la sociedad, que es la lucha contra el narcotráfico como un deber al cual está atada la institucionalidad y la sociedad que no puede ser suprimido o impedido. Ese espacio, en respeto de los derechos de las colectividades étnicas, requiere ser

²⁹ *Ibíd.*

conservado y preservado, y por ello no puede la Colegiatura auspiciar que a expensas de una consulta previa esas competencias de las autoridades en el tratamiento del narcotráfico sean abolidas. Es así que el juez de tutela no puede en dicha materia imponer en este mismo momento como si se tratase de un poder de veto de las colectividades el tercer nivel de protección mencionado.

Con esa delimitación, a continuación se pasa a señalar algunos parámetros que a partir de la construcción jurisprudencial se han erguido a fin de la realización de la consulta previa: (i) de forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente se debe hacer un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento consultivo propiamente dicho a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad; (ii) el proceso de consulta debe regirse por el mutuo respeto y la buena fe; (iii) las autoridades que dirigen el proceso consultivo deben velar porque las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia; (iv) la consulta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar. Obviamente, el grado de vinculatoriedad de la decisión de las comunidades depende en el grado de afectación específica que se dé; (v) en la consulta previa se deberá tener en cuenta las medidas de bioseguridad recomendadas por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria ocasionada por el virus Covid-19; y, (vi) en el proceso de consulta deberán atenderse los demás parámetros y directrices fijados por la Corte Constitucional, algunos de los cuales han sido invocados en las sentencias citadas.

6.5.5. Las implicaciones de la realización de una consulta previa

En el campo práctico de esta decisión judicial, la orden de que se realice una consulta previa lleva como consecuencia lógica la suspensión de las

operaciones de erradicación forzada hasta tanto se surta el proceso consultivo. Aunque algunas entidades expresaron que las épocas más recientes de esta anualidad no se han producido operativos de erradicación forzada en las zonas del pacífico nariñense a que hacen referencia los accionantes, tampoco han admitido que a futuro aquellas no vayan a tener desarrollo, máxime de considerar que la decisión o la política nacional que las soporta se mantiene en el tiempo. Y es que justamente lo que se pretende con la consulta previa es que esta se produzca antes de que se implementen las decisiones administrativas, como es esa su naturaleza.

Por lo demás, la suspensión de esas actividades^{30 31} es un corolario irremediable y coherente de la razón que ordena la realización de una consulta previa: la presencia de afectaciones directas a las colectividades étnicas a raíz de la existencia de potenciales riesgos a la salud, vida digna, seguridad alimentaria, medio ambiente sano, etc. De cara a esas situaciones que han sido documentadas, cuando menos sumariamente, contradictorio resultaría que la fuente de tales amenazas y riesgos persistiera, cosa que por lo demás desdeciría del carácter antelado de la consulta.

La suspensión de los operativos de erradicación forzada y la consulta previa comprenderá exclusivamente a los territorios colectivos y ancestralmente ocupados del pacífico nariñense (municipios de San Andrés de Tumaco, Mosquera, Magüí Payán, Santa Bárbara, Roberto Payán, La Tola, El Charco, Francisco Pizarro, Olaya Herrera y Barbacoas) que se encuentran

³⁰ Una decisión de este estilo también había sido adoptada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño en sentencia de tutela de segunda instancia del 14 de diciembre de 2020 en el radicado 52001333300920200006401 (9276) cuando se ordenó la suspensión los operativos de erradicación forzosa de cultivos ilícitos en el Municipio de Ancuya (N), en esa ocasión porque se encontrara que las autoridades erradicadoras habían procedido sin dar cumplimiento a los presupuestos del PNIS.

³¹ Igualmente, en sentencia de segunda instancia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Pasto de fecha 17 de julio de 2020 en el radicado 2020-00042-01 (280-01) con ponencia de la Magistrada Aida Mónica Rosero García se ordenó la suspensión de las actividades de erradicación forzada en el territorio donde se encuentra asentado el pueblo Awá Inda Sabaleta hasta tanto el Ministerio del Interior adelante de manera coordinada el proceso de consulta previa con los representantes de la comunidad,

representados en esta acción tutelar por la Red de Derechos Humanos del Pacífico Nariñense.

Finalmente, en cuanto a la compulsión de copias los accionantes están en disposición de hacer las denuncias ante las autoridades persecutoras y disciplinantes, por lo que no se ordenará en esta providencia.

7. Decisión

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Revocar el fallo impugnado y en su lugar tutelar el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades que pertenecen a los territorios colectivos y ancestralmente ocupados del pacífico nariñense (municipios de San Andrés de Tumaco, Mosquera, Magüí Payán, Santa Bárbara, Roberto Payán, La Tola, El Charco, Francisco Pizarro, Olaya Herrera y Barbacoas) que se encuentran representados en esta acción tutelar por la Red de Derechos Humanos del Pacífico Nariñense.

Segundo. Ordenar la suspensión inmediata de las actividades de erradicación forzada en los territorios colectivos y ancestralmente ocupados del pacífico nariñense (municipios de San Andrés de Tumaco, Mosquera, Magüí Payán, Santa Bárbara, Roberto Payán, La Tola, El Charco, Francisco Pizarro, Olaya Herrera y Barbacoas) que se encuentran representados en esta acción tutelar

por la Red de Derechos Humanos del Pacífico Nariñense hasta tanto se cumpla lo previsto en el numeral tercero de esta providencia. En consecuencia, el Ejército y la Policía Nacional en coordinación con el ejecutivo no podrán adelantar los operativos.

Tercero. Ordenar al Ministerio del Interior (en consuno con las demás entidades convocadas a esta acción de tutela que por el tipo de materia llegaren a tener competencia, interés y legitimidad en el asunto, conforme el proceso que lidere dicha cartera ministerial) que en el término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia inicien las diligencias pertinentes en pos de adelantar un proceso de consulta con las comunidades accionantes, mediante un procedimiento apropiado, teniendo en cuenta los parámetros fijados en la parte motiva de esta sentencia. 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 adicionales³². De los avances del proceso hasta su finalización deberán entregar reportes periódicos al Juzgado de primera instancia.

Cuarto. Solicitar a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que, de manera conjunta, realicen seguimiento a la orden impartida por este Tribunal, con el propósito de garantizar efectivamente lo aquí ordenado.

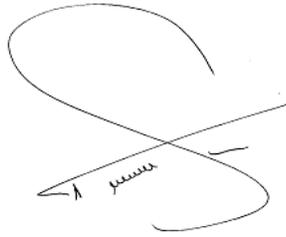
Quinto. Declarar improcedente la acción para los demás fines perseguidos por los accionantes.

Sexto. Entérese a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y dentro del término previsto en el artículo 32 *ejusdem*,

³² Estos términos se toman de lo decidido por la Corte Constitucional en la T-300 de 2017.

se remitirá esta actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual
revisión.

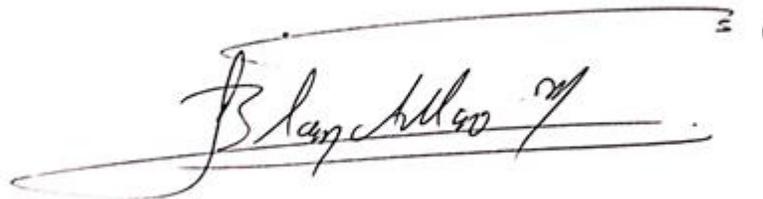
Notifíquese, Cópiese y Cúmplase.



Franco Solarte Portilla
Magistrado



Héctor Roveiro Agredo León
Magistrado



2375

Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

REGISTRO DE PROYECTO No. 078

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES
LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21- 0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19, y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto de la referencia.

Pasto, 6 de mayo de 2021.


JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ
Secretario