



La justicia
es de todos

Minjusticia

Al responder cite este número
MJD-OFI20-0039438-DCD-3300

Bogotá D.C., 27 de noviembre de 2020

Señora
MARÍA MERCEDES MORENO
MamaCoca
mamacoca@mamacoca.org
Bogotá, D.C.



Contraseña:U7AotLJLYb

Asunto: Respuesta observaciones realizada por oficio MJD-EXT0004217 del 31 de enero de 2020 en relación con el Proyecto de Decreto «por el cual se desarrolla el control de los riesgos para la salud y el medio ambiente en el marco de la erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea, y se dictan otras disposiciones».

Respetada Señora María:

Con el comedimiento que me es usual acuso recibo de sus observaciones manifestadas en el marco de la publicación del Proyecto de Decreto del asunto, agradecemos sus comentarios y procedemos a dar respuesta en el mismo orden en el que fueron expuestos, no sin antes hacer las siguientes:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Teniendo en cuenta su comunicación en la que realiza comentarios al Proyecto de Decreto del asunto es preciso resaltar que, su escrito fundamentalmente se estructura en diferentes apartes de los cuales se pueden colegir opiniones, juicios, análisis, formulación de alternativas y preguntas, razón por la que, antes de entrar a resolver los interrogantes es necesario precisar los siguientes aspectos:

El objeto del Proyecto de Decreto es adoptar un marco normativo especial, independiente y autónomo, sobre el control del riesgo para la salud y el medio ambiente, en el marco de la disposición de la destrucción de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea. Así las cosas, el Proyecto de Decreto es un acto administrativo de carácter general, cuya finalidad es permitir la cumplida ejecución del mandato legal de erradicar los cultivos ilícitos en los términos establecidos por la honorable Corte Constitucional mediante la Sentencia T-236 del 21 de abril de 2017. Es importante señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el literal g del artículo 91 de la Ley 30 de 1986, la competencia para disponer la destrucción de cultivos ilícitos se encuentra en cabeza del Consejo Nacional de Estupefacientes, organismo que analizará y revisará el cumplimiento de los requisitos dispuestos por la honorable Corte Constitucional en la referida providencia y determinará la pertinencia de reanudar o no el programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea.

Respecto de sus comentarios en los que de manera general manifiesta que existen otras formas para erradicar cultivos de uso ilícito que son mucho más amigables con la salud y el ambiente, es preciso señalar que teniendo en cuenta los esfuerzos, información y aprendizajes adquiridos en las últimas décadas, el Gobierno nacional formuló la «Política Integral para Enfrentar el Problema de las Drogas - Ruta Futuro», que reconoce el problema de las drogas en sus

Bogotá D.C., Colombia



diferentes manifestaciones y desafíos, incluyendo fenómenos asociados a la siembra, la producción de droga, el tráfico, el consumo interno de drogas, el lavado de activos, entre otras problemáticas relacionadas.

La Política Ruta Futuro define una estrategia integral para la reducción de los cultivos ilícitos que se compone de la erradicación en varias modalidades y de programas para la transformación territorial, como los programas de sustitución de cultivos ilícitos, los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial - PDET, las Zonas Futuro, entre otros. Esta estrategia integral requiere de la puesta en ejecución de todas las herramientas a su alcance para lograr una reducción efectiva y sostenible de los cultivos ilícitos y del narcotráfico.

En este sentido, de acuerdo con la visión que establece la Política Ruta Futuro, la aspersión aérea, así como cualquier otra estrategia de erradicación de cultivos ilícitos, por sí sola no da solución a las condiciones de vulnerabilidad de las zonas afectadas por la presencia de cultivos ilícitos. No obstante, la aspersión aérea es una herramienta complementaria que, utilizada con precisión y bajo el control efectivo de los riesgos a la salud y al medio ambiente, cumpliendo con los requisitos establecidos por la honorable Corte Constitucional, permitirá mayor efectividad en la reducción de los cultivos ilícitos, facilitando el tránsito de dichas regiones hacia economías legales.

En ese orden de ideas, el Gobierno nacional comprometido con la seguridad nacional, la salud y el medio ambiente trabaja en el marco de sus competencias en la implementación y puesta en marcha de todas las modalidades de erradicación, entre estas, la aspersión aérea.

Paralelamente, su escrito manifiesta que «el decreto lo que propone es controlar (a futuro) los riesgos, a) Reconoce de por sí que existen riesgos (tanto sanitarios como ambientales)», aquí conviene detenerse y destacar que el numeral 5.1.7.3 de la Sentencia T-236 de 2017 dispone que «[...] la pregunta no puede ser cómo eliminar el riesgo, sino cuál es el nivel de riesgo que una sociedad considera aceptable— y que nuestra Constitución admite— en un determinado momento, respecto de una cierta actividad».

De acuerdo con el numeral 5.1.7.4 de la Sentencia T-236 de 2017, referido al tema de riesgo y, por ende, coherente con el principio de precaución, las agencias expertas en la materia estarían en una mejor posición para evaluar los riesgos y fijar el nivel de riesgo aceptado y, por ende, para establecer las medidas conducentes a proteger a la sociedad de los riesgos no aceptados, teniendo en cuenta los costos y beneficios de la regulación.

Así las cosas, destacamos que el Proyecto de Decreto sometido a consideración propone que sean la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), como encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental, cumplan con la normativa ambiental y el Instituto Nacional de Salud (INS), como instituto científico y técnico encargado de promover el desarrollo y la gestión del conocimiento científico en salud para contribuir a mejorar las condiciones de salud de las personas, las entidades encargadas de evaluar los riesgos y fijar el nivel de riesgo aceptado y, por ende, de establecer las medidas conducentes a proteger a la sociedad de los riesgos no aceptados.

En lo relacionado con los riesgos en materia ambiental, el Proyecto de Decreto establece que el concepto previo ambiental será emitido por la ANLA a través del pronunciamiento sobre la viabilidad del Plan de Manejo Ambiental o su modificación, entendido este como el instrumento de control y seguimiento diseñado para prevenir, mitigar y corregir los posibles impactos ambientales que puede tener un proyecto, obra o actividad.

Bogotá D.C., Colombia



Así pues, para efecto de la evaluación del complemento del Estudio de Impacto Ambiental dentro del trámite de obtención o modificación del Plan de Manejo Ambiental, la ANLA aplicará los criterios generales definidos en el Manual de Evaluación de Estudios Ambientales de Proyectos expedido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, documento que constituye «[...] una herramienta de enorme importancia para los sectores regulados, toda vez que brindan las orientaciones, lineamientos y marcos de referencia para la toma de decisiones y la aplicación de criterios durante el proceso de seguimiento a los proyectos licenciados o a aquellos con Planes de Manejo Ambiental, acordados entre los usuarios y las entidades involucradas con su actividad»[1].

Adicionalmente, el artículo 2.2.2.7.1.2 del Proyecto de Decreto dispone que «Las actuaciones y procedimientos administrativos relacionados con la evaluación y seguimiento del riesgo para la salud, el control del riesgo para el medio ambiente y con el diseño y ejecución de los programas para la destrucción de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea deben desarrollarse, por parte de las entidades competentes, a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, la Ley 1437 de 2011 y en las leyes especiales sobre la materia.»

Adicionalmente, el Proyecto de Decreto contiene una norma amplia que hace remisión a los principios rectores, no solo de las actuaciones administrativas contenidos en la Ley 1437 de 2011, sino también de aquellos consagrados en leyes especiales que rigen la actuación de las autoridades encargadas de ejecutar los programas de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea y de quienes participan en las actuaciones tendientes al control, evaluación y seguimiento a los riesgos para la salud y el medio ambiente.

Por otra parte, respecto de la participación efectiva en el seguimiento y evaluación en salud y ambiental, es importante destacar los siguientes aspectos del Proyecto de Decreto:

En relación con los modos y procedimientos de participación ambientales establecidos en la Ley 99 de 1993 y desarrollados en el Decreto 1076 de 2015, se incluyen, entre otros, la presentación de peticiones, la realización de audiencias públicas, la posibilidad de ser reconocido como terceros intervinientes, son aplicables a las decisiones administrativas que emita la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) en torno a la evaluación y el seguimiento del programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea.

En relación con la participación efectiva en el seguimiento y la evaluación en salud, el Proyecto de Decreto establece que los informes que contienen los seguimientos y las evaluaciones en salud que realice el Instituto Nacional de Salud (INS) serán publicados en su página web y se divulgarán mediante comunicados de prensa enviados a medios de comunicación local, para lo cual se coordinará con entidades territoriales departamentales y municipales. Si la ciudadanía tiene observaciones acerca de los resultados divulgados, podrá manifestarlos a través de un correo electrónico que deberá disponer y dar a conocer el Instituto Nacional de Salud (INS). Las observaciones serán consideradas por el Instituto Nacional de Salud (INS) dentro del seguimiento en salud de que trata el Proyecto de Decreto. La respuesta a las observaciones planteadas por la ciudadanía se realizará a través de una matriz global que será publicada en el sitio web del Instituto Nacional de Salud (INS).

Por otro lado, su escrito refiere que: «[...] el imperativo legal y demandable de aplicar el Principio de Precaución» en dicho contexto no se puede dejar de lado que el principio de precaución es desarrollado en la propuesta reglamentaria de la siguiente manera:

En primera medida, tal como se propone en la sección 7 del Proyecto de Decreto, la ANLA y las entidades territoriales del sector salud, a través del INS, en caso de evidenciar nuevos impactos

Bogotá D.C., Colombia



o riesgos no contemplados en los instrumentos de evaluación y seguimiento del programa, incluidos sus pilotos, deberán, en el marco de sus respectivas competencias, realizar una revisión de dichos impactos o riesgos y enviar el correspondiente informe al Consejo Nacional de Estupeficientes para que este revise su decisión y se pronuncie, de forma motivada, si mantiene, modifica o suspende el programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea.

Aunado lo anterior, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación o cualquier entidad nacional o del orden territorial que evidencie alguna alerta sobre posibles riesgos o impactos que puedan estar asociados al mencionado programa, la informará a la entidad competente, para que esta realice una revisión y, en caso de que identifique un nuevo impacto o riesgo, envíe un informe al Consejo Nacional de Estupeficientes para que se pronuncie en los términos ya señalados.

En segunda medida, de conformidad con lo propuesto en la sección 4 del Proyecto de Decreto, la ANLA realizará el seguimiento al Plan de Manejo Ambiental del programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea, incluidos sus pilotos, para, entre otros, corroborar el comportamiento de los medios bióticos, abióticos, socioeconómicos y de los recursos naturales renovables frente al desarrollo de la actividad, así como también para imponer medidas ambientales adicionales cuya finalidad sea prevenir, mitigar, corregir o compensar impactos no previstos y constatar y exigir el cumplimiento de todos los términos, obligaciones y condiciones que se deriven del Plan de Manejo Ambiental y, en general, para los fines establecidos en el artículo 2.2.2.3.9.1 del Libro 2, Parte 2, Título 2, Capítulo 3, Sección 9 del Decreto 1076 de 2015.

De otra parte, la referida sección 4 de la Propuesta Reglamentaria en comento, respecto del seguimiento en salud, prevé que el INS definirá e implementará el mecanismo de vigilancia en salud pública que permita determinar posibles afectaciones a la salud que se deriven del programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea.

II. RESPUESTAS A LOS INTERROGANTES Y COMENTARIOS:

- «Hacer públicas las investigaciones y otras por medio de las cuales el Gobierno Duque demuestra cumplir las exigencias de la Corte Constitucional en varias sentencias (entre otras, Sentencia T-080/17 Sentencia T 300 /17)».

De conformidad con su manifestación, la honorable Corte Constitucional mediante Auto 387 de 2019, que reiteró y precisó los términos de la Sentencia T-236 de 2017 dispuso que «[...] al momento de decidir acerca de la reanudación del PECIG, el Consejo Nacional de Estupeficientes deberá considerar y ponderar toda la evidencia científica y técnica disponible en lo que se refiere, por un lado, a la minimización de los riesgos para la salud y el medio ambiente, y, por otro, a la solución al problema de las drogas ilícitas, conforme a los instrumentos de política pública [...]».

Con relación a este señalamiento debe recordarse que el citado Auto 387 de 2019 precisó el proceso decisorio descrito en los ordinales tercero y cuarto de la parte resolutoria de la Sentencia T-236 de 2017, indicando que la decisión que adopte el Consejo Nacional de Estupeficientes debe fundarse en evidencia y este proceso debe entenderse en los términos del apartado final del numeral 5.4.3.6 de la parte motiva de la sentencia en referencia, es decir, que «no equivale a demostrar, por una parte, que existe certeza absoluta e incuestionable sobre la ausencia de daño. Tampoco equivale a establecer que la ausencia de daño es absoluta o que la actividad no plantea ningún riesgo en absoluto».

Bogotá D.C., Colombia



- «¿Los protocolos están siendo cumplidos por este decreto?».

De conformidad con la Sentencia T-236 de 2017 el Consejo Nacional de Estupefacientes solo podrá modificar la decisión de no reanudar el PECIG, cuando haya diseñado y se haya puesto en marcha, por medio de las medidas legales y reglamentarias que sean pertinentes, un proceso decisorio con las características mínimas que precisa dicha providencia.

En este contexto, es necesario manifestar que el Proyecto de Decreto tiene por objeto adoptar un marco normativo especial, independiente y autónomo sobre el control del riesgo para la salud y el medio ambiente, en virtud de la destrucción de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea. Así las cosas, el Proyecto de Decreto es un acto administrativo de carácter general, cuya finalidad es permitir la cumplida ejecución del mandato legal de disponer la destrucción de cultivos ilícitos.

De conformidad con lo dispuesto en el literal g del artículo 91 de la Ley 30 de 1986, la competencia para disponer la destrucción de cultivos ilícitos se encuentra en cabeza del Consejo Nacional de Estupefacientes, organismo que analizará y revisará el cumplimiento de los requisitos dispuestos por la honorable Corte Constitucional en la referida providencia, y determinará la pertinencia de reanudar o no el programa de aspersión aérea de cultivos ilícitos.

- «¿Dónde encontramos las mediciones de la deforestación ocasionada por el uso gubernamental aéreo de agrotóxicos?».

En el marco de este interrogante en Colombia, todo agroquímico de tipo herbicida debe contar para su utilización con un instrumento ambiental denominado Dictamen Técnico Ambiental -DTA-, el cual es un requisito para obtener el respectivo registro nacional de conformidad con el Manual Técnico Andino para el Registro de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola establecido en la Resolución Andina No. 2075 de 2019, en concordancia con la Decisión Andina No. 804 de 2015, en el marco de una evaluación del riesgo ambiental que permita establecer el nivel de riesgo aceptable que se internalizará con las medidas de manejo adoptadas en el Plan de Manejo Ambiental.

Sin embargo vale la pena precisar que la pregunta es inexacta toda vez que la deforestación no es causada por el uso gubernamental de agrotóxicos. Los focos de deforestación obedecen a actividades como el cultivo ilícito de coca, estos últimos dinamizadores importantes del proceso de deforestación. Lo anterior quiere decir que la deforestación la genera el cultivo y la producción de los cultivos ilícitos más no su erradicación.

Por lo anterior, es conveniente resaltar el grave daño ambiental causado por el narcotráfico en nuestros territorios, al patrimonio natural y la biodiversidad colombiana, el cual, según cifras suministradas por el Instituto de Hidrología y Meteorología y Estudios Ambientales -IDEAM- demuestra que, la deforestación en Colombia en el año 2019 fue de 158.894 ha y el censo de cultivos de coca para ese año fue de 154.475 ha (SIMCI, 2020).

Para el año 2019 se detectaron 9.296 ha deforestadas por cultivos de coca, distribuidas en 14 departamentos del país. Es decir, el 6 % del total deforestado en el país del año 2019 estuvo directamente relacionado con cultivo de coca. De la misma forma, se identificó que el 22,1% (35.116 ha) de la deforestación identificada por el IDEAM en el año 2019 se encuentra a menos de 1 km de los cultivos de coca detectados por UNODC/SIMCI en el año 2019. El 98,3% de esta deforestación directa se concentró en 9 departamentos, siendo los más afectados: Norte de Santander (39%), Putumayo (23%), Guaviare (10%), Nariño (9%), Meta (6%), Antioquia (4%),

Bogotá D.C., Colombia



Cauca (3%), Córdoba (3%) y Chocó (2%). El departamento de Norte de Santander, que en el año 2017 concentraba menos del 1% de la deforestación directa por cultivos de coca, para el año 2018 pasó a representar 24% y en el año 2019 representó el 39% de toda la deforestación por cultivos de coca. El departamento de Putumayo también ha incrementado su representación al pasar de el 5% en 2017, a 15% en 2018 y 23% en 2019. Por otro lado, los departamentos de Guaviare y Meta registraron un importante descenso, el primero pasando de representar el 38% de la deforestación directa por coca en el año 2018, a representar el 10% de este fenómeno en 2019. El departamento de Caquetá pasó de representar el 21% en 2017, a representar el 5% en 2018 y el 1% en 2019.

Asimismo, se detectó deforestación directa por los cultivos de coca en 85 municipios del país, siendo los 11 más críticos (en orden de magnitud): Tibú (29%), Puerto Asís (6%), Sardinata (5%), Puerto Caicedo (4%), El Retorno (3%), Orito (4%), San José del Guaviare (3%), Mapiripán (3%), Miraflores (3%), Villagarzón (3%) y Tumaco (3%). Algunos de estos municipios son los mismos donde se identificó la mayor deforestación en el año 2019, representando el 65% de la deforestación asociada a cultivos de coca en el año 2019. Se resalta el municipio de Tibú (Norte de Santander) en donde se está concentrando la deforestación asociada a cultivos de coca. El 7% de las áreas deforestadas en 2019 por cultivos de coca se encuentran en jurisdicción de áreas de Parques Nacionales Naturales. Este fenómeno se identificó en 10 áreas protegidas, siendo los de mayor afectación la RN Nukak (149 ha), PNN Sierra de la Macarena (124 ha), PNN Paramillo (113 ha) y PNN Catatumbo Barí (103 ha). Se resalta el PNN Tinigua, donde se identificaron 10471 ha deforestadas en el año 2019 y de estas, tan solo 57 ha pasaron a cultivos de coca.[2]

- «¿Cuáles son las disponibilidades fiscales para las aspersiones?»

De conformidad con el artículo 2.2.2.7.14.1. del Proyecto de Decreto las entidades a que se refiere el presente capítulo ejecutarán las acciones determinadas en el mismo, de acuerdo a sus competencias y, con cargo a los recursos programados en el marco de gasto de mediano plazo del respectivo sector.

En consonancia con lo anterior, de conformidad con lo indicado por el artículo 110 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, en el marco de su respectiva autonomía presupuestal, tienen la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cuál hagan parte y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección.

- «Por vía del Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho ¿se atornillan la arcaica medida de fumigaciones como política por excelencia de la lucha contra las drogas?».

Vale la pena reafirmar que de acuerdo con la visión que establece la Política Ruta Futuro, la aspersión aérea, así como cualquier otra estrategia de erradicación de cultivos ilícitos, por sí sola no da solución a las condiciones de vulnerabilidad de las zonas afectadas por la presencia de cultivos ilícitos.

No obstante, la aspersión aérea es una herramienta complementaria que, utilizada con precisión y bajo el control efectivo de los riesgos a la salud y al medio ambiente, cumpliendo con los requisitos establecidos por la honorable Corte Constitucional, permitirá mayor efectividad en la reducción de los cultivos ilícitos, facilitando el tránsito de dichas regiones hacia economías

Bogotá D.C., Colombia



legales.

En ese orden de ideas, el Gobierno nacional comprometido con la seguridad nacional, la salud y el medio ambiente trabaja en el marco de sus competencias en la implementación y puesta en marcha de todas las modalidades de erradicación, entre estas, la aspersión aérea.

- Con relación a los interrogantes relacionados con el artículo 2.2.2.7.1.1. respecto del que cuestiona ¿autónomo de qué o quién? Y con la siguiente afirmación: «Las entidades como el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA - adscrito al Ministerio de Agricultura); el Instituto Nacional de Salud (INS -establecimiento público de la rama Ejecutiva) y Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA -entidad del sector administrativo) ¿son, en su calidad de entidades públicas, parte y/o están bajo directivas del gobierno nacional o califican como entidades independientes, tal y como lo exige la ética y la Corte Constitucional?».

Con la intención de responder los interrogantes anteriormente planteados, se le informa que se abordarán con la misma respuesta por referirse a una misma materia, así:

La honorable Corte Constitucional mediante la Sentencia T-236 de 2017, señaló que el Consejo Nacional de Estupefacientes (CNE) solo podrá modificar su decisión de no reanudar el PECIG cuando se haya diseñado y puesto en marcha, por medio de las medidas legales y reglamentarias que sean pertinentes, un proceso decisorio que tenga las siguientes seis características mínimas:

«[...]

1. La regulación debe ser diseñada y reglamentada por un órgano distinto a las entidades encargadas de ejecutar los programas de erradicación de cultivos ilícitos, e independiente de esas mismas entidades.
2. La regulación debe derivarse de una evaluación del riesgo a la salud y otros riesgos, como el riesgo al medio ambiente, en el marco de un proceso participativo y técnicamente fundado. Este proceso de evaluación deberá realizarse de manera continuada.
3. El proceso decisorio deberá incluir una revisión automática de las decisiones cuando se alerte sobre nuevos riesgos. La legislación o reglamentación pertinente deberá indicar las entidades con la capacidad de expedir dichas alertas, pero como mínimo deberá incluirse a las entidades nacionales y del orden territorial del sector salud, las autoridades ambientales y las entidades que conforman el Ministerio Público.
4. La investigación científica sobre el riesgo planteado por la actividad de erradicación, que se tenga en cuenta para tomar decisiones, deberá contar con condiciones de rigor, calidad e imparcialidad, de acuerdo con los parámetros fijados en el apartado 5.4.3.4 de esta providencia.
5. Los procedimientos de queja deberán ser comprensivos, independientes, imparciales y vinculados con la evaluación del riesgo.
6. En todo caso, la decisión que se tome deberá fundarse en evidencia objetiva y concluyente que demuestre ausencia de daño para la salud y el medio ambiente [...].».

En virtud de lo anterior, encontramos que la reanudación de un programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea por parte del CNE requiere del diseño y puesta en marcha, por medio de una medida legal y reglamentaria, del proceso decisorio que

Bogotá D.C., Colombia



cumpla con las características mínimas arriba citadas.

Mediante el Proyecto de Decreto, el Gobierno nacional, en ejercicio de su facultad reglamentaria, propone desarrollar el literal g del artículo 91 de la Ley 30 de 1986, con la finalidad de diseñar y poner en marcha el proceso decisorio en los términos dispuestos por la honorable Corte Constitucional mediante la jurisprudencia en comento.

En relación con los principios de imparcialidad e independencia, el Proyecto de Decreto propone que la evaluación del riesgo para la salud y el medio ambiente y la atención y verificación de eventos en salud y quejas ambientales sean realizadas por la ANLA y el INS, entidades independientes del ejecutor del programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea. Así mismo, la ANLA y el INS, entidades encargadas de emitir los conceptos previos en ambiente y en salud, respectivamente, de que tratan el literal g del artículo 91 de la Ley 30 de 1986, no concurren en la integración del Consejo Nacional de Estupeficientes y, por ende, son independientes y autónomos de las deliberaciones y decisiones que dicho órgano colegiado adopte.

- «Si no logran recapacitar, es imperativo que saquen, aunque sea las fumigaciones, de la sombra y que la información sobre dicho ámbito territorial sea del dominio público».

Con relación a su comentario, es preciso señalar, que el Proyecto de Decreto se constituye en un acto administrativo de carácter general, expedido por el Gobierno nacional con el fin permitir la cumplida ejecución del mandato legal de disponer la destrucción de cultivos ilícitos que se encuentra en cabeza del Consejo Nacional de Estupeficientes, quien definirá entre otros aspectos, el ámbito territorial del programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea.

- Referido su interrogante con relación al artículo 2.2.2.7.2.4. Auditoría externa, donde manifiesta: ¿Podrá? ¿Deberá? contratar una o varias auditorías externas.

Con relación a su comentario, vale la pena señalar que respecto a la regulación imparcial y enfocada en los riesgos para la salud a que se refiere la mencionada jurisprudencia, el numeral uno (1) del punto cuarto (4.o) de la parte resolutive, la honorable Corte Constitucional ordena:

«[...] que en la estructura decisoria del PECIG o de los programas que lo reemplacen, se incorporen garantías reales de protección de la salud. Una posible herramienta para hacerlo es que la regulación de control del riesgo de la salud sea realizada de manera independiente por un órgano distinto al Consejo Nacional de Estupeficientes, de tal forma que la regulación para controlar el riesgo a la salud no sea una parte o un subconjunto del proceso decisorio para el diseño del programa de erradicación de cultivos. Existen otras posibilidades, como mantener la regulación del Consejo Nacional de Estupeficientes, pero someterla a un **control independiente** antes de ponerla en marcha. En todo caso, en el nuevo proceso decisorio que se adopte, una cosa debe ser el diseño del programa, dirigido a obtener mayor eficacia en la destrucción de los cultivos, y otra debe ser el diseño de las limitaciones al programa, destinadas a controlar los riesgos contra la salud.» (La subraya es fuera del texto original).

Así pues, la regulación del control del riesgo a la salud es realizada mediante el Proyecto de Decreto, el cual será expedido por un órgano distinto al Consejo Nacional de Estupeficientes, esto es el Presidente de la República. Adicionalmente, esta propuesta reglamentaria contempla que el INS, en atención a su calidad de instituto científico y técnico encargado de desarrollar y gestionar el conocimiento científico en salud y biomedicina para la contribución a mejorar las condiciones de salud de las personas, sea el encargado del control del riesgo a la salud y de la

Bogotá D.C., Colombia



realización del concepto previo en salud de que trata el literal g) del artículo 91 de la Ley 30 de 1986, así como el seguimiento e implementación del mecanismo de vigilancia en salud pública que permita determinar posibles afectaciones a la salud derivadas de la ejecución de programas de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea y/o sus pilotos.

En segunda medida, el Proyecto de Decreto dispone en su artículo 2.2.2.7.3.2. que el Ministerio de Justicia y del Derecho, por decisión del Consejo Nacional de Estupefacientes y el Ministerio de Salud y Protección Social podrán, celebrar contratos o convenios, que tengan por objeto el control independiente respectivamente de los parámetros operacionales y el diseño de las limitaciones, del programa.

- «Pretender que las quejas por daños ocasionados por el Estado a bienes lícitos de particulares sean tramitadas por el ICA es más del mismo sueño de retroreformular la Justicia para modular desconocer las funciones del Sistema Judicial» y «poco importa que, por decreto, se pretenda estipular que será el ICA (entidad pública) el que tramite las quejas por afectaciones colaterales a bienes agropecuarios lícitos».

Responderemos sus comentarios de forma conjunta por tratarse de la misma materia, así:

La Sección 11 del Proyecto de Decreto contempla que el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) sea la entidad encargada de tramitar y decidir sobre las quejas que se presenten por la presunta afectación de bienes agropecuarios de uso lícito en el marco de un programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea, para lo cual verificará la existencia de la afectación por medio de visitas técnicas al lugar de la queja y del protocolo interno que para el efecto establezca dicha entidad, el cual tendrá en cuenta los medios probatorios que estime pertinentes, entre otros, el informe previo para la evaluación de las quejas que presente la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional.

- «¿Cómo garantizar que, esta confundida georreferenciación colombiana no acabé causando afectaciones a comunidades indígenas y sin consulta previa?».

Atendiendo la normatividad especial establecida en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), herramienta aplicable a los pueblos indígenas y tribales, y al artículo 7º constitucional, por el cual el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, surgió la obligación para el Estado colombiano por intermedio de sus autoridades de respetar la diversidad cultural de las comunidades étnicas establecidas en el territorio nacional.

El Convenio mencionado fue adoptado por nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 21 de 1991[3] que, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 de nuestra carta política sobre el bloque de constitucionalidad, es de obligatorio cumplimiento el contenido de este.

El citado instrumento internacional introdujo como deber de los Estados parte, en su artículo 6º la obligación de consultar previamente a las comunidades étnicas siempre que se planeen adoptar medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente; consulta que debe realizarse de buena fe y con el propósito de llegar a acuerdos o lograr el consentimiento de los pueblos étnicos.

Así las cosas, la consulta previa es una «garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos»[4]; interpretación que permite establecer la obligación del Estado o del ejecutor del proyecto, obra o actividad en la apertura de espacios encaminados a que las comunidades étnicas puedan

Bogotá D.C., Colombia



materializar efectivamente la defensa de sus usos y costumbres por las posibles afectaciones directas que pueda ocasionar la medida.

De conformidad con el Decreto 2353 de 2019, la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa tiene la función de determinar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la expedición de medidas legislativas o administrativas o la ejecución de proyectos, obras o actividades, que puedan afectar directamente a comunidades étnicas[5], en tal sentido, quien pretenda ejecutar un proyecto, obra o actividad deberá solicitar pronunciamiento ante la mencionada Dirección sobre la procedencia y oportunidad de la consulta previa, y con base en el análisis de la afectación directa[6] que el proyecto pueda generar sobre la comunidad étnica, se le indicará al interesado, mediante un acto administrativo, si es procedente o no adelantar proceso de consulta previa.

- «No obstante, por jerarquía normativa, el gobierno nacional tiene, por Principio de Precaución la obligación de PREVENIR los riesgos - evitar daños, graves e irreversibles, al medio ambiente antes de, o para que no, ocurran» y «¿cómo es posible demostrar que no hay daños sanitarios y ambientales/la minimización de los daños? La Naturaleza no distingue la ilicitud humana de su licitud».

En lo relacionado con la aplicación del principio de precaución y prevención en la erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea, la parte considerativa del Proyecto de Decreto recoge los pronunciamientos que sobre el particular realiza la misma Corte Constitucional en su Sentencia T-236 de 2017 y el Auto 387 de 2019.

Es así como, en la parte considerativa del Proyecto de Decreto se hace referencia, entre otros, a los numerales 5.1.7.3 y 5.1.7.4 de la citada jurisprudencia, con el fin de establecer que la aplicación de la regla de “precaución extrema” puede dar lugar a que el Estado regule las actividades humanas hasta el punto de exigir a los particulares y a las autoridades que sus actividades no generen ningún riesgo (Política de cero riesgo), lo cual es inviable, toda vez que el desarrollo de cualquier actividad y el uso de toda sustancia en las distintas actividades genera algún grado o nivel de riesgo, por lo cual la búsqueda de un “riesgo cero” por medio de la regulación podría terminar imponiendo costos desproporcionados a toda la sociedad.

Así las cosas, de acuerdo con la Sentencia T-236 de 2017, en su numeral 5.1.7.3: «[...] la pregunta no puede ser cómo eliminar el riesgo, sino cuál es el nivel de riesgo que una sociedad considera aceptable— y que nuestra Constitución admite— en un determinado momento, respecto de una cierta actividad».

En ese orden de ideas, de acuerdo con el numeral 5.1.7.4. de la Sentencia T-236 de 2017, referido al tema de riesgo y, por ende, coherente con el principio de precaución, prevé que corresponde a «las agencias expertas en la materia, evaluar los riesgos y fijar el nivel de riesgo aceptado con el fin de establecer las medidas conducentes a proteger a la sociedad de los riesgos no aceptados, teniendo en cuenta los costos y beneficios de la regulación. La regla de precaución extrema impone inmediatamente la alternativa regulatoria más costosa, que es la prohibición, con lo cual parecería desatender la directriz del Principio 15 de la Declaración de Río, que se refiere a la adopción de “medidas eficaces en función de los costos». [...]

Por su parte, el numeral 5.1.7.6. de la Sentencia T-236 de 2017, también expuesto en la parte considerativa del Proyecto de Decreto, considera que «la precaución extrema convierte el principio de precaución en un principio de paralización del Estado y la sociedad», interpretación que no es constitucionalmente razonable.



Al respecto, la honorable Corte Constitucional, mediante el Auto 387 de 2019, reiteró y precisó los términos de la Sentencia T-236 de 2017, indicando que cuando esta última requiere que la decisión de reanudar o no la fumigación de cultivos ilícitos por medio de aspersión aérea con glifosato, se haga con fundamento en “evidencia objetiva y concluyente que demuestre ausencia de daño para la salud y el medio ambiente”, este requerimiento ha de entenderse en los términos del apartado final del numeral 5.4.3.6. de la parte motiva de la sentencia en referencia, es decir, que «no equivale a demostrar, por una parte, que existe certeza absoluta e incuestionable sobre la ausencia de daño. Tampoco equivale a establecer que la ausencia de daño es absoluta o que la actividad no plantea ningún riesgo en absoluto»; según dicho auto, equivale a establecer que «al momento de decidir acerca de la reanudación del PECIG, el Consejo Nacional de Estupefacientes deberá considerar y ponderar toda la evidencia científica y técnica disponible en lo que se refiere, por un lado, a la minimización de los riesgos para la salud y el medio ambiente, y, por otro, a la solución al problema de las drogas ilícitas, conforme a los instrumentos de política pública [...]».

Los estudios ambientales (Diagnóstico Ambiental de Alternativas y Estudios de Impacto Ambiental) y los instrumentos de manejo y control ambiental son el resultado aplicable del principio de prevención, ya que en éstos se establece ex ante los posibles impactos ambientales de un proyecto, obra o actividad. Los impactos identificados se valoran y sobre éstos se proponen las medidas para su control y seguimiento a través del Plan de Manejo Ambiental, que busca prevenir y mitigar mediante el diseño operacional, potenciales impactos adversos y corregir y compensar aquellos de inevitable ocurrencia.

El Proyecto de Decreto, en cumplimiento del principio de prevención, adopta medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente a través del pronunciamiento de la ANLA sobre la viabilidad ambiental de la obtención y/o modificación del Plan de Manejo Ambiental, para lo cual se seguirá el procedimiento consagrado en los artículos 2.2.2.3.8.1. y siguientes del Decreto 1076 de 2015; decisión que se tomará con fundamento en el complemento del Estudio de Impacto Ambiental que se presente de conformidad con los términos de referencia específicos que expida dicha autoridad acorde con lo dispuesto en el artículo 2.2.2.3.3.2. del Decreto 1076 de 2015. Como mínimo el Plan de Manejo Ambiental prevé la identificación de los impactos ambientales generados por la actividad, teniendo en cuenta, entre otros aspectos: la deriva, los equipos a utilizar en cada aplicación, la información sobre el tipo de boquilla a utilizar, los elementos de control para el manejo de descargas y las propiedades de la sustancia, los posibles impactos ambientales sobre la fauna, la flora silvestre, el recurso hídrico y el suelo, así como las medidas de prevención, mitigación, corrección y compensación de los impactos y efectos ambientales identificados.

El Plan de manejo ambiental es el instrumento de control y seguimiento diseñado para prevenir, mitigar y corregir los posibles impactos ambientales que puede tener un proyecto, obra o actividad, que establece la ANLA, en caso de ser viable la destrucción de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea corresponderá a la ANLA determinar los términos de referencia obligatorios para que el ejecutor del programa presente el respectivo PMA. Estos términos de referencia al igual que el PMA son documentos públicos que pueden ser consultados por cualquier ciudadano.

Asimismo, en desarrollo del principio de prevención, la ANLA podrá imponer, dentro del Plan de Manejo Ambiental, medidas de manejo específico de tipo preventivo y de monitoreo ambiental para disminuir al máximo el riesgo de la llegada del herbicida a los sistemas acuáticos, fauna y bosques naturales.

De otra parte, encontramos que la propuesta reglamentaria, contrario a lo expuesto en su oficio

Bogotá D.C., Colombia



recoge y desarrolla el principio de precaución en los siguientes aspectos:

En primera medida, tal como se propone en la sección 7 de la propuesta en comentario, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y las entidades territoriales del sector salud, a través del Instituto Nacional de Salud (INS), en caso de evidenciar nuevos impactos o riesgos no contemplados en los instrumentos de evaluación y seguimiento del programa, incluidos sus pilotos, deberán, en el marco de sus respectivas competencias, realizar una revisión de dichos impactos o riesgos y enviar el correspondiente informe al Consejo Nacional de Estupefacientes para que este revise su decisión y se pronuncie, de forma motivada, si mantiene, modifica o suspende el programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea.

Aunado lo anterior, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación o cualquier entidad nacional o del orden territorial que evidencie alguna alerta sobre posibles riesgos o impactos que puedan estar asociados al mencionado programa, deberán informarla a la entidad competente, para que estas realicen una revisión y, en caso de que identifiquen un nuevo impacto o riesgo, envíen un informe al Consejo Nacional de Estupefacientes para que se pronuncie en los términos ya señalados.

En segunda medida, según se propone en la sección 3 del Proyecto de Decreto, la ANLA realizará el seguimiento al Plan de Manejo Ambiental del programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante el método de aspersión aérea, incluidos sus pilotos, para, entre otros, corroborar el comportamiento de los medios bióticos, abióticos, socioeconómicos y de los recursos naturales renovables frente al desarrollo de la actividad. También, para imponer medidas ambientales adicionales a fin de prevenir, mitigar, corregir o compensar impactos no previstos en el plan de manejo ambiental de la actividad y, constatar y exigir el cumplimiento de todos los términos, obligaciones y condiciones que se deriven del Plan de Manejo Ambiental y, en general, para los fines establecidos en el artículo 2.2.2.3.9.1 del Libro 2, Parte 2, Título 2, Capítulo 3, Sección 9 del Decreto 1076 de 2015.

- Para finalizar, nos referimos a su manifestación: «Si el Gobierno es el que fumiga ¿Cómo aceptar que las quejas sean tramitadas por sus ministerios y entidades públicas como el ICA? Cuando lo que exige la Corte es que la evaluación de las quejas sea tramitada por entes independientes e imparciales y no por quien fumiga».

Es importante señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el literal g del artículo 91 de la Ley 30 de 1986, la competencia para disponer la destrucción de cultivos ilícitos se encuentra en cabeza del Consejo Nacional de Estupefacientes; órgano que se apoya en la Dirección Nacional de Antinarcóticos (DIRAN) para la cumplida ejecución de sus funciones, entre estas, la destrucción de cultivos ilícitos.

Ahora bien vale la pena precisar que las entidades llamadas a resolver las quejas derivadas de las posibles afectaciones generadas por el programa no hacen parte o integran al CNE.

[1] Manual de Estudios Ambientales - Criterios y Procedimientos, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

[2] Instituto de Hidrología y Meteorología y Estudios Ambientales

[3] "Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989

[4] Sentencia C 461 de la Corte Constitucional del 14 de mayo de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[5] Decreto 2353 de 2019 Artículo 4 Numeral 1



La justicia
es de todos

Minjusticia

[6] "La idea de afectación directa se relaciona con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias." Corte Constitucional, Sentencia T-745 de 14 de diciembre de 2010. M.P. Dr. Humberto Porto Sierra.

Cordialmente,

ANDRÉS ORLANDO PEÑA ANDRADE

Director de Política de Drogas y Actividades Relacionadas

Elaboró: Andrea Guzmán Celis *GC*
Juan Camilo Polanía *JCP*
Revisó: Jorge Serna Botero *JSB*
Aprobó: Andrés Orlando Peña Andrade

<http://vuv.minjusticia.gov.co/Publico/FindIndexWeb?rad=2aZuDRZ2m2K7IjgClamux82cg0iVIMP0G5XrPetieRQ%3D&cod=sq3LYFKUsF%2BSgYjd5koe%2FQ%3D%3D>

Bogotá D.C., Colombia