

FUMIGACIONES CON GLIFOSATO - Se exhorta a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional para que identifique y delimite las áreas geográficas de aspersión y erradicación de cultivos ilícitos y mitigue daños antijurídicos colaterales a bienes, personas y cultivos cercanos / CULTIVOS ILICITOS - Fumigaciones con glifosato. Exhorto al Gobierno Nacional para que se aplique principio de precaución / PRINCIPIO DE PRECAUCION - Se exhorta a que se estudie la viabilidad de otras formas de destrucción de cultivos ilícitos. Conservación ambiental

Ordenar a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, según los prescribe la Ley 30 de 1986, identifique y delimite geográficamente *ex ante* las áreas de cultivos ilícitos y los linderos del predio, y las zonas excluidas, con el fin de que se tome las medidas técnicas adecuadas para mitigar o evitar eventuales daños antijurídicos colaterales, (...) Ordenar, con fines preventivos, a la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, como ente ejecutor del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con el Herbicida Glifosato -PECIG - ejecute el programa a su cargo, con observancia del Plan de Manejo Ambiental aprobado por la Resolución n°. 1054 del 30 de septiembre de 2003 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, o de las disposiciones legales que la sustituyan y que persigan similares objetivos, con el fin de evitar, prevenir, advertir, mitigar, remediar, controlar, compensar y corregir los eventuales daños ambientales. Exhortar al Gobierno Nacional para que en aplicación del principio de precaución estipulado por el artículo 1º de la Ley 99 de 1993, examine la posibilidad de utilizar otras alternativas diferentes al método de erradicación aérea con el herbicida glifosato sobre cultivos ilícitos, con el fin de prevenir eventuales daños antijurídicos al ambiente y a la población en general.

CONTAMINACION AMBIENTAL O CONTAMINACION DEL MEDIO AMBIENTE - Fumigaciones con glifosato

En el ámbito de la responsabilidad del Estado por afectaciones ambientales existe una tipología de daños antijurídicos, a saber: daños a un interés colectivo como el ambiente, y daños particulares y concretos que nacen como consecuencia de la lesión ambiental. (...). En cuanto a los daños colectivos sobre el ambiente. Según la Corte Suprema de Justicia en este caso se trata del perjuicio que recae sobre el ambiente, esto es, un valor, interés o derecho público colectivo, supraindividual, cuyo titular es la humanidad o la colectividad en general, no un particular ni sujeto determinado, esto es, el quebranto afecta, no a una sino a todas las personas, y “exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las 'cosas comunes' que en ocasiones hemos designado como 'bienes ambientales' tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Se trata entonces de aquello que se ha convenido llamar 'perjuicios ecológicos puros. (...). Así las cosas, los daños irrogados a un interés colectivo afectan a la comunidad, pues el menoscabo se materializa sobre derechos de corte inmaterial cuya titularidad pertenece a toda la colectividad. (...). En cuanto a los daños individuales, consecuencia de la lesión ambiental. Si bien la afectación ambiental genera un perjuicio de naturaleza colectiva o “daño ecológico puro”, también puede generar perjuicios de naturaleza particular, daños individuales que son la consecuencia o el reflejo de la lesión ambiental, conocidos por la doctrina como “daño ambiental impuro”; se trata de un perjuicio consecuencial, conexo, reflejo, indirecto o consecutivo, cuyo derecho no es de corte subjetivo-colectivo, sino subjetivo-individual. De modo que la afectación ambiental, no solo genera perjuicios de carácter colectivo cuyos damnificados en muchas de las veces están por establecerse o determinarse, sino también perjuicios individuales y concretos sobre un particular. (...) Esta diferenciación entre los daños que se infligen al ambiente –daño ambiental puro- y

los que se ocasionan a los particulares –daño ambiental impuro- ha sido recientemente distinguida por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: (...). Daño ambiental sólo es el inferido a los bienes ambientales y, por tanto, al ambiente, o sea, a un derecho, colectivo, valor o interés público, cuyo titular exclusivo es la colectividad, y cuya reparación versa sobre éste, sin mirar al interés individual sino al de toda la comunidad, así en forma indirecta afecte a cada uno de sus integrantes. (...). Contrario sensu, cuando el daño ambiental, ocasiona también un daño a intereses singulares, particulares y concretos de un sujeto determinado o determinable, el menoscabo atañe y afecta estos derechos, a su titular y su reparación versa sobre los mismos, o sea, mira al interés particular y no colectivo. En este supuesto, no se trata de daño ambiental, sino del detrimento de otros derechos, es decir, la conducta a más de quebrantar bienes ambientales, lesiona la esfera jurídica individual de una persona o grupo de personas, ya determinadas, ora determinables. (...). Así las cosas, el daño ambiental puro es cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, aire, flora), causados por cualquier actividad u omisión, que supera los niveles permitidos y la capacidad de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano; mientras que el daño ambiental impuro se define como la consecuencia de la afectación ambiental que repercute en el entorno de los seres humanos, y supera los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de estos.

CONTAMINACION AMBIENTAL O CONTAMINACION DEL MEDIO AMBIENTE - Afectación y determinación del perjuicio. Reclamaciones por daño ambiental puro procede la acción popular / ACCION POPULAR - Es procedente por reclamación por daño ambiental puro

Los daños ambientales puros que se producen sobre los intereses colectivos son perjuicios especiales, que se concretan en el menoscabo de un bien jurídico inmaterial, unitario y autónomo como es el ambiente; así, las condiciones de la declaratoria de responsabilidad no son las mismas que se contemplan clásicamente para el instituto de la responsabilidad civil, sino que por ser un perjuicio colectivo: i) las connotaciones del daño ambiental puro conducen a una transformación del concepto clásico de derecho subjetivo, puesto que no es menester probar la afectación de un interés particular y concreto, ser la “persona interesada”, sino que, por tratarse de un derecho colectivo, “cualquier persona” puede ser titular de este derecho subjetivo supraindividual; ii) el presupuesto de carácter cierto del daño puede no estar presente y el juez contencioso podrá en sede de acción popular evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración de aquellos o la restitución del statu quo anti. Así las cosas, en materia de daños ambientales puros, el riesgo desplaza la noción de certidumbre de los “daños consecutivos”, pues es irrelevante la exigencia de la lesión efectiva y necesita simplemente la presencia de una señal objetivamente razonada de amenaza, peligro o riesgo del derecho colectivo al ambiente. (...). Por tal razón, cuando se trata de un daño ambiental puro sin pretensiones indemnizatorias, que pone en cuestión los derechos colectivos, la acción popular es la vía procesal idónea para su protección, mientras que en lo relativo a los daños ambientales impuros, daños que se suscitan como consecuencia de las repercusiones de las lesiones ambientales, la acción de grupo y la ordinaria de reparación directa (medio de control de conformidad con el art. 140 de la Ley 1437 de 2011) son los mecanismos procesales idóneos para que un individuo o un sujeto colectivo los ejercite en aras de instaurar sus pretensiones de indemnización.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 140 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 145 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 1

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Régimen aplicable por afectación de bienes y cultivos por fumigación con glifosato. Actividad peligrosas / FUMICACION CON GLIFOSATO - Daño ambiental a bienes, cultivos y personas procede reclamación por acción de reparación directa

Tratándose de actividades peligrosas, al establecer el juicio de imputación, en principio, no es necesario un análisis subjetivo, como elemento para estructurar el juicio de responsabilidad del Estado, sino, a partir de un régimen de responsabilidad objetivo, determinar si la actividad peligrosa, en este caso la erradicación de cultivos de uso ilícito, implicó la generación objetiva de una amenaza de lesión para los bienes, derechos y/o intereses de una persona, y que tuvo la capacidad de concretar un riesgo-creado. (...) Sin perjuicio del riesgo excepcional como título de imputación para actividades que comportan riesgo o peligro, la Sala también considera que la responsabilidad por daños ocasionados al ambiente puede fundamentarse en un número importante de casos en la clásica responsabilidad subjetiva bajo el título de falla del servicio, cuando se demuestra de manera ostensible negligencia, imprudencia y/o impericia del ejercicio de competencias administrativas de quien está encargado de llevar a cabo una actividad, como lo es la erradicación de cultivos de uso ilícito con glifosato. (...) | Así las cosas, en el sub lite la lesión ambiental no proviene de una infracción funcional; por ende, no es menester estudiar el régimen subjetivo de responsabilidad. La Sala encuentra que la obligación del deber de indemnizar en cabeza del Estado nace porque la actividad de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato es considerada riesgosa o peligrosa.

NOTA DE RELATORIA: A este respecto, ver sentencia de 28 de abril de 2010, exp. 19160

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Daño antijurídico. Aspersión o fumigaciones con glifosato y daños colaterales a cultivos, bienes y personas / FUMICACION CON GLIFOSATO - Daño ambiental a bienes, cultivos y personas procede reclamación por acción de reparación directa

Resalta la Sala que si bien dentro del material probatorio analizado no obra una prueba directa, como lo es un dictamen pericial, que acredite la repelida relación causal, el daño antijurídico le es imputable al Estado por la estructuración de una causa altamente probable deducida indiciariamente: la actividad de erradicación de cultivos ilícitos produjo de manera colateral la muerte del cultivo de lulo, lo cual se materializó en perjuicios en cabeza del demandante. (...) Valorado en su conjunto el acervo probatorio, para la Sala se encuentra demostrado lo siguiente: i) la existencia de una actividad legítima y lícita de la administración consistente en la aspersión aérea de glifosato llevada a cabo el día 15 de enero de 1999, la cual comporta una fuente de alto riesgo para los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales de las personas que no está obligadas a soportarlos; ii) el perjuicio ocasionado al señor Medina, particularmente sobre el cultivo de lulo, fue fruto de la concreción de un riesgo excepcional que se originó por el ejercicio legítimo de una actividad peligrosa; iii) el nexo de causalidad entre la actividad legítima de la administración y los efectos de la lesión ambiental concretada en un daño antijurídico padecido por el demandante e imputable a la entidad demandada. En esa medida, la entidad demandada al haber tomado la decisión de desarrollar una actividad altamente peligrosa, cuya legalidad no se cuestiona,

está obligada jurídicamente a asumir los efectos nocivos que se produzcan en perjuicio de personas que no tienen el deber jurídico de soportarlos.

PERJUICIOS MATERIALES - La falta de elementos probatorios para determinar en concreto una indemnización de perjuicios no implica la denegatoria de los mismos sino una posible condena en abstracto / CONDENA EN ABSTRACTO - Práctica de examen pericial

La falta de los elementos necesarios para determinar en concreto el monto de una eventual indemnización de perjuicios, no implica en modo alguno la inexistencia del daño y, antes bien, cuando este se encuentre demostrado como cierto y actual y, además, se den los otros elementos necesarios para la declaratoria de responsabilidad, la falta de cuantificación del perjuicio implica que se profiera una condena en abstracto, pero nunca la denegatoria ab initio de las pretensiones de la demanda. (...) Por esta carencia probatoria que no permite establecer con certeza la cuantía concreta de los perjuicios materiales que debe decretarse a cargo de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, la Sala decidirá una condena in genere, en observancia de los parámetros que para tal efecto establece el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 172

PERJUICIOS MATERIALES - Daño emergente. Condena en abstracto, práctica de examen pericial / DAÑO EMERGENTE - Afectación de cultivo de lulo por fumigaciones de glifosato. Determinación en incidente, condena en abstracto

Para establecer el daño emergente se deberá, dentro del trámite del incidente de liquidación de la condena, ordenar y practicar un dictamen pericial por parte de un profesional en agronomía, mediante el cual se pueda (i) determinar cuántas matas de lulo se pueden sembrar en las dos (2) hectáreas del predio del actor; (ii) establecer las erogaciones económicas que se deben hacer para el referido cultivo de lulo con 11 meses de maduración –estado de evolución del cultivo según lo probado-, el cual comprenderá la mano de obra empleada, la cantidad de los insumos (semillas, fertilizantes, insecticidas, fungicidas, plaguicidas, controles fitosanitarios, servicios públicos tales como agua, energía, etc.) y la suma que corresponde a los gastos en los que incurrió el actor para la recuperación de la tierra, con posterioridad a la destrucción del cultivo de lulo.

LUCRO CESANTE - Afectación de cultivo de lulo por fumigaciones de glifosato. Determinación en incidente, condena en abstracto

Para establecer el lucro cesante se atenderá a los siguientes parámetros: i) la indemnización deberá corresponder al cien por ciento (100%) de la utilidad que esperaba recibir el señor Luis Elí Medina con la cosecha en dos hectáreas de siembra de lulo de su propiedad. El cálculo aludido deberá estar soportado en contratos o facturas u otra prueba que permita concretar el perjuicio causado, especialmente de empresas o personas naturales que para ese entonces hubiera ejercido la misma actividad y bajo características similares; ii) al monto correspondiente al lucro cesante global se le descontará los costos de producción, esto es, solo se reconocerá la utilidad líquida que se esperaba obtener; iii) el valor de la utilidad líquida se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se tendrá en cuenta que el índice inicial corresponde a la fecha de evolución de los 11 meses de maduración

del cultivo de lulo y el índice final corresponde al mes anterior a la fecha de la providencia que decida el incidente de liquidación de la condena.

COSTAS - No condena

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá D. C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028)

Actor: LUIS ELI MEDINA

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Agotado el trámite procesal de segunda instancia, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de agosto 9 de 2004, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Se revoca la decisión de primera instancia.

SÍNTESIS DEL CASO

El día 15 de enero de 1999, la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional fumigó con herbicidas químicos –glifosato- plantaciones de amapola en jurisdicción del municipio de Algeciras –Huila-, hecho que produjo daños en el cultivo de lulo de propiedad del señor Luis Elí Medina, predio ubicado en cercanías a la zona objeto de erradicación (vereda Balsillas, municipio de San Vicente-Inspección - Departamento de Caquetá).

I. ANTECEDENTES

A. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 5 de mayo de 2000 ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila (fl, 3 a 11, c.1), el señor **LUIS ELÍ MEDINA**, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Algeciras (Huila), actuando en nombre propio y mediante apoderado debidamente constituido (fl, 2, c.1), en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el art. 86 del C.C.A., formuló demanda contra **LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL**, por los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que se produjeron sobre el cultivo de lulo –aproximadamente dos hectáreas- de su propiedad por la fumigación de cultivos ilícitos ubicados en cercanías a su predio en la vía Algeciras – Balsillas, vereda Toscana, Departamento del Huila.

1.1 Como consecuencia de lo anterior, solicita se hagan las siguientes **declaraciones y condenas:**

PRIMERO: se declare responsable a la entidad Policía Nacional – Dirección de Antinarcóticos por los daños patrimoniales causados a la parte demandante, derivados de los hechos ocurridos el día 15 de enero de 1999 entre el municipio de Algeciras, Balsillas, vereda Toscana en la que se vio afectado y destruido el cultivo de lulo del señor LUIS ELÍ MEDINA por la imprudencia o negligencia de alguno o algunos de los funcionarios de la Policía Nacional – Dirección de Antinarcóticos.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración de responsabilidad extracontractual condénese a la Policía Nacional – Dirección de Antinarcóticos a pagar como indemnización a favor del demandante por los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados las siguientes sumas:

PERJUICIOS PATRIMONIALES: se ordenará a la Policía Nacional – Dirección de Antinarcóticos pagar los daños patrimoniales representados por el daño emergente y el lucro cesante comprendido dentro del mismo, la indemnización debida, la indemnización futura, conforme a los criterios y procedimientos utilizados y recogidos por la doctrina y la jurisprudencia, los cuales a la fecha ascienden a más de sesenta y cinco millones de pesos (\$65.000.000) moneda corriente teniendo en cuenta los factores determinados por el ingeniero agrónomo como proyección del cultivo a tres años.

TERCERA: El valor de la actualización de las sumas anteriores (sic) lo cual se logrará aplicando para ello los sistemas, criterios y procedimientos adoptados por el Consejo de Estado, con el fin de obtener corrección monetaria que compense la pérdida del poder adquisitivo del referido entre el 15 de enero de 1999 y la fecha probable en que se efectúe el pago de los perjuicios [...].

CUARTA: La sentencia se cumplirá en los términos contenidos en los ART. 176, 177, 178 de C.C.A.

1.2. En respaldo de sus pretensiones, la parte actora adujo los siguientes **hechos** que se resumen a continuación:

1.2.1. El día 15 de enero de 1999 en la vía Algeciras – Balsillas en la vereda Toscana, se llevó a cabo por parte de la Policía Nacional – Dirección de

Antinarcóticos, la fumigación de cultivos ilícitos en el que resultó afectado el cultivo de lulo de aproximadamente dos hectáreas de propiedad del señor Luis Elí Medina.

1.2.2. El día 20 de enero de 1999, el asistente técnico del Plan Nacional de Desarrollo Alternativo -PNDA-, señor Jose Yovanny Vargas Peña, certificó que todas las plantas (cerca de 7.000) presentaban amarillamiento de hojas y brotes nuevos, caída de frutos, maduración prematura de frutos, caída de flores y plantas totalmente muertas; síntomas característicos de intoxicaciones fitopatológicas causadas por herbicidas (fl, 47, c.2).

1.2.3. El día 19 de marzo de 1999, como consecuencia de lo anterior, el señor Luis Elí Medina puso en conocimiento de la Personería Municipal de Algeciras las afectaciones ocasionadas sobre su predio¹ y solicitó la visita técnica de las autoridades competentes.

1.2.4. El día 8 de abril de 1999, la Personera municipal de Algeciras, señora Martha Lucía Trujillo y el Director de la Unidad Municipal de Asistencia Técnica Agropecuaria -en adelante UMATA-, señor Héctor Hernando Trejos, realizaron inspección ocular y dejaron la siguiente constancia: i) no se encontró cultivos ilícitos ni vestigio de ellos; ii) 7000 matas de lulo estaban en estado necrótico, quemadas por herbicidas y con evidencias de amarillamiento en extensión de dos hectáreas; iii) se identificó en cercanías del predio del señor Luis Elí Medina rastros de fumigación de cultivos ilícitos (fl, 115, c.2).

1.2.5. El día 5 de mayo de 1999, el ingeniero agrónomo, señor Nelson Rojas Imbachi, emitió un “concepto técnico”, en el que se relató el estado en el que se encontraba el cultivo de lulo (fl, 34 a 39, c.2).

1.2.6. En el mes de junio de 1999, el señor Luis Elí Medina puso en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo la afectación ambiental desencadenada por la aspersión aérea de glifosato, con ocasión de la cual se habían producido perjuicios concretos sobre su predio rural; entidades que le recomendaron informar de esta situación al Director de Antinarcóticos de la Policía Nacional con el fin de que se llegare a un acuerdo sobre la indemnización de los perjuicios; además, sugirieron que en el caso de no llegar a una solución en equidad, acudiera ante la jurisdicción contencioso administrativa para formular acción de reparación directa.

1.2.7. En atención a las anteriores recomendaciones del Ministerio Público, el señor Luis Elí Medina en agosto de 1999 elevó una queja en contra de los funcionarios de la sección de Antinarcóticos de la Policía Nacional. La oficina de Control Interno Disciplinario de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, en diligencias preliminares n°. 0076/99 DIRAN – R-008/99, confirmó que, en efecto, según los archivos de la ARECI-DIRAN, el día 15 de enero de 1999 se realizó la fumigación aérea del cultivo de amapola identificado en el área de Algeciras; sin embargo, cerró la investigación disciplinaria por considerar que no existía certeza sobre la causa que originó la pérdida del cultivo de lulo de propiedad del señor Luis Elí Medina.

B. Trámite procesal

¹ La queja formulada ante la Personería del Municipio de Algeciras fue ratificada y ampliada bajo la gravedad del juramento el día 14 de mayo de 1999 (fl, 13. C.2).

2. Mediante escrito presentado el 13 de agosto del 2001, la parte demandada, por intermedio de apoderado debidamente constituido, **contestó la demanda** en los siguientes términos que se resumen a continuación (fl, 69 a 72, c.1):

2.1. Sí hubo destrucción del cultivo de lulo; sin embargo, aludió que no existió prueba de que ello se haya producido como consecuencia de la aspersión o fumigación con glifosato llevada a cabo por las aeronaves de la Policía Antinarcóticos.

2.2. Los daños ocasionados al cultivo fueron verificados en diligencia de inspección ocular practicada por la Personería Municipal de Algeciras y Director de la UMATA; sin embargo, dicha actuación se llevó a cabo tres meses después de la fumigación de cultivos ilícitos.

2.3. Se debe probar científicamente que la muerte o desaparición del cultivo del lulo obedeció a la acción y toxicidad del glifosato, por lo cual, en la inspección ocular que adelantó la Personería Municipal de Algeciras y el Director del UMATA, se debieron recoger las muestras de las plantaciones afectadas y remitirlas para el análisis de laboratorio correspondiente; como no se efectuaron los referidos análisis de laboratorio, alude la entidad demandada que no es posible endilgarle responsabilidad patrimonial por las consecuencias derivadas de las lesiones ambientales.

2.4. Solicitó se nieguen la totalidad de las pretensiones de la demanda y se proceda a exonerar de toda responsabilidad a la Policía Nacional.

3. Mediante auto del 23 de abril de 2002, el Tribunal Administrativo del Huila corrió traslado por 10 días a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus **alegatos de conclusión**. El Ministerio Público no rindió concepto (fl, 164, c.1).

3.1. El día 8 de mayo de 2002, el apoderado del demandante presentó **alegatos de conclusión** con fundamento en las razones de hecho y de derecho que se resumen a continuación (fl, 165 a 173, c.1):

3.1.1. La afectación del cultivo de lulo de propiedad del señor Luis Elí Medina se produjo con ocasión de la aspersión aérea del herbicida glifosato rociado por la entidad accionada el 15 de enero de 1999, en cercanías del municipio de Algeciras y límites con el departamento del Caquetá.

3.1.2. Las pruebas aportadas al proceso demuestran con certeza la responsabilidad de la Policía Nacional por los daños y perjuicios ocasionados al cultivo de lulo de propiedad del demandante.

3.1.3. El Estado debe asumir la responsabilidad por el daño producido en las operaciones que ejecutó la Policía Nacional de Antinarcóticos al momento que decidió erradicar cultivos de origen ilícito.

3.1.4. Pese a la legalidad de sus actuaciones, cuando el Estado causa un daño especial, anormal y considerable, tiene la obligación de repararlo integralmente con lo cual se evita un empobrecimiento sin justa causa del perjudicado.

3.2. El día 10 de mayo de 2002, el apoderado de la demandada presentó **alegatos de conclusión** con fundamento en las razones de hecho y de derecho que se resumen a continuación (fl, 175 a 176, c.1):

3.2.1. Se ratificó en los postulados de defensa planteados en el memorial de contestación de la demanda.

3.2.2. Estimó que los daños presuntamente irrogados al actor han sido calculados empíricamente, puesto que no han sido el resultado de un avalúo juicioso y realizado en el marco de una inspección judicial con asistencia de peritos legalmente nombrados y posesionados.

3.2.3. Formuló petición de nulidad de lo actuado, con el argumento de que aunque el predio del señor Luis Elí Medina se encontraba cerca del municipio de Algeciras, por factor territorial correspondía el conocimiento del proceso a la jurisdicción del departamento del Caquetá, razón por la cual, era el Tribunal Administrativo de Caquetá la autoridad judicial que debía asumir y dirimir el presente conflicto.

3.3. El día 5 de julio de 2002, el apoderado del demandante presentó escrito de alegación frente a la nulidad propuesta por el demandado, en el cual esgrimió el siguiente argumento (fl, 177 a 180, c.1):

A través de los alegatos de conclusión, el demandado se ratifica en el contenido de la contestación de la demanda, por lo que se tiene que no planteó la excepción de que trata el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, no proponiendo [sic] en su oportunidad procesal esta figura, por lo que es menester aplicar el saneamiento de la posible nulidad que arguye el demandado, máxime si el que alega la nulidad no lo hizo oportunamente, cuando la falta de competencia distinta a la funcional no se alegó como excepción, como lo enseña el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil.

3.3.1. Por lo anterior, solicitó rechazar la nulidad propuesta por la parte demandada y en consecuencia continuar con el juicio, a fin de que se declare a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, responsable por los daños y perjuicios ocasionados al cultivo de lulo de propiedad del señor Luis Elí Medina.

3.3.2. Mediante auto del 16 de julio de 2002, el Tribunal Administrativo del Huila resolvió denegar la solicitud de nulidad, dado que, si se trataba de nulidad originada en falta de competencia del juez, distinta del factor funcional, se debió alegar en su oportunidad procesal, esto es, en la etapa de resolución de excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda; si con posterioridad a la existencia del vicio se actúa guardando silencio, este hace presumir de derecho que la parte lo conoció y lo convalidó de conformidad con el artículo 143 del C.P.C, dando lugar al saneamiento procesal de la falencia (fl, 182 a 185, c.1).

3.4. El *a quo* profirió **sentencia de primera instancia** el 9 de agosto de 2004 (fl, 187 a 206, c.p), mediante la cual resolvió: *“Denegar las súplicas de la demanda”* (fl, 205, c.p).

Las razones por las cuales resolvió no acceder a la demanda son las siguientes:

3.4.1. Las pruebas arrimadas al proceso se presentaron en copia simple y no estuvieron ajustadas al rigor de las exigencias establecidas por el artículo 254 del C.P.C., razón por la cual, carecen de valor probatorio y, en consecuencia, no ofrecen ningún grado de certeza frente a los hechos que se pretenden acreditar.

3.4.2. Las pruebas aportadas al proceso y tendientes a establecer con exactitud la extensión de terreno de propiedad del señor Luis Elí Medina y el número de plantas sembradas en el cultivo de lulo no son idóneas porque fueron aportadas en copia simple, razón ésta que impide al juzgador determinar la concreción de la lesión ambiental y la cuantificación del perjuicio.

3.4.3. Se presenta una precariedad probatoria respecto a la cuantificación de la indemnización deprecada, lo que dificulta el análisis de los elementos integradores de la responsabilidad extracontractual.

3.4.4. Infiere que no es posible sostener que la aspersion aérea del glifosato sea la causa eficiente de la lesión ambiental, en la medida en que no obra en el proceso prueba idónea que inequívocamente así lo demuestre.

3.5. Contra la anterior decisión, la parte actora interpuso oportunamente **recurso de apelación** (fl, 208, c.p) con el fin de que se revoque la decisión y, en su lugar, se profiera fallo favorable que acceda a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos (fl, 210 a 214, c.p):

3.5.1. Las pruebas y especialmente los documentos aportados al proceso son conducentes, útiles y pertinentes, los cuales deben ser considerados por el juez como medio idóneo de prueba a pesar de haber sido allegados en copia simple, ya que reúnen los requisitos legales de validez, al mismo tiempo que no fueron controvertidos por la contraparte ni tachados de falsos en ninguna oportunidad procesal.

3.5.2. Las pruebas analizadas de manera sistemática ofrecen certeza razonable sobre el titular de dominio de la parcela, la extensión y el número de plantas sembradas, así como también sobre los perjuicios producidos con ocasión de la aspersion del glifosato, que por razones de los túneles de aire y el fenómeno de la deriva aceleraron la transportación del químico a la propiedad del señor Luis Elí Medina.

3.6. Mediante auto del 3 de marzo de 2005, la Sección Tercera del Consejo de Estado corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de 10 días para que presenten alegatos de conclusión y rindan concepto por escrito.

3.6.1. De la oportunidad para **alegar de conclusión** en esta instancia, sólo hizo uso el apoderado de la parte demandante (fl, 224 a 231, c.p), mientras que el Ministerio Público guardó silencio.

3.6.1. Las razones alegadas por el accionante en esta oportunidad se fundamentaron en el título de imputación del daño especial, en virtud del cual la administración debe responder, no porque haya obrado incorrectamente o porque haya hecho lo que sabía que no podía hacer y, en consecuencia, no evitó lo evitable, sino por el hecho material y moral de haber causado un daño sobre los cultivos de lulo de propiedad del señor Luis Elí Medina con la fumigación realizada por la Policía Nacional –Sección Antinarcóticos.

3.6.2. El material probatorio aportado al proceso cumple con los requisitos de legalidad e idoneidad, y ratifica que en ningún momento fue controvertido ni se solicitó ratificación alguna por la contraparte, razón por la cual debe ser tenido en cuenta como medio probatorio al momento de rendir el fallo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. Presupuestos procesales de la acción

4. Previo a analizar el fondo del presente asunto, resulta pertinente pronunciarse sobre la jurisdicción y competencia de esta Corporación, la procedencia y caducidad de la acción y la legitimación en la causa.

4.1. Por ser la demandada una entidad estatal, el asunto es de conocimiento de esta jurisdicción (art. 82 C.C.A.). Por otra parte, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila el día 9 de agosto de 2004, en un proceso con vocación de segunda instancia, en los términos del Decreto 597 de 1988, teniendo en consideración que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones que corresponde a la indemnización por perjuicios materiales al momento de la presentación de la demanda, supera la exigida por la norma para tal efecto².

4.2. Considera la Sala que la acción de reparación directa (art. 86, C.C.A.) es la procedente, toda vez que por esta vía procesal se pretende el resarcimiento patrimonial del daño inferido a la parte actora consistente en la destrucción del cultivo de lulo de su propiedad, ocurrida el día 15 de enero de 1999 en su finca ubicada en la Vereda "Toscana", jurisdicción del municipio de San Vicente-Inspección de Policía de Balsillas Departamento de Caquetá, por la aspersión aérea del herbicida glifosato realizada por la Policía Nacional de Antinarcóticos.

4.3. La legitimación en la causa aparece demostrada en el plenario, por una parte, porque la accionante es la directamente afectada con la destrucción del cultivo de lulo y, por la otra, porque es la Nación-Ministerio de Defensa – Policía Nacional, la entidad a la cual se le imputa el daño sufrido por el actor.

4.4. El ordenamiento jurídico consagra la institución procesal de la caducidad como una sanción por el no ejercicio oportuno de las acciones judiciales, para lo cual la ley establece taxativamente unos términos dentro de los cuales el interesado tendrá la carga de promover el litigio a través de demanda. Si el recurso judicial se ejerce por fuera de este lapso temporal, aquel perderá la posibilidad de hacer efectivo el derecho sustancial que intenta deprecar ante la administración de justicia.

4.4.1. En ese orden de ideas, el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en lo relativo a la acción de reparación directa, instituye un término de dos años para que sea impetrada, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente), vencido el cual ya no será posible solicitar que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado.

4.4.2. Así pues, en el presente caso la demanda fue presentada el 5 de mayo de 2000 (fl, 11, c.2) y los hechos datan del día 15 de enero de 1999, por ende, se concluye que no operó el fenómeno de la caducidad, ya que el demandante pudo haberlo hecho hasta el 16 de enero de 2001.

² Las pretensiones de la demanda se estimaron por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante en \$65.000.000 (fl, 3 a 11, c.2), valor que supera la cuantía requerida para el año 2000 -\$ 26.390.000-, año de presentación de la demanda, requisito exigido para que un proceso adelantado en acción de reparación directa, fuera considerado de doble instancia.

B. En lo concerniente a las pruebas

5. En relación con algunos medios de prueba que se relacionarán en el acápite de hechos probados, la Sala los valorará conforme a las siguientes consideraciones. Primero, se referirá a las pruebas documentales aportadas en copia simple; segundo, los conceptos técnicos; tercero, el traslado de pruebas; cuarto, la queja interpuesta por el demandante ante la personería municipal de Algeciras; y, por último, las fotografías.

5.1. Validez de los documentos aportados en copia simple. Con la demanda se allegaron algunos documentos en copia simple: la queja interpuesta ante la personería municipal de Algeciras por la erradicación aérea de cultivos de uso ilícito, la resolución de adjudicación de un predio por parte del INCORA, el folio de matrícula inmobiliaria, la tarjeta profesional del ingeniero agrónomo que emitió conceptos técnico-científicos, los informes del Asistente Técnico del Plan Nacional de Desarrollo Alternativo –PLANTE- de Algeciras (Huila) y los informes de la vigésima segunda compañía de la Dirección de la Policía de Antinarcóticos sobre destrucción de cultivos ilícitos por aspersión aérea con glifosato. Con relación a estos documentos, la Sala se sujetará al criterio de unificación recientemente establecido por la Sala Plena de la Sección Tercera en cuanto al valor probatorio de las copias simples, según el cual es preciso tener en cuenta que las partes en el curso procesal aceptaron que los documentos fueran tenidos en cuenta y coincidieron en la valoración de los mismos en forma recíproca, pues no fueron tachados ni al momento de arrimarlos al plenario probatorio ni durante el transcurso del debate procesal; por tanto, dichas copias tienen vocación de ser valoradas a fin de determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. En consecuencia, esta Sala procederá a valorarlas para decidir el fondo del asunto.

5.1.1. Lo anterior se fijó en la sentencia del 28 de agosto de 2013 de Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de conformidad con las siguientes consideraciones, que vale la pena destacar:

En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado- el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P).

[...]

Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.

Por consiguiente, la Sala valorará los documentos allegados en copia simple contentivos de las actuaciones penales surtidas en el proceso adelantado

contra Rubén Darío Silva Alzate³.

5.1.2. En aras de darle aplicación al criterio de unificación jurisprudencial en lo concerniente a las copias simples, la Sala considera que los sujetos procesales han conocido el contenido de los documentos allegados, lo que permite tenerlos en cuenta para fallar de fondo el *sub lite*. Pues sería irrazonable que los sujetos procesales hagan uso de las pruebas por todos conocidas para construir su defensa y que, luego, al ver que su contenido puede resultar perjudicial a sus intereses, predicaran una hipotética deslealtad procesal, so pretexto que en el traslado de las pruebas no se agotaron las ritualidades contempladas por el estatuto procesal civil.

5.2. **Frente a los conceptos técnicos.** La Sala considera válido que el demandante aporte conceptos realizados por profesionales especializados, medios de conocimiento que adjuntó con la presentación del cuerpo de la demanda tal y como lo permiten las reglas probatorias (num. 1, art. 10, Ley 446 de 1998 inciso tercero, art. 183, C.P.C.). Se otorgará valor probatorio a los conceptos traídos al proceso con el objeto únicamente de probar el estado del cultivo de lulo de propiedad del demandante.

5.3. **Respecto a las conclusiones de la investigación disciplinaria adelantada por la oficina de control interno disciplinario de la Policía Nacional,** cuyo objeto consistió en el esclarecimiento de los hechos en que se desarrolló la erradicación de cultivos ilícitos el día 15 de enero de 1999. Al respecto, cabe recordar que el art. 185 del C.P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo en virtud de lo señalado en el art. 267 del C.C.A, dispone que las pruebas practicadas válidamente en un proceso foráneo podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, *“siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”*.

5.3.1 Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia unificada por esta Corporación, las pruebas recaudadas en un proceso distinto pueden ser valoradas dentro del proceso contencioso administrativo, aunque no hayan sido practicadas a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, ni hayan sido objeto de ratificación, si las dos partes solicitan su traslado o el mismo se da con la anuencia de ellas, pues se ha entendido que es contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que las pruebas pertinentes hagan parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque formalidades legales para su inadmisión⁴.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera –en pleno–, sentencia de agosto 28 de 2013, rad. 25.022, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴ Se remite al siguiente pronunciamiento que permite evidenciar la evolución de la jurisprudencia en este sentido: Consejo de Estado, sentencia de septiembre 11 de 2013, rad. 20601, Sala Plena de la Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas Betancourth. *“En ese orden, la Sala insiste en que los presupuestos formales establecidos en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil para el traslado de los testimonios, tienen sentido para efectos de salvaguardar el derecho a la defensa de las personas que aparecen como partes dentro de un determinado proceso, de tal forma que cuando uno de los extremos de la litis es la Nación representada a través de alguna de sus entidades, entonces es plausible afirmar que, si la prueba trasladada fue practicada por otra entidad también del orden nacional, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, entonces no le es dable a la Nación –como parte procesal– aducir, con base en el aludido precepto adjetivo, la carencia de validez del medio de convicción, pues es claro que la parte tuvo audiencia en la recopilación del mismo y pudo haber ejercido su derecho de contradicción a través de la entidad nacional que intervino en su recaudación, lo que ocurre en el presente caso cuando se pretende hacer valer frente al Ministerio de Defensa-Ejército Nacional un testimonio recaudado por la Procuraduría General de la Nación, pues lo cierto es que si se hubiera llevado a cabo una investigación seria y coordinada por las entidades nacionales en conjunto, entonces la declaración juramentada habría sido conocida conjuntamente*

5.3.2 De esta manera, toda vez que la parte demandante pidió que se valoraran las investigaciones preliminares de naturaleza disciplinaria n°. 0076-99 DIRAN R-008-99 ARECI⁵, y teniendo en consideración que las pruebas obrantes en dichos procesos se surtieron con audiencia de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional y fueron practicadas y recaudadas por la oficina de control interno disciplinario de la Policía Nacional, por lo que en ningún caso podría alegar su desconocimiento, los medios probatorios obrantes en estas diligencias, serán susceptibles de valoración sin formalidad adicional alguna.

5.4 En relación con la queja depuesta por el demandante ante la Personería de Algeciras. La queja rendida bajo la gravedad de juramento por el señor Luis Elí Medina ante la personería de Algeciras no podrá ser valorada para determinar la certeza de los hechos, sólo fungirá como un medio de prueba que permite acreditar que se puso en conocimiento de las autoridades unos hechos, por cuanto se trata de la parte demandante en el *sub lite*; por ende, no es posible tenerla como una declaración de terceros ni técnicamente como una declaración de parte, cuya finalidad consiste en la obtención de una confesión y, por consiguiente, en caso de resultar relevante, sólo podrá ser estimada en aquello que produzca consecuencias jurídicas adversas a los confesantes o que favorezca a la parte contraria, de acuerdo con lo establecido por el art. 195 del C.P.C⁶.

5.5. Frente a las fotografías aportadas por la parte demandante con el cuerpo de la demanda. La Sala considera que carecen de mérito probatorio y se abstendrá de valorarlas, dado que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes sobre las que no es posible determinar su origen ni el lugar ni la época en que fueron tomadas o documentadas, y menos se tiene certeza de los lugares que aparecen en ellas, ya que no fueron reconocidas ni ratificadas dentro del proceso, lo que impide cotejarlas con otros medios de prueba⁷. Cosa diferente ocurre con las fotografías allegadas junto con el dictamen pericial rendido ante el tribunal de primera instancia, respecto de las cuales existe plena certeza de su autoría y época de elaboración, lo que permite que sean apreciadas en aras de resolver el presente litigio⁸. En consecuencia, no se otorgará valor probatorio a las fotografías traídas al proceso con el objeto de probar el estado del cultivo de lulo después de la erradicación con el herbicida químico –glifosato- de propiedad del demandante.

C. En lo concerniente a los hechos probados

6. Con base en las pruebas válidamente recaudadas en el proceso contencioso administrativo, valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes

por las autoridades que tenían la función de adelantar la investigación sobre los hechos, sea en el ámbito penal o en el disciplinario”.

⁵Las peticiones probatorias señaladas pueden ser verificadas en los folios 50 a 54 del cuaderno 2.

⁶ Art. 195 del C.P.C. “- *Requisitos de la confesión. La confesión requiere: 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; 4. Que sea expresa, consciente y libre; 5. Que verse sobre los hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento; 6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada”.*

⁷ Al respecto, véanse, entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: 5 de diciembre de 2006, rad. 28.459, C.P. Ruth Stella Correa; 28 de julio de 2005, rad. 14998, C.P. María Elena Giraldo; 3 de febrero de 2010, rad. 18034, C.P. Enrique Gil Botero; 14 de marzo de 2012, rad. 21848, C.P. Enrique Gil Botero.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 29 de 2013, rad. 26853, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

circunstancias fácticas relevantes:

6.1. Los señores Luis Elí Medina y Olga Barrera Reyes adquirieron por adjudicación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, mediante Resolución n°. 000408 de junio de 1995, la propiedad del inmueble denominado parcela n°. 10, el cual forma parte del inmueble de mayor extensión conocido con el nombre de "Toscana", ubicado en jurisdicción del municipio de San Vicente-Inspección de Policía de Balsillas Departamento de Caquetá-, cuya extensión aproximada es de veintitrés (23) hectáreas y limita con el municipio de Algeciras (*fls 16 a 19, c.2 –Resolución por medio del cual se adjudica un predio adquirido por el INCORA y folio de matrícula inmobiliaria*).

6.2. Por solicitud de la primera instancia, al plenario fue allegado documento original, oficio n°. 830 de octubre 31 de 2001, expedido por el Comandante de la Compañía de Antinarcóticos –Neiva en el que se certifica que el día 15 de enero de 1999 se realizaron fumigaciones aéreas con glifosato en jurisdicción de Algeciras (*fl, 100, c.2 –certificación*).

6.3. Los funcionarios de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional informaron que el día 15 de enero de 1999, entre las 6:30 y 10:00 am, se destruyó con el herbicida glifosato mediante aspersión aérea las plantaciones de amapola en jurisdicción del municipio de Algeciras-Departamento del Huila en una zona de 15 hectáreas (*fl, 103, c.2 - acta de destrucción de cultivos de amapola*).

6.4. El señor Luis Elí Medina el día 19 de marzo de 1999, presentó queja bajo la gravedad de juramento ante la Personería de Algeciras (Huila) por la lesión ambiental sobre el cultivo de lulo de dos hectáreas de su propiedad (*fl, 12 a 13, c.1 –oficio de formulación de la queja*).

6.5. El día 8 de abril de 1999, la personera de Algeciras y el Director de la UMATA encontraron en la parcela n°. 10 de la vereda Balsillas – Caquetá, cerca al municipio de Algeciras-Huila un cultivo de 7.000 matas de lulo de aproximadamente 11 meses de maduración, con amarillez, caída de frutos y marchitamiento total en una extensión de dos hectáreas, y constataron la existencia de cultivos ilícitos a una distancia aproximada de un kilómetro, así como rastros de fumigación de cultivos ilícitos con el herbicida glifosato en la parte alta de un cultivo vecino (*fl, 115, c.2 –fotocopia auténtica de la diligencia de inspección ocular*).

D. Problema jurídico

7. Compete a la Sala determinar si los daños causados al cultivo de lulo existente en propiedad del señor Luis Elí Medina le son imputables a la entidad demandada, por la fumigación aérea con glifosato realizada el día 15 de enero de 1999 sobre varios cultivos ilícitos situados en cercanías al predio del demandante.

III. Análisis de la Sala

8. Antes de entrar a resolver el problema jurídico, es necesario remitirse a las fuentes constitucionales, legales e internacionales de la responsabilidad del Estado en materia ambiental (1) y los daños antijurídicos que se pueden presentarse en el marco de la responsabilidad del Estado por las afectaciones ambientales (2).

9. Las fuentes constitucionales, legales e internacionales de la responsabilidad del Estado en materia ambiental

9.1. La Constitución Política de 1991, en el art. 79⁹, prescribe que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, garantía de protección que ya estaba presente en el Código de Recursos Naturales¹⁰ y que ha sido reproducida por la Ley 472 de 1998¹¹. En esa medida, aunque no se cuenta desde el punto de vista del derecho positivo con una definición exacta de ambiente, al titular de esta garantía se le reconoce la posibilidad de exigir el mantenimiento de las condiciones de equilibrio del ambiente y oponerse a las causas, factores o circunstancias que lo alteren. Se presenta entonces el ambiente en una doble faceta, como un derecho y como un deber: en el primer supuesto, se trata de un derecho reconocido a todas las personas de disfrutar o gozar de los beneficios del ambiente; mientras que en el segundo, impone un deber, mandato o encargo de protección en cabeza tanto de los particulares como de las autoridades públicas¹².

9.2. La Corte Constitucional en decisión del 22 de julio de 2009¹³ definió el ambiente como derecho-deber. Al respecto, precisó el alto tribunal:

*[M]ientras por una parte se acepta el medio ambiente sano como un **derecho** del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-, por la otra se le imponen al Estado los **deberes** correlativos de: (i) proteger su diversidad e integridad, (ii) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, (iii) conservar las áreas de especial importancia ecológica, (iv) fomentar la educación ambiental, (v) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, (vi) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, (vii) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente; y (viii) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera [se destaca].*

9.3. En consonancia con lo anterior, la Constitución de 1991 garantiza la cohesión del binomio derecho-deber de la siguiente manera: el art. 80 introduce una *competencia de planificación* en cabeza del Estado que asegure un *aprovechamiento adecuado* del ambiente; el art. 334 Superior establece una *competencia de intervención* en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes; y el precitado art. 80 prescribe una cláusula de responsabilidad civil ambiental por los daños antijurídicos que se originen, así:

⁹“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

¹⁰ Decreto 2811 de 1974, artículo 7º: “Toda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente sano”.

¹¹ Ley 472 de 1998, artículo 4º “Derechos e Intereses Colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias [...]”

¹² Cfr. GIL BOTERO, Enrique y RINCON, Jorge Iván. *Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 17.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-486 de julio 22 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

*El Estado **planificará** el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para **garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.***

*Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y **exigir la reparación de los daños causados.***

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas (se destaca).

9.4. Particularmente, en cuanto a la cláusula de responsabilidad civil ambiental, la Ley 23 de 1973 (art. 16) –Código de Recursos Naturales- constituye el fundamento normativo preconstitucional de la responsabilidad civil ambiental, cuyo tenor es el siguiente:

El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generan contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado (se destaca).

9.5. Ya en vigencia del actual orden constitucional, el art. 1º de la Ley 99 de 1993 establece los siguientes principios generales relativos a la protección del ambiente:

- i. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de junio de 1992.
- ii. La biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible.
- iii. Las políticas de población tendrán en cuenta el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
- iv. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución, conforme al cual cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.
- v. El Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales renovables.
- vi. La prevención de desastres será materia de interés colectivo y las medidas tomadas para evitar o mitigar los efectos de su ocurrencia serán de obligatorio cumplimiento.
- vii. La acción para la protección y recuperación ambientales del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado. El Estado apoyará e incentivará la conformación de organismos no gubernamentales para la protección ambiental y podrá delegar en ellos algunas de sus funciones.

9.6. Por su parte, el ambiente, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, “[...] está constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables” (art. 2º de la Ley 23 de 1973), y la afectación o contaminación ambiental se entiende como “la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares” (art. 4º, Ley 23 de 1973). Igualmente, se señala por parte del Decreto 2811 de 1974 que los recursos naturales renovables no se pueden utilizar por encima de los límites permisibles, esto es, más allá de niveles que puedan alterar las calidades físicas, químicas o biológicas naturales, que produzcan el agotamiento o el deterioro grave de esos recursos o que perturbe el derecho a ulterior utilización en cuanto ésta convenga al interés público (art. 9º); y daño ambiental es “el que afecta el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes” (artículo 42 de la Ley 99 de 1993)¹⁴.

9.7. Las formas más características de lesionar el ambiente, que no excluyen otras y que coinciden con lo dispuesto por el art. 8º del Código de Recursos Naturales, son “la actividad contaminadora, el incumplimiento de deberes y de obligaciones de hacer, el abuso en el ejercicio de los derechos individuales (actuar por fuera de lo permitido en una licencia ambiental) y la ejecución de conductas prohibidas”¹⁵.

9.8. En suma, el art. 16 de la Ley 23 de 1973, aunque solo hace relación a los perjuicios que se causan a un individuo o a los recursos naturales de propiedad privada, es el fundamento legal de la responsabilidad por afectaciones al ambiente concretadas en un particular, y el art. 80 de la Constitución Política el fundamento basilar de carácter constitucional, que protege al ambiente como bien jurídico de carácter colectivo. Así las cosas, se sostiene que el fundamento jurídico de la responsabilidad por las lesiones al ambiente está albergado en un sistema de fuentes con características legales y constitucionales propias, lo que permite hablar de un subsistema de responsabilidad civil.

9.9. En lo relativo a los instrumentos internacionales, los cuales constituyen fuente internacional de responsabilidad para Colombia en materia ambiental, se pueden mencionar, entre los más importantes y pertinentes, los siguientes:

¹⁴ Según el artículo 8º del Decreto 2811 de 1974 son “factores que deterioran el ambiente, entre otros: a. La contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables. Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares. Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir alteración ambiental de las precedentemente descritas. La contaminación puede ser física, química o biológica. b. La degradación, la erosión y el revenimiento de suelos y tierras. c. Las alteraciones nocivas de la topografía. d. Las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas. e. La sedimentación en los cursos y depósitos de agua. f. Los cambios nocivos del lecho de las aguas. g. La extinción o disminución cuantitativa o cualitativa de especies animales y vegetales o de recursos genéticos. h. La introducción y propagación de enfermedades y de plagas. i. La introducción, utilización y transporte de especies animales o vegetales dañinas o de productos de sustancias peligrosas. j. La alteración perjudicial o antiestética de paisajes naturales. k. La disminución o extinción de fuentes naturales de energía primaria. l. La acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios. m. El ruido nocivo. n. El uso inadecuado de sustancias peligrosas. o. La eutricación, es decir, el crecimiento excesivo y anormal de la flora en lagos y lagunas. p. La concentración de población humana urbana o rural en condiciones habitacionales que atenten contra el bienestar y la salud”.

¹⁵GIL BOTERO, Enrique, *ob.cit.*, p. 21.

9.10. El Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, suscrito en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, aprobado por la Ley 165 de 1994 y declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-519 de 1994, el cual dispone en sus artículos 6, 8 y 10 que, dada la responsabilidad de los Estados de conservar su diversidad biológica, (i) integraran la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales, (ii) promoverán la protección de ecosistemas y hábitat naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales y (iii) adoptarán medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica.

9.11. La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1998, ratificada por la Ley 67 de 1993, y revisada su constitucionalidad mediante sentencia C-176 de 1994 de la Corte Constitucional, previene actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes particularmente vinculadas con las consecuencias de los cultivos de uso ilícito.

9.12. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, suscrita en Nueva York el 9 de mayo de 1992, ratificada por la Ley 164 de 1994 y revisada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-073 de 1995, consagra el principio de precaución.

9.13. Estas disposiciones de orden interno e internacional constituyen el fundamento jurídico de la responsabilidad por daño ambiental, del que surge la obligación para el Estado y para los particulares de evitar lesiones a derechos de prosapia colectiva que tienen el carácter de fundamental¹⁶ y no derechos de tercera generación, por ende, no inferiores a otro tipo de derechos¹⁷.

10. La tipología de daños antijurídicos por afectaciones ambientales

¹⁶ Debido a la relación inescindible del derecho a un ambiente sano con los derechos a la vida y a la salud, la Corte le ha otorgado un carácter de fundamental: *“El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental”*. Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁷ Existen percepciones erradas cuando se escinden y se subordinan los derechos sociales y colectivos de los derechos civiles y políticos, y se los califica de derechos de tercera generación. A este respecto Pisarello y Gargarella abordan este tema y mencionan los siguientes errores de percepción: 1) *percepción generacional de los derechos*: se considera que los derechos sociales y colectivos son una generación posterior a los derechos liberales, en la medida que fueron derechos positivizados de manera tardía en la segunda mitad del siglo XX. 2) *Percepción filosófica normativa*: se refiere a la fundamentación de los derechos sociales y colectivos, según la cual estos son apreciados como derechos axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos, por encontrarse más lejanos al valor de la dignidad humana. 3) *Percepción teórica*: Los derechos sociales y colectivos son derechos estructuralmente diferentes a los derechos civiles y políticos, y de un grado mayor de indeterminación normativa, lo cual incide de manera directa y determinante en sus posibilidades de protección. 4) *Percepción dogmática*: Bajo este supuesto los derechos sociales y colectivos no son auténticos derechos fundamentales, habida cuenta que no poseen garantías o mecanismos de tutela similares a los derechos liberales. 5) *Percepción errada de la democracia*: Se afirma que si el poder judicial protege derechos sociales y colectivos no desarrollados por el legislador, se estaría violentando el principio democrático. Cfr. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta, Madrid, 2007, p. 11 a 18 y GARGARELLA, Roberto. “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?” en *El Derecho a la igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario*, M. Alegre y R. Gargarella (coords.), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 121-144.

En el ámbito de la responsabilidad del Estado por afectaciones ambientales existe una tipología de daños antijurídicos, a saber: daños a un interés colectivo como el ambiente, y daños particulares y concretos que nacen como consecuencia de la lesión ambiental.

11. En cuanto a los daños colectivos sobre el ambiente. Según la Corte Suprema de Justicia¹⁸ en este caso se trata del perjuicio que recae sobre el ambiente, esto es, un valor, interés o derecho público colectivo, supraindividual, cuyo titular es la humanidad o la colectividad en general, no un particular ni sujeto determinado, esto es, el quebranto afecta, no a una sino a todas las personas, y “*exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las 'cosas comunes' que en ocasiones hemos designado como 'bienes ambientales' tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Se trata entonces de aquello que se ha convenido llamar 'perjuicios ecológicos puros'*” (Geneviève Viney y Patrice Jourdain., *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 55; a la locución, “daño ambiental puro” refiere la Ley 491 de 1999, art. 2º, inciso 2º, respecto del “seguro ecológico”)¹⁹.

11.1. Así las cosas, los daños irrogados a un interés colectivo afectan a la comunidad, pues el menoscabo se materializa sobre derechos de corte inmaterial cuya titularidad pertenece a toda la colectividad.

12. En cuanto a los daños individuales, consecuencia de la lesión ambiental. Si bien la afectación ambiental genera un perjuicio de naturaleza colectiva o “daño ecológico puro”, también puede generar perjuicios de naturaleza particular, **daños individuales que son la consecuencia o el reflejo de la lesión ambiental**, conocidos por la doctrina como “*daño ambiental impuro*”; se trata de un perjuicio consecuencial, conexo, reflejo, indirecto o consecutivo, cuyo derecho no es de corte subjetivo-colectivo, sino subjetivo-individual. De modo que la afectación ambiental, no solo genera perjuicios de carácter colectivo cuyos damnificados en muchas de las veces están por establecerse o determinarse, sino también perjuicios individuales y concretos sobre un particular²⁰.

12.1. Esta diferenciación entre los daños que se infligen al ambiente –daño ambiental puro- y los que se ocasionan a los particulares –daño ambiental impuro- ha sido recientemente distinguida por la Corte Suprema de Justicia²¹ en los siguientes términos:

Daño ambiental sólo es el inferido a los bienes ambientales y, por tanto, al ambiente, o sea, a un derecho, colectivo, valor o interés público, cuyo titular exclusivo es la colectividad, y cuya reparación versa sobre éste, sin mirar al

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 16 de 2011, rad. 52835-3103-001-2000-00005-01, M.P. William Namén Vargas.

¹⁹*Ibid.*

²⁰ Para ilustrar esta situación se podría suponer el caso de un derrame de petróleo en mar abierto, en cuyo caso se suscitaría una afectación ambiental de carácter ambiental; no obstante, los perjuicios causados a los particulares, por la contaminación del agua, diferentes de la afectación ambiental en sí misma, y que se concretan con la muerte de animales de fincas que bebieron el líquido o la muerte de peces de criaderos, son lesiones que resultan como consecuencia de los efectos de un daño ambiental puro. Así, se tiene que subsisten perjuicios concretos y particulares, diferentes al perjuicio de interés colectivo o difuso como el ambiente, que merecen ser indemnizados en la medida que cumplan las condiciones del débito resarcitorio.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 16 de 2011, rad. 52835-3103-001-2000-00005-01, M.P. William Namén Vargas.

interés individual sino al de toda la comunidad, así en forma indirecta afecte a cada uno de sus integrantes.

Contrario sensu, cuando el daño ambiental, ocasiona también un daño a intereses singulares, particulares y concretos de un sujeto determinado o determinable, el menoscabo atañe y afecta estos derechos, a su titular y su reparación versa sobre los mismos, o sea, mira al interés particular y no colectivo. En este supuesto, no se trata de daño ambiental, sino del detrimento de otros derechos, es decir, la conducta a más de quebrantar bienes ambientales, lesiona la esfera jurídica individual de una persona o grupo de personas, ya determinadas, ora determinables.

12.2. Así las cosas, el *daño ambiental puro* es cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, aire, flora), causados por cualquier actividad u omisión, que supera los niveles permitidos y la capacidad de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano²²; mientras que el *daño ambiental impuro* se define como la consecuencia de la afectación ambiental que repercute en el entorno de los seres humanos, y supera los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de estos²³.

12.3. Los daños ambientales puros que se producen sobre los intereses colectivos son perjuicios especiales, que se concretan en el menoscabo de un bien jurídico inmaterial, unitario y autónomo²⁴ como es el ambiente; así, las condiciones de la declaratoria de responsabilidad no son las mismas que se contemplan clásicamente para el instituto de la responsabilidad civil, sino que por ser un perjuicio colectivo: i) las connotaciones del daño ambiental puro conducen a una transformación del concepto clásico de derecho subjetivo, puesto que no es menester probar la afectación de un interés particular y concreto, ser la “persona interesada”²⁵, sino que, por tratarse de un derecho colectivo, “cualquier persona”²⁶ puede ser titular de este derecho subjetivo supraindividual²⁷; ii) el presupuesto de

²² Cfr. BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio. “Aproximación a los conceptos de daño ecológico y de daño ambiental. Dos daños en un mismo esquema de responsabilidad” en *Daño ambiental*, Universidad Externado de Colombia, T. II, 2009, p. 71.

²³ *Ibid.*

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 16 de 2011, rad. 52835-3103-001-2000-00005-01, M.P, William Namén Vargas

²⁵ Ley 1437 de 2011, art. 140: “Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, **la persona interesada** podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado” [se destaca].

²⁶ Ley 1437 de 2011, art. 145: “Reparación de los perjuicios causados a un grupo. **Cualquier persona** perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia [...]” [se destaca].

²⁷ “El derecho colectivo se contrapone al concepto tradicional de derecho subjetivo, porque no es posible exigir en sede judicial, a quien se demanda, la demostración de legitimación en la causa para accionar. El interés que se exige para poner en movimiento al aparato judicial no se identifica con la lesión a un patrimonio individual, sino que se viabiliza bajo la premisa de que cada sujeto, en cuanto integrante de la colectividad, puede pretender la defensa de valores comunes, de forma tal que más que un demandante se transforma en un representante legítimo del grupo social que actúa mediante cauces procesales que se caracterizan por ser públicos”. GIL BOTERO, Enrique y RINCON, Jorge Iván, *ob.cit.*, p. 35.

carácter cierto del daño puede no estar presente y el juez contencioso podrá en sede de acción popular evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración de aquellos o la restitución del *statu quo anti*²⁸. Así las cosas, en materia de daños ambientales puros, el riesgo desplaza la noción de certidumbre de los “daños consecutivos”, pues es irrelevante la exigencia de la lesión efectiva y necesita simplemente la presencia de una señal objetivamente razonada de amenaza, peligro o riesgo del derecho colectivo al ambiente.

12.4. Repárese, por ende, en la importancia de la separación entre el daño ambiental puro y el que se concreta en uno o varios individuos como consecuencia de la lesión ambiental; contraste que alcanza una relevancia específica, ya que incide directamente en los cauces procesales para acceder a la reparación²⁹.

12.5. Por tal razón, cuando se trata de un daño ambiental puro sin pretensiones indemnizatorias, que pone en cuestión los derechos colectivos, la acción popular es la vía procesal idónea para su protección, mientras que en lo relativo a los daños ambientales impuros, daños que se suscitan como consecuencia de las repercusiones de las lesiones ambientales, la acción de grupo y la ordinaria de reparación directa (medio de control de conformidad con el art. 140 de la Ley 1437 de 2011) son los mecanismos procesales idóneos para que un individuo o un sujeto colectivo los ejercite en aras de instaurar sus pretensiones de indemnización³⁰.

12.6. De lo anterior se tiene que este subsistema de responsabilidad civil extracontractual tiene una fuente común de daños que se origina en una afectación ambiental, la cual se puede materializar tanto en un daño ambiental puro, esto es, daño al patrimonio ambiental de la humanidad, cuyo titular es una persona colectiva, como en un daño ambiental impuro, el cual se concreta en un daño patrimonial o extra patrimonial de una persona o de varias³¹.

²⁸ Art. 1º de la Ley 472 de 1998.

²⁹ Cfr. MEJIA, Henry. *La responsabilidad por daños al medio ambiente*. <http://www.henryamejia.site11.com/docs/obras%20autor/responsabilidad.pdf> (consultado el 15 de enero de 2014).

³⁰ “Lo importante es dejar en claro que el daño ambiental en su forma pura se presenta sólo cuando se vulnera un **derecho colectivo**. En nuestro ordenamiento jurídico, gracias a la existencia de las acciones populares, se garantiza su defensa. Sin embargo, no se excluye que al presentarse un daño ambiental puro, también si violen al tiempo derechos individuales, lo cual permite de igual manera la utilización de acciones que pretendan sólo la reparación del daño individual. Por ejemplo, en el daño sobre una laguna en donde mediante la acción popular se busca la reparación del ecosistema y por medio de las acciones individuales se pretende resarcir a los pescadores que perdieron la posibilidad de sus ganancias”. HENAO, Juan Carlos. “Responsabilidad civil por daño ambiental”, en *Revista Zero*, Universidad Externado de Colombia, n.º. 6, 2001, pp. 25 y 26.

Al respecto, ha precisado la Corte Suprema de Justicia: “Las acciones populares tienden a la “protección de los derechos e intereses colectivos”, su finalidad es la evitación del daño contingente, la cesación de un peligro, amenaza, vulneración o el agravio de aquellos o, la restitución de las cosas al *statu quo anti* (artículo 2º, Ley 472 de 1998), su función preventiva e indemnizatoria atañe al derecho o interés colectivo comprometido, más no a derechos e intereses particulares. [...] Per differentiam, la acción ordinaria de responsabilidad civil tiene por finalidad la reparación del daño directo y personal causado a uno o varios sujetos determinados o determinables, se dirige contra el agente o los varios autores *in solidum* (artículo 2344, Código Civil), y salvo disposición legal in contrario, exige demostrar a plenitud todos sus elementos constitutivos, conforme a su especie, clase y disciplina normativa”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de mayo de 2011, rad. 52835-3103-001-2000-00005-01, M.P. William Namén Vargas.

³¹ Según Briceño Chaves “[p]uede considerarse que cabe distinguir entre los **efectos nocivos producidos en la esfera personal, patrimonial e incluso moral**, esto es, perjuicios causados por daños ambientales, y

13. El daño ambiental antijurídico, el régimen de responsabilidad y la imputación al Estado por la aspersión aérea con glifosato

En primer lugar, se entrará a verificar la existencia de un daño antijurídico impuro derivado de una afectación al ambiente, consistente en la pérdida del cultivo de lulo por la aspersión aérea del herbicida glifosato, la cual se produjo al parecer el 15 de enero de 1999 en cercanías de la jurisdicción de Algeciras (Huila), en segundo lugar, el régimen de responsabilidad y, en tercer lugar, el juicio de imputación de este daño impuro imprecado por el demandante a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

14. La existencia de una afectación ambiental originada por la fumigación aérea con glifosato para cultivos ilícitos y la concreción de un daño impuro

14.1. De conformidad con los presupuestos analizados, si bien se pueden presentar ciertos impactos ambientales que pueden ser jurídicos, en la medida que se fundamentan en intereses públicos legítimos, necesidades plenamente justificadas, políticas públicas acordes con el ordenamiento jurídico y tratados internacionales, en especial de derechos humanos, como por ejemplo el aprovechamiento racional de los recursos naturales que permita garantizar su desarrollo sostenible, la construcción de vías, rellenos sanitarios o el manejo de residuos, entre otros, en el caso de los perjuicios particulares o “impuros” derivados de la lesión ambiental, es indispensable que se acredite la existencia de un daño antijurídico. Por lo anterior, es forzoso verificar en el *sub lite* que la afectación ambiental de erradicación de cultivos ilícitos produjo unas consecuencias que no deben ser soportadas por el particular; así las cosas, es menester constatar la existencia de los efectos antijurídicos³², del menoscabo, vulneración o desconocimiento, de un derecho o una situación jurídicamente protegida.

14.2. Teniendo en consideración que es el daño antijurídico en sí mismo el presupuesto de la responsabilidad extracontractual³³, la Sala procederá a establecer si la afectación ambiental, esto es, la erradicación aérea de cultivos de uso ilícito con glifosato, produjo unos daños antijurídicos, representados en un perjuicio particular, cierto y concreto sobre derechos e intereses jurídicamente protegidos del demandante.

14.3. El señor Luis Elí Medina y la señora Olga Barrera Reyes adquirieron por adjudicación del INCORA -mediante Resolución n.º 000408 del 28 de junio de 1995 - la propiedad del inmueble denominado *PARCELA n.º 10 “el cual forma parte del globo de mayor extensión conocido con el nombre de TOSCANA,*

aquellos efectos que causan la degradación, deterioro o destrucción del medio natural, perjuicios causados por los daños ecológicos” (énfasis original). BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, *ob.cit.*, pp. 32.

³² “[El] perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y sólo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo”. GARCIA de ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas Ramón. *Curso de derecho administrativo*, t. II, pp. 383 y 384.

³³ Para A. de Cupis el daño antijurídico es el acto que viola la norma que tutela el interés de otro, que lesiona el interés ajeno. Cfr. DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, ed. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1970, p. 92. Gil Botero sostiene que el daño antijurídico es “la lesión de un derecho o de un interés legítimo que conlleva una aminoración en el patrimonio de la persona afectada”, GIL BOTERO, Enrique y RINCON, Jorge Iván. *Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 11; GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá, Temis, 2011, p. 21.

ubicado en jurisdicción del municipio de San Vicente-Inspección Balsillas, departamento de Caquetá, cuya extensión aproximada es de VEINTITRES (23) hectáreas, con CERO (0) metros cuadrados” (fl, 16 a 20, c.2).

14.4. La Vigésima Segunda Compañía de Antinarcóticos de la Policía Nacional, informó mediante oficio (*fl, 103, c.2 –acta de destrucción de cultivos de amapola*) que el día 15 de enero de 1999 se realizaron actividades de “*destrucción de plantaciones de amapola, previa identificación de 15 hectáreas [...] en jurisdicción del Municipio de Algeciras, Departamento del Huila*”. En el mismo escrito se especifica que no se estableció el propietario del inmueble en el que estaba ubicado el cultivo ilícito y que se asperjó el herbicida *glifosato* (10 galones) y vinagre (4 galones). Resaltó el informe que en la actividad de fumigación estuvo presente el Procurador Delegado y una comisión de periodistas extranjeros.

14.5. El día 19 de marzo de 1999, el señor Luis Elí Medina elevó bajo la gravedad de juramento una queja ante la Personería Municipal de Algeciras por los hechos acaecidos el 15 de enero de 1999, en el que aeronaves de la Policía Nacional procedieron a fumigar cultivos de uso ilícito de predios vecinos, con lo que se afectó el cultivo de lulo sembrado en su finca ubicada en la Vereda “Toscana” (*fl, 12, c.2 –queja formulada ante la Personería municipal de Algeciras-Huila*).

14.6. Una vez recibida la queja formulada por el señor Medina, la Personera de Algeciras, señora Martha Lucia Trujillo Medina y el Director de la UMATA, señor Héctor Fernando Trejos, el 8 de abril de 1999, se trasladaron al predio con el fin de practicar una inspección ocular al cultivo de lulo afectado por las fumigaciones de glifosato, (*fl, 14, c.2 –Diligencia de inspección judicial al cultivo de lulo ubicado en Balsillas*), al término del cual se concluyó lo siguiente:

1. *No se encontró cultivos ilícitos ni vestigios de ellos.*
2. *Se encuentran (7000) matas de lulo, quemadas, presentando amarillez (sic), caída (sic) de fruto junto con amarchitamiento (sic), total, en extensión de (2) dos hectáreas.*
3. *Según el diagnóstico por su talla, tamaño y estado de floración encontrado en las matas, se determina lo nuevo del cultivo. De aproximadamente 11 meses de duración.*
4. *Se encuentra alrededor de la mata frutos caídos (sic) de (10) diez a (12) doce, más frutos secos y dañados.*
5. *Se observa el estado de amarillamiento, se ha llegado al estado completamente necrótico de la planta.*
6. *Se determina una expectativa de producción del 100% por los frutos caídos y los frutos secos de la planta.*
7. *Se puede determinar que el cultivo motivo (sic) de la diligencia puede tener un período (sic) de producción de dos a tres años, en esta zona.*
8. ***Se puede verificar que a una distancia de 1 kilómetro (sic) si hay presencia de cultivo ilícito, al igual que en la parte alta de un cultivo, hay señales de fumigación de cultivos ilícitos (se destaca).***

14.7. En el mismo sentido, el señor Luis Elí Medina puso en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación (*fl, 24, c. 2 –oficio n°. 002055 Procuraduría departamental del Caquetá*), la Defensoría del Pueblo (*fl, 23, 25, c.2 –oficio de junio 1º de 1999, queja contra personal de la Policía Nacional*) y la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional (*fl, 27, c.2 –oficio de agosto 18 de 1999, queja contra personal antinarcóticos de la Policía Nacional*), sobre los daños que le produjeron a su cultivo con ocasión de la aspersión aérea del herbicida glifosato.

14.8. En el curso del presente juicio contencioso, declararon los vecinos de la finca "La Toscana" señores Alirio Ortiz Gutiérrez y Luis Carlos Bolívar Cruz, (fl, 98, 160 a 161, c.2), quienes coinciden en afirmar que el señor Luis Eli Medina había sembrado cultivos de lulo en 1998 y que a mediados del mes de enero de 1999 fueron fumigados con glifosato por aeronaves de antinarcóticos de la Policía Nacional.

14.9. El Asistente Técnico de Desarrollo Alternativo PLANTE de Algeciras Huila certificó, el día 20 de enero de 1999, cinco días después de la erradicación de cultivos de uso ilícito, en visita realizada a la zona rural de Algeciras, jurisdicción de Balsillas, parcelación Toscana, de propiedad del señor Luis Elí Medina, lo siguiente:

1. *Cultivo de lulo de aproximadamente 12 meses de edad, aproximadamente dos (2) hectáreas, el cual se encuentra por lotes, los cuales se encontraban en plena producción.*
2. *Absolutamente todas las plantas (cerca de 7.000) presentan los siguientes síntomas: amarillamiento de hojas y brotes nuevos, caída de frutos, maduración prematura de frutos, caída de flores y plantas totalmente muertas.*
3. ***Estos síntomas son característicos como consecuencia de intoxicaciones por la aplicación de algún tipo de herbicida.***
4. *El señor Luis Elí Medina dueño del cultivo venía siendo asesorado técnicamente por funcionarios de la UMATA y el PLANTE y los únicos agroquímicos que se le recomendaban eran fungicidas e insecticidas de baja categoría toxicológica con el fin de cuidar el medio ambiente. [Se destaca]*

14.10. En el marco de la asistencia técnica ofrecida al señor Luis Elí Medina, el Asistente Técnico de Desarrollo Alternativo PLANTE de Algeciras Huila, señor José Yovanny Vargas Peña, certificó el 15 de mayo de 1999 que los únicos químicos que se recomendaron al señor Luis Elí Medina durante el proceso de asistencia fueron los siguientes (fl, 46, c.2):

DITHANE M-45, utilizado para prevención de sclerotinia sclerotiorum, hongo causante de la enfermedad conocida como pudrición algodonosa o moquillo, en dosis de 60 gramos por bomba de 20 litros.

ELOSAL, utilizado para prevención de cladosporim, hongo causante de la enfermedad conocida como la "mona", en dosis de 40 centímetros cúbicos por bomba de 20 litros [...]³⁴.

Finalmente, el señor Vargas Peña sostuvo que "no hubo presencia de plagas y por ende no se recomendaron insecticidas".

14.11. De acuerdo con lo anterior, la Sala constata la existencia de un daño ambiental impuro, que padeció el señor Luis Elí Medina con la pérdida del cultivo de lulo sembrado en las dos hectáreas de su propiedad.

³⁴ De acuerdo con la literatura agronómica y fichas técnicas, el producto Dithane M-45 es un fungicida con acción preventiva y protectora, de contacto, de amplio espectro de acción preventiva para el control de enfermedades en frutales, hortalizas, cultivos industriales y plantas ornamentales. El Elosal GD es un fungicida utilizado en cultivos y plantaciones, especialmente prescrito contra todo tipo de oídios con una elevada acción frenante de ácaros. <http://www.sag.cl/sites/default/files/Dithane%20M45%2029-12-2010.pdf> http://www.bayercropscience.es/BCSWeb/www/BCS_ES_Internet.nsf/id/ES_ElosalR_GD?open&ccm=200010 (consultado el 5 de febrero de 2014).

15. La fumigación aérea con glifosato para cultivos ilícitos y su régimen de responsabilidad

15.1. Antes de realizar el estudio del juicio de imputación de la responsabilidad por el perjuicio personal, concreto y cierto, es preciso identificar quién ejerce la guarda material sobre la actividad o la cosa peligrosa, resulta pertinente recordar la importante providencia de esta Corporación del 20 de febrero de 1989, en la que se precisó:

Responsabilidad por el riesgo excepcional. Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio [...]³⁵

15.2. Por su parte la Corte Suprema de Justicia en decisión del 24 de agosto de 2009³⁶, después de trazar una interesante línea de evolución del art. 2356³⁷ del Código Civil, concluyó que de esta disposición dimana un régimen objetivo de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, y abandona las interpretaciones anteriores sentadas en las decisiones del 18 de noviembre de 1940³⁸, 22 de febrero de 1995³⁹ y 23 de octubre de 2001⁴⁰, que entendían que el

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 20 de 1989, rad. 4655, M.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de agosto 24 de 2009, rad.11001-3103-038-2001-01054-01 M.P. William Namén Vargas.

³⁷ Código Civil, art. 2356. “Responsabilidad por malicia o negligencia. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.

El art. 2356 del Código Civil si bien no establece una lista cerrada de lo que debe entenderse por actividad peligrosa, exige de quienes ejerzan una actividad peligrosa que asuman su responsabilidad en caso de producir daños.

³⁸ “[T]ampoco ha aceptado, ni podría aceptar la teoría del riesgo porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella desde que la interpretación del art. 2536 del Código Civil se opondría a ello. Cuando la Corte ha hablado del riesgo en los fallos ya mencionados no lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, lo cual es claro y obvio si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad, que por lo ya dicho es opuesta, contraria a la del riesgo creado” (reiterada en sentencias de 30 de mayo de 1941, 18 de agosto de 1941 (LI, 188), 19 de junio de 1942), citado por la sentencia de agosto 24 de 2009 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. William Namén Vargas.

³⁹ “(...) [E]l artículo 2356 del Código Civil implica la existencia de una obligación legal de resultado que consiste en vigilar dicha actividad (...) la ley presume la culpa de quien beneficiándose de la correspondiente actividad de la que dicha cosa es instrumento, tiene sobre ella un poder efectivo de vigilancia, gobierno y control (...)”, *ibid.*

art. 2356 del Código Civil consagraba una presunción de culpa. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia puntualizó:

En este contexto, para algunos comentaristas, entendidas las expresiones “malicia o negligencia” como sinónimas de dolo o culpa, el artículo 2356 del Código Civil, dispone “por regla general” la reparación del daño “que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona”, y por excepción, la del daño que no “pueda imputarse a malicia o negligencia”, bastando su imputación a la conducta de quien ejerce la actividad peligrosa y el nexo de causalidad. Tal sería, en dicha orientación, el sentido genuino, racional y lógico del artículo 2356 del Código Civil en armonía con el artículo 2341 ibídem, donde el legislador patrio quiso consagrar un régimen jurídico singular de responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de una actividad peligrosa.

En rigor, en estas hipótesis, no se trata de una responsabilidad subjetiva, por culpa presunta o probada, ni opera una presunción iuris tantum o iuris et de iuris, de culpabilidad, responsabilidad o peligrosidad, pues la norma en su estructura legis no establece expressis verbis (art. 66 C.C.) presunción alguna, exigiendo tan solo la probanza plena de una actividad peligrosa, el daño y el nexo causal, desde luego que, en afán de exactitud, una actividad peligrosa puede desarrollarse con la adopción de toda la diligencia o sin ésta, de donde, no es coherente, deducir en todo caso, per se y de suyo, una culpa por el simple ejercicio de una actividad de esta clase y, análogamente, tal postura encuentra un escollo insalvable en la exigencia del elemento extraño para la exoneración y envuelve una contradicción entre autoría y la calificación subjetiva de la conducta, porque presumida la culpa, la responsabilidad o peligrosidad, en términos lógicos, la prueba contraria eximiría de responsabilidad, pero la jurisprudencia con acierto, no la admite.

Consecuentemente, la culpa, no estructura esta responsabilidad, tampoco su ausencia demostrada la excluye ni exime del deber de reparar el daño, esto es, no es que el legislador la presuma, sino que carece de relevancia para estructurarla o excluirla, en cuanto, el deber resarcitorio surge aún sin culpa y por el solo daño causado en ejercicio de una actividad peligrosa en consideración a ésta, a los riesgos y peligros que comporta, a la lesión inferida y a pesar de la diligencia empleada. [Se destaca].

15.3. De esta manera, la Corte Suprema de Justicia consideró que frente al art. 2356 del Código Civil se ha consagrado una responsabilidad objetiva por actividades peligrosas, en la que no se examina el deber de cuidado como causal de exoneración de responsabilidad, sino únicamente la prueba de una causa extraña⁴¹.

⁴⁰ “[S]i peligrosa es la actividad que, debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva insito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario– despliega una persona respecto de otra (Cfme: cas. civ. de 4 de junio de 1992), la presunción de culpa que, por su ejecución, ha entendido la jurisprudencia de la Corte que consagra el artículo 2356 del Código Civil, únicamente puede predicarse „en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de su autor” (CLII, pág. 108, reiterada en sentencia de marzo 14 de 2000, rad. 5177), es decir, de quien tenía el gobierno o control de la actividad, hipótesis ésta que „no sería aceptable en frente de un tercero, como lo sería el peatón o el pasajero de uno de los automotores” (LIX, pág. 1101)”, rad. 6315, ibid.

⁴¹ Se registra que la Corte Suprema de Justicia varió su posición en la decisión de agosto 26 de 2010 al afirmar que el art. 2356 del C.C no contempla una responsabilidad objetiva, sino una presunción de culpa que obra en cabeza del ejecutor de la actividad riesgosa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

15.4. La Sección Tercera en decisiones anteriores y con fundamento en el art. 2356 del Código Civil ya había construido la responsabilidad por actividades peligrosas en la teoría del riesgo excepcional; al respecto precisó lo siguiente:

En efecto, la Sala siguiendo el pensamiento formulado por la doctrina de los hermanos Mazeaud, ha sostenido que en tratándose de los daños derivados del ejercicio de una actividad peligrosa, el criterio imperante es el de guarda material, y que, de manera subsidiaria habrá lugar a acudir a los conceptos de guarda jurídica o guarda provecho, esta última asociada al concepto de riesgo beneficio. El daño antijurídico quedó establecido en el proceso, ya que las lesiones físicas del señor Marco Tulio Cifuentes constituyen una alteración negativa de diversos intereses patrimoniales y no patrimoniales de los demandantes, que éstos no se encuentran en el deber de soportar. De otro lado, a efectos de establecer el responsable de los daños derivados de una actividad riesgosa, es preciso identificar quién ejerce la guarda material sobre la actividad o la cosa peligrosa, respectivamente. En esa línea de pensamiento, para la Corte Suprema de Justicia el artículo 2356 del Código Civil no contempla una presunción de responsabilidad, a diferencia del entendimiento tradicional que de tiempo atrás esa alta Corporación le había dado a la norma, sino que, por el contrario, descansa sobre la noción de riesgo y, por lo tanto, es a partir de ese régimen de responsabilidad –riesgo– que se debe definir la imputación en los supuestos en los que el daño tiene su origen en el desarrollo de una actividad peligrosa⁴²

15.5. En efecto, a la luz del artículo 2356 del Código Civil, la jurisprudencia ha comprendido por actividad peligrosa aquella que “rompe el equilibrio existente, colocando a las personas ante el peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes. La inminencia de un peligro que desborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos, son las características determinantes para definir las actividades peligrosas”⁴³.

15.6. En consecuencia, tratándose de actividades peligrosas, al establecer el juicio de imputación, en principio, no es necesario un análisis subjetivo, como elemento para estructurar el juicio de responsabilidad del Estado, sino, a partir de un régimen de responsabilidad objetivo, determinar si la actividad peligrosa, en este caso la erradicación de cultivos de uso ilícito, implicó la generación objetiva de una amenaza de lesión para los bienes, derechos y/o intereses de una persona, y que tuvo la capacidad de concretar un riesgo-creado. A este respecto, la Corporación ha sostenido:

sentencia de agosto 26 de 2010, rad. 4700131030032005-00611-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda). No obstante, se observa que no se advierte un cambio radical frente a la anterior postura, pues la decisión de 2010 consagró una presunción de culpa que no admite prueba de diligencia y cuidado por parte del ejecutor de la actividad peligrosa para que opere la causal de exoneración de responsabilidad; **por tanto, solo procede la causa extraña, figura propia de la responsabilidad objetiva, ya que la culpa no obra como factor de imputación, ni de exoneración.** La Corte Suprema de Justicia sostuvo: “La exoneración de responsabilidad en tratándose de la “culpa presunta” tiene un escenario restringido que queda circunscrito a la ruptura de la relación de causalidad por ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor o “culpa exclusiva de la víctima”; mientras la que se origina en la “culpa probada” tiene un campo de acción mayor, ya que la demandada tiene a su alcance para liberarse la posibilidad adicional de aducir y comprobar que obró sin negligencia, descuido o incuria”.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, rad. 18967, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 2001, rad. 12487, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

[p]ara efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado⁴⁴.

15.7. Sin perjuicio del riesgo excepcional como título de imputación para actividades que comportan riesgo o peligro, la Sala también considera que la responsabilidad por daños ocasionados al ambiente puede fundamentarse en un número importante de casos en la clásica responsabilidad subjetiva bajo el título de falla del servicio, cuando se demuestra de manera ostensible negligencia, imprudencia y/o impericia del ejercicio de competencias administrativas de quien está encargado de llevar a cabo una actividad, como lo es la erradicación de cultivos de uso ilícito con glifosato.

15.8. El precedente de esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

[E]n todo caso, la falla probada del servicio constituye el régimen de responsabilidad general, y en los casos en que el asunto no pueda gobernarse bajo dicho título de imputación, se potenciará uno de responsabilidad distinta, y como quiera que en este caso, estamos en presencia de una actividad peligrosa en tratándose de la manipulación de armas de fuego, podría privilegiarse también la tesis del riesgo excepcional en caso de ser procedente. En este marco de referencia, sin duda, será el juzgador en presencia de todos los elementos existentes el que determinará si finalmente se dan o no los presupuestos para resolver el asunto sometido a su conocimiento con fundamento en la teoría de la falla probada del servicio, tal y como sucedió en el caso concreto, pues, las distintas pruebas incorporadas y practicadas conducen a inferir la falla imputada a la administración⁴⁵.

15.9. Bajo la misma línea de precedente jurisprudencial, la Sala ha considerado que se prefiere el régimen de falla del servicio por razones de función pedagógica del juez administrativo; en los siguientes términos:

[C]uando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio, en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación. En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche⁴⁶.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010, rad. 19160, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, rad. 16741), C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 2009, rad. 17927) C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

15.10. Así las cosas, en el *sub lite* la lesión ambiental no proviene de una infracción funcional; por ende, no es menester estudiar el régimen subjetivo de responsabilidad. La Sala encuentra que la obligación del deber de indemnizar en cabeza del Estado nace porque la actividad de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato es considerada riesgosa o peligrosa.

15.11. Debe, por consiguiente, ilustrarse, desde un punto de vista técnico-científico, si la aspersión aérea representa, o no, peligro real o contingente o agravia el ambiente.

15.12. El Consejo de Estado en providencia del 19 de octubre de 2004⁴⁷ decidió negar una acción popular en la que se solicitaba suspender transitoriamente las fumigaciones aéreas, por considerar que la fumigación de cultivos ilícitos con el herbicida Round - Up Ultra no vulneraba ni amenazaba los derechos colectivos al medio ambiente sano, al equilibrio ecológico, al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales y a la conservación de las especies animales y vegetales. Adicionalmente, ordenó lo siguiente:

En su lugar se dispone ordenar al Ministerio de Medio Ambiente, vivienda y Desarrollo territorial que continúe su labor de verificación para que se dé estricto cumplimiento al Plan de Manejo Ambiental impuesto mediante resolución No. 1065 de 2001, así como a las obligaciones señaladas en los artículos 2, 6, 7 y 8 de la resolución No. 341 de 2001, ambas del mismo Ministerio.

El Ministerio de Protección Social debe realizar estudios que comprendan grupos expuestos a Glifosato, más poea, más cosmoflux, y un grupo control (no expuesto) en el tiempo, incluyendo registros de morbilidad y mortalidad, a fin de determinar el impacto de los químicos mencionados en la salud y vida de los colombianos en las zonas asperjadas, especialmente en la zona de influencia de la Sierra Nevada de Santa Marta y en las demás zonas objeto de aspersión, a elección del Ministerio de Seguridad Social, debiendo incluir zonas asperjadas en diferentes épocas.

La Dirección Nacional de Estupeficientes debe verificar los efectos de la fumigación aérea con Glifosato, mas poea, más cosmoflux, para la erradicación de cultivos ilícitos, en los elementos del medio ambiente, en las zonas que seleccione de las que han sido fumigadas, a manera de muestra, de modo que en ella se provean áreas fumigadas en épocas distintas; labor en la cual se mantendrá la auditoría que se requiere para el seguimiento de los efectos de la fumigación.

15.13. En relación con el derecho al medio ambiente sano la Sala Plena en la referida acción popular, después de citar las declaraciones que obran en el proceso⁴⁸, manifestó lo siguiente:

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, rad. 25000-23-25-000-2001-0022-02(AP) II, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁴⁸ Al respecto se citan las declaraciones de Ernesto Pérez, auditor ambiental del programa de cultivos; Luis Eduardo Parra, consultor ambiental y Hernando Bernal Contreras, ingeniero químico y biólogo, quienes afirman que el glifosato no pone en peligro la calidad ambiental de los ecosistemas. Sin embargo, también se cita la declaración de Tomás León Sicard, magíster en ciencias ambientales de la Universidad Nacional quien señala que el glifosato puede acabar con las coberturas vegetales y que, en cualquier caso, no hay estudios que permitan determinar los verdaderos efectos del glifosato en las condiciones particulares en que es utilizado para las fumigaciones. Adicionalmente, se encuentra la declaración de Rodrigo Velaidez Muñetón, ingeniero

De las pruebas reseñadas no se infiere, con certeza, que el Glifosato empleado para la erradicación de los cultivos ilícitos produzca daños irreversibles en el medio ambiente; por el contrario, hay elementos de juicio que permiten concluir que la regeneración de las zonas asperjadas se produce en lapso no muy largo y que, en cambio, numerosas hectáreas de bosques son destruidas por causa de la tala de éstos por los cultivadores ilícitos.

Claro está que la aspersión debe producirse de conformidad con las pautas que señalen las autoridades ambientales, sin que deba permitirse su más leve trasgresión; razón por la cual es necesario que se lleve a cabo un control permanente con evaluaciones continuas de los efectos que puedan ir apreciándose. Sin embargo, esto no puede conducir a la suspensión de las fumigaciones, pues tal medida podría llevar al debilitamiento del Estado al tiempo que fortalecería los distintos grupos que se financian con el producto del tráfico de drogas, que es, sin duda alguna, flagelo para la sociedad colombiana y para toda la humanidad. **No se desconoce, porque así lo evidencian las probanzas, que de todos modos hay afecciones que se causan, pero que no alcanzan la gravedad que señala la parte actora, lo que conduce a un control permanente y rígido de las fumigaciones que se llevan a cabo.**

15.14. De esta manera, para el Consejo de Estado obraron pruebas dentro del expediente que permitieron inferir que la fumigación con glifosato, particularmente con Round-Up Ultra, no afectaba los derechos colectivos, pero **al mismo tiempo acepta “que de todos modos hay afecciones que se causan, pero que no alcanzan la gravedad que señala la parte actora” (eiusdem).**

15.15. La decisión de la referida acción popular se apoyó en varios documentos arrimados al proceso, en relación con los cuales podría concluirse que las erradicaciones aéreas con glifosato no causan un daño notable al ambiente ni a la salud humana. Entre los más destacados, se pueden mencionar los siguientes: i) “El informe de Especificaciones y Evaluaciones de la Fao para productos de protección vegetal”, en el que se concluye que los componentes del glifosato, respecto de ciertos animales de laboratorio, posee toxicidad baja en estos, y que no hay prueba de efectos cancerígenos en los humanos; ii) el trabajo “Criterios de Salud Ambiental para Glifosato”; iii) el estudio “Evaluación de la seguridad y el riesgo para humanos del herbicida Round - up y su ingrediente activo glifosato”; iv) la investigación elaborada por la Clínica Toxicológica Uribe Cualla, trabajo titulado “Estudio retrospectivo acerca de los posibles efectos sobre la salud humana por exposición a glifosato en la aspersión aérea del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos y/o por exposición de plaguicidas empleados en el desarrollo del cultivo de la coca en el Departamento del Putumayo en los Municipios de Orito, la Hormiga y San Miguel”.

15.16. Según los numerosos salvamentos de voto en contra de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala⁴⁹, se precisó: i) las pruebas que obraban en el

agronomo quien manifiesta que, en las áreas donde se ha fumigado con Round Up Ultra, al ganado joven se le ha caído el pelo y se ha presentado la muerte de algunas aves.-

⁴⁹ La Sala registra que siete consejeros salvaron voto en esta acción popular. Por ser relevante para el *sub lite*, es importante conocer las razones por las cuales los magistrados se apartaron de lo decidido en la sentencia de acción popular, así:

La Magistrada Ruth Stella Correa Palacio sostuvo lo siguiente: “El análisis de los informes técnicos allegados al proceso y que relaciona la sentencia, así como de los testimonios recibidos, muestra opiniones totalmente opuestas, en relación con los daños que las fumigaciones aéreas con glifosato, pueden causar al derecho

expediente no eran suficientes para determinar si la fumigación con Round - Up Ultra amenazaba o vulneraba los derechos colectivos; ii) los estudios, en su mayoría, fueron adelantados en países diferentes a Colombia, por lo que no se tuvo en cuenta las condiciones particulares en las que se realizó la fumigación en el país; por esta razón, las conclusiones que en ellos se dedujeron no son aplicables al caso colombiano.

15.17. Pronunciamientos jurisprudenciales y estudios científicos recientes

15.17.1 La Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de diciembre de 2013⁵⁰, declaró la nulidad del parágrafo 2º del art. 1º de la Resolución n.º. 0013 de 27 de junio de 2003⁵¹, proferida por el Consejo Nacional

colectivo al goce de un medio ambiente sano [...]. Por otra parte, conclusiones como que “grupos de campesinos en su labor agrícola utilizan muchos productos químicos diferentes del glifosato en sus distintas formas, algunos de los cuales son extremadamente tóxicos y que pueden ser causa determinante de afecciones.”, no puede constituir un elemento a tener en cuenta para descartar las pretensiones del actor, porque el hecho de que haya otros agentes contaminantes no avala el uso de otros que también lo sean. En conclusión, estimo que no se debió dictar sentencia sin haber despejado las serias dudas que se infieren de las pruebas arrojadas al proceso, a través de pruebas practicadas dentro del mismo y no con posterioridad a la sentencia, que sin certeza para el efecto, negó la protección al derecho colectivo al uso de un ambiente sano”.

Los Magistrados Rafael Ostau De Lafont Pianeta, María Helena Giraldo Gómez, Jesús María Lemus Bustamante y María Nohemí Hernández Pinzón expresaron lo siguiente: “[A]nte la certeza no absoluta sobre las reales consecuencias de la fumigación aérea en dichos bienes colectivos, la necesidad de verificar objetivamente los efectos del producto glifosato, así como la metodología desarrollada, y teniendo en cuenta la extensión o magnitud territorial que puede ser objeto de la misma, conviene acudir al principio de precaución, consagrado en el artículo 1º, numeral 6, de la Ley 99 de 1999, pues según esa norma no es suficiente la falta de certeza científica absoluta cuando se requiera tomar medidas eficaces para evitar la degradación del medio ambiente, lo cual suele ocurrir frente a actividades humanas que operan en gran escala sobre elementos del medio ambiente y cuya carencia de efectos graves e irreversibles requiere verificación permanente [...]. Todo lo anterior nos lleva a manifestar que lamentamos, por la gran preocupación que nos genera la situación objeto de la sentencia, la decisión tomada por la Sala en cuanto permitió que se continúe con el cuestionado programa de fumigación pese a las circunstancias comentadas, al revocar la suspensión temporal y precautelativa del mismo que venía ordenada en la sentencia de primer grado”.

El Magistrado Alier Hernández Enríquez precisó: “[E]n relación con los medios de prueba en los que se funda la Sala para tomar su decisión vale la pena resaltar que los estudios, en su mayoría, fueron adelantados en países diferentes a Colombia por lo que no tienen en cuenta las condiciones particulares en las que se realiza la fumigación en el país; por esta razón, las conclusiones que en ellos se deducen no son aplicables al caso colombiano. Incluso el estudio realizado por la Clínica Uribe Cualla no es una prueba que demuestre de modo contundente cuáles son los efectos del Glifosato, por cuanto no se sabe cuáles fueron las condiciones específicas y el año en que el mismo se realizó; en consecuencia no es posible fundamentar en él una decisión relacionada con la vulneración o amenaza de los derechos colectivos [...]. Por otra parte, hacia el futuro, la tesis de la Sala puede revestir mucha gravedad puesto que, corriendo un riesgo innecesario, se puso en vilo la efectividad de derechos colectivos de tanta trascendencia como los que estaban comprometidos en este proceso, dado que no es posible, como lo afirman diferentes expertos, determinar de manera inmediata, los verdaderos efectos del glifosato. En conclusión, la Sala tomó una decisión que, a futuro, puede traer graves consecuencias para la población en general. Por esta razón era mi obligación apartarme de la decisión mencionada, no sin dejar constancia de mi acatamiento respetuoso”.

La Magistrada Olga Inés Navarrete Barrero manifestó: “Disiento de la decisión mayoritaria de la Sala, proferida en el proceso de la referencia, por cuanto considero que se debió tomar en cuenta de manera primordial el principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente, principio adoptado en el Acuerdo de Río de Janeiro celebrado en 1992, conocido como “Cumbre de la Tierra”.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2013, rad. n.º 11001-03-24-000-2004-00227-01, M.P. Guillermo Vargas Ayala.

⁵¹ “PARÁGRAFO 2o. Sistema de Parques Nacionales Naturales. Teniendo en cuenta que existe evidencia de cultivos ilícitos al interior de estas zonas, lo que atenta contra su conservación y sostenimiento, se autoriza la

de Estupefacientes, en lo relativo a la aplicación del Programa de Erradicación de Cultivos con el herbicida glifosato en el sistema de parques naturales nacionales. En lo concerniente a la evaluación científica del riesgo de la aspersión aérea con glifosato, la Sala precisó:

Una vez se precisa la incertidumbre científica del riesgo es menester confirmar si existen estudios científicos que permitan arrojar una duda razonable, una hipótesis que verifique la existencia del riesgo que representa la aplicación de la tecnología en el medio ambiente o en la salud.

Esta evaluación del riesgo supone que “existen evidencias científicas de que un fenómeno, un producto o un proceso presentan riesgos potenciales a la salud o al medio ambiente, pero esas evaluaciones científicas no son suficientes para establecer con precisión ese riesgo. Y es que si no hay evidencias básicas de un riesgo potencial, no puede arbitrariamente invocarse el principio de precaución para inhibir el desarrollo de ciertas prácticas comerciales o investigativas”.⁵²

En ese orden de ideas no es suficiente con que exista incertidumbre sobre la ocurrencia del daño, a ello debe sumarse que el riesgo sea evaluado científicamente y no sea producto de simples conjeturas, para lo cual habrán de identificarse las posibles consecuencias negativas. No basta con señalar que la aplicación de un producto, proceso, actividad o tecnología pueden causar graves daños ambientales, ello debe acompañarse de una descripción de los eventuales daños, descripción a la que se llega luego de la correspondiente investigación.

En el presente caso se allegaron distintas conclusiones de estudios científicos que mostraron daños que pueden producirse por la aspersión en las áreas de los Parques Naturales Nacionales, se tiene entonces que la subdirección técnica de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales advirtió que dicha actividad “conlleva a la pérdida de la cobertura vegetal natural que entra en contacto con el químico”, lo que a su vez implica la pérdida del hábitat de la fauna que desarrolla su ciclo vital en dichas zonas, considerando que esa actividad antrópica conlleva el deterioro del patrimonio natural de la Nación. (Folios 752 a 753 del cuaderno No. 2).

El Instituto Colombiano Agropecuario señaló que el glifosato aplicado sobre cualquier tipo de material vegetal causa su efecto herbicida (Folios 657 a 659 del cuaderno No. 2) esto es, no sólo afecta el cultivo ilícito, también las plantas y demás especies vegetales con las que haga contacto [...]

Según lo expuesto, se encuentra plenamente establecido que existen evaluaciones científicas del riesgo de daños por la aspersión con glifosato en el Sistema de Parques Nacionales Naturales, acaeciendo el segundo presupuesto exigido para establecer si la decisión del Consejo

aplicación del PECIG en las mismas, previa presentación al Consejo Nacional de Estupefacientes de la caracterización ambiental y social de las áreas a asperjar. Esta caracterización deberá ser preparada por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, UAESPNN, en coordinación con la Policía Nacional-Dirección Antinarcóticos, que la presentará a consideración del Consejo. La aplicación del Glifosato deberá ser al interior del cultivo ilícito, sin afectar bosque circundante. Esta operación deberá estar siempre acompañada por funcionarios del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y de la UAESPNN”.

⁵² [18] Corte Constitucional. Sentencia C- 988 de 2004.

Nacional de Estupefacientes contradice el principio de precaución. [Se destaca]

15.17.1.1. En cuanto a la identificación de un riesgo grave e irreversible por aspersión aérea con glifosato, la Sección Primera resaltó:

*Se trata de cualificar los posibles daños que pueda causar la actividad antrópica, esto es, si el riesgo reviste el carácter de grave o irresistible según lo manifestaron quienes encontraron riesgos para la salud y el medio ambiente, debido a la fumigación aérea con glifosato en el Sistema de Parques Nacionales Naturales, en ese sentido la defensoría del pueblo subrayó: **“En consecuencia, este programa amenaza los derechos de miles de habitantes de las zonas fumigadas a gozar de un ambiente sano, a la salud y a la vida, así como los derechos de los niños”***

A lo anterior, se suma lo advertido por la subdirección técnica de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales respecto el peligro que representa para la fauna y flora de estos sistemas la aspersión aérea con glifosato, y la posición del Ministerio del Medio Ambiente quién sostuvo siempre oponerse a dicha actividad en esas áreas debido a su importancia ecológica.

Todo lo anterior demuestra que de concretarse el riesgo los daños serían graves, esto es, su intensidad haría que el menoscabo del medio ambiente fuera significativo y en consecuencia irreversible dadas las especiales características ambientales de estas zonas de tanta importancia, en otras palabras, el bien jurídico que se busca tutelar se vería menguado hasta el punto de que sería improbable que volviera a ser el mismo o alcanzara en algún grado el estado anterior luego de sufrir el perjuicio.

15.17.1.2. En suma, en las conclusiones, la Sección Primera sostuvo lo siguiente:

Se pudo verificar que la actividad de aspersión aérea con glifosato en el Sistema de Parques Nacionales Naturales conlleva un riesgo potencial al medio ambiente, riesgo sobre el cual existe incertidumbre científica cuya potencialidad ha sido evaluada científicamente, de tal forma que puede cualificarse como grave e irreversible [...].

15.18. Además de estos pronunciamientos jurisprudenciales, existen estudios que fueron publicados de manera posterior a la decisión de la acción popular de 2004, en los que se afirma que las erradicaciones aéreas con glifosato producen afectaciones ambientales.

15.18.1. En un estudio realizado en 2005 por la profesora Helena Groot de Restrepo⁵³, cuyas conclusiones se encuentran en un artículo científico titulado “Citotoxicidad y genotoxicidad en células humanas expuestas *in vitro* a glifosato”⁵⁴ confirmó:

⁵³ Profesora titular del Departamento de Ciencias Biológicas, Directora del Laboratorio de Genética Humana de la Universidad de los Andes y ha sido Presidenta de la Asociación Latinoamericana de Mutagénesis, Carcinogénesis y Teratogénesis Ambiental (Alamcta).

⁵⁴ GROT DE RESTREPO, Helena. “Citotoxicidad y genotoxicidad en células humanas expuestas *in vitro* a glifosato”. *Revista del Instituto Nacional de Salud*, V. 25, n°. III, 2005, pp. 335-345. Igualmente se puede consultar en: <file:///C:/Users/Simon/Downloads/1358-4979-1-PB.pdf> (consultado el 3 de febrero de 2014).

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

15.18.2. Igualmente los profesores Helena Groot de Restrepo y Sandra Liliana Ortiz Cuarán en un estudio científico publicado en 2005 titulado “Glifosato: ¿riesgo humano?”, precisaron lo siguiente⁵⁶:

En el año 2000 se publicó un informe en el que se hizo una revisión muy extensa de varios trabajos para estudiar diversos aspectos del glifosato, su producto de descomposición, el AMPA y las formulaciones de aspersión. Los resultados de estos estudios demostraron que estos compuestos no tienen consecuencias negativas para la reproducción o el desarrollo del embrión⁵⁷. Cinco años después, la OEA encargó una investigación sobre los efectos contaminantes del glifosato y sus mezclas con los surfactantes usados en aspersiones. Se cita a continuación una de sus principales conclusiones:

Con base en toda la evidencia y la información antes presentada, el panel concluyó que los riesgos para las personas y para la salud humana del uso de glifosato y Cosmo-Flux®1 en la erradicación de coca y amapola en Colombia eran mínimos. La toxicidad aguda del producto formulado y Cosmo-Flux® para los animales de experimentación era muy baja, las probables exposiciones eran bajas y la frecuencia de exposiciones era baja⁵⁸.

⁵⁵ [37]. Lueken A, Juhl-Strauss U, Krieger G, Witte I. Synergistic DNA damage by oxidative stress (induced by H₂O₂) and non genotoxic environmental chemicals in human fibroblasts. *Toxicol Lett* 2004; 147:35-43.

⁵⁶ GROOT DE RESTREPO, Helena y ORTIZ CUARÁN, Sandra Liliana. “Glifosato: ¿riesgo humano?” en *Hipótesis. Apuntes científicos uniandinos*, n°. 6, 2005, pp. 32-37. Igualmente, se puede consultar en: <http://hipotesis.uniandes.edu.co/hipotesis/images/stories/ed06pdf/Glifosato.pdf> (consultado el 3 de febrero de 2014).

⁵⁷ [2] G.M. Williams, R. Kroes e I.C. Munro. Safety Evaluation and Risk Assessment of the Herbicide Roundup and Its Active Ingredient, Glyphosate, for Humans. *Regulatory Toxicology and Pharmacology* **31**, 117–165 (2000).

⁵⁸ [3] K.R. Solomon, K.A. Anadón, A. Cerdeira, J. Marshall y L.H. Sanín. Estudio de los efectos del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con el herbicida glifosato (PECIG) y de los cultivos ilícitos en la salud humana y en el medio ambiente (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), División de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington D.C., 31 de marzo de 2005).

No obstante estas conclusiones aparentemente definitivas, el tema sigue siendo controversial, pues hay dudas por parte de muchos acerca de la independencia de los autores que han estudiado este asunto hasta el momento. **Existe además un artículo reciente sobre estudios adelantados en la República de Ecuador⁵⁹, que sugiere la posibilidad de daños genotóxicos ocasionados por estos compuestos. Por estas razones, el Laboratorio de Genética Humana de la Universidad de los Andes ha querido adelantar un estudio independiente y objetivo que responda a la necesidad de esclarecer los efectos genotóxicos de dichos compuestos [se destaca].**

15.18.2.1. En lo relativo a las afectaciones ambientales por glifosato, el estudio confirmó:

La experiencia muestra que cerca del 45% de la formulación aplicada es absorbida por las hojas de las plantas tratadas y transmitida al resto de las mismas. Lo demás debe asimilarlo el entorno⁶⁰. En el ambiente, el glifosato es ligeramente móvil en el suelo y soluble en agua. Su disipación –que varía de 3 a 174 días en campo– se da por la formación de complejos con iones de Ca²⁺ y Mg²⁺, unión a sedimentos, fotodegradación en agua o degradación microbiológica; también, de manera limitada, puede ser degradado por las plantas [...].Adicionalmente se ha observado que, en condiciones naturales, la fotodegradación en agua ocurre con valores de tiempo de degradación menores a 28 días⁶¹.

No obstante, aunque estos mecanismos de degradación evitan la acumulación eventual del glifosato en el ambiente, existen otros factores de riesgo asociados al proceso de aplicación de la formulación. En primer lugar, en el caso de la aspersión aérea, desde el punto de vista ambiental puede darse una imprecisión del área objetivo.

Adicionalmente puede presentarse deriva en la aspersión, principalmente a causa del viento, haciendo que ésta afecte también organismos que no son blanco de fumigación. Es así como, de acuerdo con datos de la Defensoría del Pueblo y de la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE), se han reportado cerca de 8.000 quejas, de las

⁵⁹ [4] C. Paz y Miño, M.E. Sánchez, M Arévalo y P. Leone. Evaluation of Chromosomal and DNA Damage Related to Glyphosate Exposure in Ecuadorian Population (en revisión).

⁶⁰ Precisa la Sala que según un estudio adelantado en 2012 por Bustos López “[E]l glifosato tiene una vida media acuática desde 2 a 14 días, mientras que el surfactante POEA asociado en el ambiente (Monsanto MON 0818®) se ha estimado considerablemente en 21-41 días (Giesey J.P. et al., 2000)”. BUSTOS LÓPEZ, Martha Cristina. *Destino ambiental del glifosato en una zona arrocería del Tolima, Colombia*, Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de Doctor en Ciencias Agropecuarias, Universidad Nacional de Colombia, 2012, p. 127. En cuanto a su grado de peligrosidad se sostiene: “Debido a su naturaleza aniónica, el glifosato por sí mismo no penetra la cutícula vegetal, por lo tanto, la fitotoxicidad del herbicida es facilitada por la adición de un surfactante (Mann et al., 2009). A nivel mundial, el surfactante predominante usado en los productos Roundup® es un amino polietoxilado (POEA), que es una mezcla de alquil aminas polietoxiladas de cadena larga sintetizadas a partir de ácidos grasos de origen animal (Williams et al., 2000). Un reporte no publicado de Monsanto muestra que el POEA es fuertemente absorbido al suelo, planteando si el POEA no se degrada cuando se absorbe a los suelos y sedimentos, acumulándose a altas concentraciones y volviéndose peligroso para organismos bénticos durante el periodo de aplicaciones continuas de herbicidas (Tsui&Chu, 2004)” (ibid., p. 14).

⁶¹ [6] International Programme on Chemical Safety, World Health Organization. Environmental HealthCriteria n°. 159 Glyphosate (1994).

<http://www.inchem.org/documents/ehc/ehc/ehc159.htm> (agosto de 2005).

cuales el 87% corresponde a daños en la vegetación⁶². Las otras, referentes a problemas de salud humana y animal atribuidos por sus denunciaciones a la aplicación del glifosato, requieren una justificación científica que aún no se tiene [...] [se destaca]

15.18.2.2. Finalmente, en el asunto relativo a la toxicidad se dijo:

De acuerdo con la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA, según sus siglas en inglés), el glifosato se encuentra clasificado en el grupo D, es decir que “no es considerado un carcinógeno para el hombre”⁶³. Es así como, según los resultados obtenidos en varios ensayos de mutación en bacterias in vitro, el glifosato técnico no es mutagénico. Igualmente, se ha probado que en ensayos realizados in vivo en células de médula ósea, no existen eventos genotóxicos cuando éstas se exponen al glifosato. Sin embargo, investigaciones adelantadas por Bolognesi⁶⁴ y Lioi⁶⁵ indican que tanto el glifosato como las formulaciones que lo contienen pueden causar alteraciones citogenéticas –cambios en las células o sus cromosomas–. Es así como se ha visto un aumento en los niveles de daño del ADN y un incremento en las alteraciones cromosómicas en células de ratón, al exponerlo a diferentes concentraciones de glifosato y de la formulación Roundup. Adicionalmente, trabajos realizados en linfocitos de origen animal dan evidencia de un aumento en el porcentaje de células aberrantes, así como en la frecuencia de rupturas en los cromosomas, después de la exposición al compuesto.

Motivado por el creciente interés sobre los posibles efectos de la exposición a glifosato en la salud humana, el Laboratorio de Genética Humana de la Universidad de los Andes realizó un estudio con el fin de comprobar la eficacia de la ‘prueba del cometa’ como herramienta para evaluar la citotoxicidad⁷ y la genotoxicidad del glifosato puro en cultivos de células humanas. Esta prueba se utiliza para evaluar el potencial genotóxico de los agentes químicos. Es una técnica que detecta rompimientos en el ADN de cadena sencilla y en sitios de reparación del ADN por escisión de bases. Los resultados de este ensayo mostraron correlación con los de otras pruebas citogenéticas, como la de micronúcleos y la de intercambio de cromátidas hermanas⁶⁶.

⁶² [7] T. León, J. Burgos, C. Toro, C. Luengas, C. Ruiz y C. Romero. “Observaciones al Estudio de los efectos del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con el herbicida glifosato (PECIG) y de los cultivos ilícitos en la salud humana y en el medio ambiente” http://www.idea.unal.edu.co/public/docs/Observ_IDEA_a_doc_CICAD.pdf (Bogotá, 11 de mayo de 2005).

⁶³ [8] U.S. Environmental Protection Agency. Glyphosate. EPA Integration RiskInformation System <http://www.epa.gov/iris/subst/0057.htm> (septiembre de 2005).

⁶⁴ [9] C. Bolognesi, S. Bonatti, P. Degan, E. Gallerani, M. Peluso, R. Rabboni, P. Roggieri y A. Abbondandolo. Genotoxic Activity of Glyphosate and its Technical Formulation Roundup. *Journal of Agriculture and Food Chemistry* 45, 1957–1962 (1997).

⁶⁵ [10] M.B. Lioi, M.R. Scarfi, A. Santoro, R. Barbieri, O. Zeni, D. Di Berardino y M.V. Ursini. Genotoxicity and Oxidative Stress Induced by Pesticide Exposure in Bovine Lymphocyte Cultures In Vitro. *Mutation Research* 403, 13–20 (1998).

⁶⁶ [11] F. Faust, F. Kassie, S. Knasmüller, R.H. Boedecker, M. Mann y V. Mersch-Sundermann. The Use of the Alkaline Comet Assay with Lymphocytes in Human Biomonitoring Studies. *Mutation Research* 566 (3), 209–229 (2004).

Los resultados obtenidos comprobaron las hipótesis de trabajo. Confirmaron que el glifosato, en altas concentraciones, puede alterar la estructura del ADN en diferentes tipos de células humanas en cultivos *in vitro*, y que este efecto puede observarse mediante la prueba del cometa⁶⁷. Esto nos proporciona una herramienta confiable para posteriores análisis sobre poblaciones humanas expuestas a fumigaciones con este producto. Es de anotar que las concentraciones de glifosato utilizadas en el trabajo de validación de la prueba del cometa no se dan en la utilización comercial, pues producirían intoxicaciones mortales mucho antes de causar efectos genotóxicos.

15.18.3. La Universidad Nacional en un estudio titulado “Observaciones al Estudio de los efectos del programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con el herbicida Glifosato (PECIG) y de los cultivos ilícitos en la salud humana y en el medio ambiente”⁶⁸, que se publicó el 11 de mayo de 2005, concluyó:

Una de las principales críticas en este sentido se relaciona con el hecho de que, de acuerdo con los resultados de Solomon y colaboradores, el glifosato afectaría de manera específica únicamente a los cultivos de coca y de ninguna manera a otras especies vegetales. Sin embargo, hasta donde se sabe, el principio activo del glifosato (la isopropil amina) no tiene efectos especie-específicos, como se desprende de los resultados del trabajo mencionado. Incluso, en el documento: “Informe de Temas Relacionados con la Erradicación Aérea de Coca Ilícita en Colombia” publicado por la Oficina para Asuntos Internacionales de Narcóticos y Ejecución de la Ley (INL) del Departamento de Estado (septiembre de 2002.), se reconoce que “el glifosato es un herbicida efectivo de amplio espectro, y por lo tanto se espera un riesgo para las plantas no objetivo fuera de la zona de aplicación”⁶⁹ [se destaca].

15.18.3.1. Jeremy Bigwood, Asesor Técnico para el Ministerio del Ambiente del Ecuador, en un “Resumen breve de la literatura científica con respecto a los efectos nocivos de formulaciones que contienen glifosato en biotas acuáticas y suelos”⁷⁰, publicado en 2005 por la Universidad Nacional, concluyó:

⁶⁷ [12] C. Moroy, A. Cortés, D. Sicard, H. Groot. Citotoxicidad y genotoxicidad en células humanas expuestas *in vitro* a glifosato. *Biomédica*, Bogotá 25, 335–345 (2005).

⁶⁸ El Instituto de Estudios Ambientales de la Universidad Nacional de Colombia sostiene: “El documento, que se elaboró bajo el auspicio de la CICAD (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas), división de la Organización de Estados Americanos (OEA), presenta deficiencias en la manera como está estructurado, dado que carece del orden deseado en este tipo de documentos científicos. Adolece de un hilo conductor que, partiendo de la definición clara de los problemas a evaluar y de las hipótesis de partida, presente los procedimientos utilizados (metodología), los resultados encontrados y la discusión final de los mismos. Tales ítems se encuentran mezclados a lo largo del texto, dificultando su lectura. La tesis central del estudio es demostrar que “ i)...las exposiciones al glifosato y sus adyuvantes tal y como se emplean en los programas de erradicación de amapola y coca no originan efectos adversos, agudos o crónicos en organismos no blanco, expuestos por diferentes rutas y [...] .ii) que tales exposiciones no originan efectos adversos agudos o crónicos en organismos no blanco expuestos por diferentes rutas [...]”.

http://www.cicad.oas.org/Desarrollo_Alternativo/ESP/Colombia/Observaciones%20IDEA%20a%20documento%20CICAD1.pdf (consultado el 3 de febrero de 2014).

⁶⁹ *Ibid*, p. 6.

⁷⁰ *Ibid*. p. 18.

[E]s muy probable que por lo menos algunos de los ingredientes de las formulaciones utilizadas en Colombia causen efectos nocivos en las biotas acuáticas, incluyendo peces, anfibios e insectos, así como en el contenido y función de los suelos [...] la fumigación fácilmente puede eliminar toda una nueva especie sin darnos cuenta siquiera de que han existido. Este hecho claramente puede amenazar la futura explotación del Ecuador de su propio patrimonio, en biota y biodiversidad. Hasta que haya pruebas contundentes basadas en investigaciones científicas imparciales por actores neutrales que demuestren sin duda alguna que las aspersiones aéreas masivas usadas actualmente son inocuas para nuestros ecosistemas compartidos - una proposición no tan probable, -de acuerdo a las investigaciones consultadas- sólo podemos concluir que existe una verdadera posibilidad de efectos nocivos de las fumigaciones en el medio ambiente ecuatoriano. Expuesta ésta situación, Ecuador debe protegerse con una franja de seguridad de al menos diez kilómetros para garantizar a sus ciudadanos que los posibles efectos nocivos generados como resultado de los herbicidas [se destaca].

15.18.4. La Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA) publicó un estudio científico en 2008 titulado “La aspersión aérea de cultivos de uso ilícito en Colombia”, en el cual sostuvo:

*Como ya se mencionó, algunas entidades de control han recomendado suspender las fumigaciones con químicos, con base en el principio de precaución. Este principio surgió en la década del ochenta, en Alemania, como argumento para justificar disposiciones legales de carácter restrictivo sobre los usos del agua y el aire. A partir de los años noventa, se asocia a criterios de sostenibilidad y se incluye expresamente en la Declaración de Río de 1992 y en la Declaración de Wingspread, Estados Unidos 1998, bajo el sustento de que los Estados no deben esperar a que estén demostrados los peligros para el medio ambiente para actuar. En Colombia, se encuentra consagrado como un principio general de la legislación ambiental en el artículo 1º, numeral 6, de la Ley 99 de 1993. **De conformidad con esta norma, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no puede ser invocada como razón para postergar la adopción de medidas eficaces a fin de impedir la afectación de los recursos naturales renovables y la degradación del medio ambiente.***

*No obstante lo anterior y la falta de estudios que permitan determinar la nocividad o no en la salud y en el ambiente, las recomendaciones de la Contraloría y la Defensoría han sido desestimadas. Para ello, los gobiernos de Estados Unidos y Colombia han aducido diferentes estudios, en especial el realizado por la Cicad, pese a que el mismo socava la ausencia de pruebas en campo que tengan en cuenta los ecosistemas, las comunidades afectadas y las anómalas condiciones en la aplicación de las aspersiones. **En esta medida, el citado estudio, lejos de ser considerado como la última palabra, debería ser visto como un paso preliminar en el avance científico hacia la comprensión de los riesgos implicados en el programa de fumigación aérea, que requiere ser complementada con las nuevas investigaciones que sugieren mayores riesgos a la salud y al medio ambiente asociados a la exposición al glifosato y de los aditivos encontrados en la sustancia Roundup.***

En materia de salud, el Ministerio de Protección Social no tiene un programa especial de vigilancia epidemiológica para evaluar los efectos de la mezcla empleada en el PECIG, pese a la recomendación del Comité de Expertos formulada en 1984, la que es atendida someramente veinte años después con la contratación, en 2005, del diseño de un plan de investigaciones. Precisamente, la entidad contratada para ese fin reiteró la recomendación de adelantar estudios que permitan soportar la tesis sobre la baja toxicidad del glifosato, los que deben tener en cuenta las condiciones de aplicación del PECIG y “las poblaciones con niveles de exposición mayor” (Cendex, 2006). Una de las líneas para la investigación propuestas por el Centro de Proyectos para el Desarrollo de la Universidad Javeriana (Cendex) se refiere a los riesgos de la exposición del glifosato en la población que se alimenta de hortalizas cultivadas en los sitios objeto de la fumigación, para lo que se propone evaluar las concentraciones de glifosato en agua, suelos, vegetales y animales, así como la incidencia de algunas enfermedades asociadas al PECIG⁷¹ [...].

En conclusión, subsisten incertidumbres científicas sobre los riesgos a la salud y al medio ambiente generados en la aplicación de una política que ha demostrado ser incapaz de cumplir con los resultados prometidos, amén que persistir en ella equivale a seguir invirtiendo el principio de prevención-precaución⁷². [se destaca]

15.19. De acuerdo con los anteriores estudios científicos referenciados, tenemos que la fumigación aérea con glifosato es una actividad que engendra un riesgo para el ambiente, por lo cual al Estado le asiste un deber de guarda material sobre este tipo de sustancias que opera, obligación que se origina del poder de instrucción, dirección y control del cual está investido; en consecuencia, es pertinente analizar el *sub lite* a partir del título de imputación del riesgo excepcional, el cual se enmarca en la responsabilidad objetiva del Estado.

15.20. Una vez ha quedado acreditado el daño antijurídico y aclarado el régimen de responsabilidad *del sub lite*, en el que la entidad podrá exonerarse únicamente si acredita una causal eximente de responsabilidad - fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima-, es indispensable establecer si el perjuicio sufrido por el señor Medina es susceptible de ser imputado a la entidad demandada o, si por el contrario, debe ser soportado por la víctima.

16. El juicio de imputación del daño ambiental impuro derivado de una actividad peligrosa como lo es la erradicación aérea con glifosato de cultivos de uso ilícito

16.1. El actor –apelante único- insiste en el escrito de apelación que el “demandado nunca demostró científicamente que no era el glifosato el causante del daño” (fl, 214, c.p). A su vez, la parte demandada acepta en el escrito de la contestación de la demanda que existió el daño sobre el predio del señor Medina:

⁷¹ [125] En esta investigación se evaluaron 103 posibles casos de intoxicaciones agudas por exposición de glifosato en Putumayo, Guajira, Guaviare y Antioquia, para los que se tomaron muestras de sangre y orina procesadas por el Instituto de Salud colombiano y el Centro Toxicológico de Quebec, Canadá.

⁷² Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA). *La aspersión aérea de cultivos de uso ilícito en Colombia*. Bogotá, Forma Gráfica Editores S.A, 2008. Igualmente se puede consultar en: [http://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug%20Policy/past/Una%20Estrategia%20Fallida%20\(compressed%20version\).pdf](http://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug%20Policy/past/Una%20Estrategia%20Fallida%20(compressed%20version).pdf) (consultado el 3 de febrero de 2014).

“evidentemente hubo la destrucción del cultivo de lulo, pero aun así, no existe la prueba clara y cierta que nos indique que inequívocamente ello fue la consecuencia de la aspersión o fumigación llevada a cabo por las aeronaves de la Policía de antinarcóticos” (fl, 69, c.1), y agrega que “es al peticionario a quien le corresponde la carga de la prueba para demostrar la causalidad del hecho con los perjuicios presuntamente irrogados, es a este a quien le corresponde aportar las coordenadas dentro las cuales se encuentran los predios y/o cultivos presuntamente destruidos para confrontarlos con los que suministre el área de erradicación de cultivos ilícitos de la Policía de antinarcóticos”. Finalmente, sostiene que “se hace necesario que se haya probado científicamente que la muerte o desaparición del cultivo, obedeció a la acción y toxicidad del glifosato, para lo cual en la diligencia de inspección ocular llevada a cabo por la Personería Municipal de Algeciras, se debió recoger las muestras de las plantaciones afectadas y remitirlas para el análisis de laboratorio correspondiente” (ibid).

16.2. Si bien es cierto, no obra un dictamen científico-técnico que confirme que la destrucción del cultivo de lulo del actor reside en los efectos nocivos de la fumigación de los cultivos ilícitos cercanos al predio, en el expediente reposan elementos probatorios idóneos, concurrentes y pertinentes que estructuran una prueba indiciaria, que permite fundamentar la imputación al Estado del daño reclamado en la demanda. Sobre esta clase de pruebas la Sala ha sostenido lo siguiente:

Los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos, como sí lo son el testimonio y la prueba documental, y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales debe establecer otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En pocos términos, el indicio es una prueba que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso. Por eso, al margen de las controversias que se suscitan en la doctrina en relación con este aspecto, puede afirmarse que el indicio se integra con los siguientes elementos:

(i) *Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos: los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso.*

(ii) *Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento.*

(iii) *Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar.*

(iv) *El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental [...].*

Una vez construida la prueba indiciaria, el juez deberá valorarla teniendo en cuenta su gravedad, concordancia, convergencia y relación con los demás medios prueba que obren en el proceso. Para efecto de establecer su gravedad, la doctrina ha señalado algunos derroteros que pueden resultar de ayuda para el juez. Por ejemplo, ha clasificado los indicios en necesarios y

contingentes, entendiendo como necesarios, aquellos que de manera infalible muestran la existencia o inexistencia de un hecho que se pretende demostrar, o revelan en forma cierta la existencia de una constante relación de causalidad entre el hecho que se conoce y aquel que se quiere demostrar y son, por lo tanto, sólo aquellos que se presentan en relación con ciertas leyes físicas, y como contingentes, los que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto. Estos últimos son clasificados como graves o leves, lo cual depende de si entre el hecho indicador y el que se pretende probar existe o no una relación lógica inmediata.

La concordancia hace referencia a los hechos indicantes. Se predica esa característica cuando los mismos ensamblan o se coordinan entre sí; en tanto que la convergencia se refiere al razonamiento lógico que relaciona esos hechos para determinar si esas inferencias o deducciones confluyen en el mismo hecho que se pretende probar⁷³.

16.3. El acervo probatorio recaudado demuestra la existencia de varios hechos indicadores, que analizados bajo los parámetros de la sana crítica y las máximas de la experiencia, permiten concluir la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa Policía Nacional por la destrucción del cultivo de lulo. Tales hechos son:

(i) Desde mediados del mes de enero de 1999, en cercanías del municipio de Algeciras (Huila), se presentaron operaciones administrativas de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato, hechos respecto de los cuales los testigos señalaron a miembros de la Policía Nacional como directos ejecutores de la operación. Así se acreditó con las siguientes pruebas:

- Obra acta oficial según la cual el día 15 de enero de 1999, la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional realizó fumigaciones con glifosato con el objeto de realizar erradicación de cultivos ilícitos en la jurisdicción del municipio de Algeciras en el departamento del Huila (fl, 103, c. 2).

- Los vecinos de la propiedad del demandante declararon que a mediados de enero del referido año, aeronaves de la Policía Nacional fumigaron el citado predio (fl, 160 a 161, c.2) que se encontraba cerca de la zona de impacto.

- Dichos testimonios son concordantes con el acta precitada, en la que se indica que en la época señalada por los declarantes se llevaron a cabo aspersiones aéreas con glifosato programadas en los límites del municipio de Algeciras.

(ii) Obra inspección ocular que se realizó por parte de la personera municipal y el Director UMATA al cultivo de lulo ubicado en la parcela n°. 10 de la Vereda Balsillas, Caquetá, límites con el municipio de Algeciras –Huila- en el que se evidencia que en el predio no encontraron cultivos de uso ilícito ni vestigios de ellos; constataron la existencia de siete mil (7000) matas de lulo con problemas de amarillez, amarchitamiento y en estado necrótico.

(iii) La inspección ocular constata que en los predios cercanos al del señor Luís Elí Medina sí habían cultivos de uso ilícito, al igual que en la parte alta de cultivos vecinos había rastros de fumigación (fl, 115, c.2)⁷⁴.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia mayo 2 de 2007, rad. 15700, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; reiterada entre otras en la sentencia de octubre 12 de 2011, rad. 22158 de la misma ponente.

⁷⁴ Al respecto, el acto de la inspección señala: “si hay presencia de cultivo ilícito, al igual que en la parte alta de un cultivo, hay señales de fumigación de cultivos ilícitos”.

(iv) El ingeniero agrónomo Nelson Rojas Imbachi emitió, el 5 de mayo de 1999, un concepto técnico que fue arrimado al expediente (fl, 33 a 37, c.2) en tres formularios rotulados "RECORD DE VISITA", y que se refieren al estado en que según su decir se encontraba el cultivo de lulo, ubicado en la vereda Toscana del Municipio de San Vicente del Caguán –Caquetá- de propiedad del señor Luis Elí Medina. Con letra autógrafa anotó lo siguiente:

Cultivo desecado (necrótico) inicialmente afectado por corrientes de vientos cargados con deriva de herbicida (glifosato) difundido en el aire –niebla que al caer sobre el follaje produce marchitamiento y necrosis del cultivo. La maleza no aparece afectada, pues la deriva del herbicida cae sobre el follaje superior a manera de una sombrilla que capta la corriente sin afectar la maleza debajo del cultivo como consecuencia de su alta densidad de 3.500 plantas por hectárea:

Por lo observado anteriormente, se puede inferir que el daño causado al cultivo se debe a las corrientes de aire –niebla cargadas con glifosato empleado en las fumigaciones empleadas para la erradicación de amapola y a los sobrevuelos (sic) de la flotilla de avionetas –helicópteros que crean un gran túnel de circulación de masas de aire con la deriva del producto aspersado. Este fenómeno se observó el año anterior en cultivos próximos a Cerro Neiva (La Siberia) vereda el Roble (Algeciras-Huila) donde se afectaron cultivos de lulo-papa-arveja y frijol con graves consecuencias económicas para los campesinos. Otro factor importante a tener en cuenta (sic) en este año es el comportamiento y la dinámica de los vientos en esta región relativamente alta (2.300 m.s.n.m).

En esta región los vientos movilizan en corto tiempo grandes masas de aire niebla desde una zona distante a otra, lo que ayuda a agravar el problema.

De otro lado, los agroquímicos recomendados para el manejo del cultivo se han aplicado técnicamente bien, en las dosis recomendadas por el fabricante (DITHANE M-45 = ROHM AN HAAS), lo mismo que las demás recomendaciones de manejo fitosanitario.

Estos productos manejados en las dosis recomendadas son inocuos. Nunca herbicidas, por el contrario el herbicida glifosato es un producto de alta capacidad de daño en especies vegetales, de tal manera que causa efecto herbicida aún en bajas concentraciones, en ningún caso es selectivo; todo lo que tenga clorofila (tejido verde) lo ataca causándole su muerte".

16.4. En cuanto a la insistencia de la entidad demandada referente a que es al peticionario "a quien le corresponde la carga de la prueba para **demostrar la causalidad del hecho** con los perjuicios presuntamente irrogados" (fl, 70, c.2), se impone reconocer la fuerza y contundencia de los hechos indicadores, los cuales de manera convergente llevan a la conclusión lógica y altamente probable que existe un nexo causal entre la actividad peligrosa de la administración al erradicar cultivos ilícitos y el daño antijurídico padecido por el señor Luis Elí Medina.

16.5. En efecto, resalta la Sala que si bien dentro del material probatorio analizado no obra una prueba directa, como lo es un dictamen pericial, que acredite la repelida relación causal, el daño antijurídico le es imputable al Estado por la

estructuración de una causa altamente probable deducida indiciariamente⁷⁵: la actividad de erradicación de cultivos ilícitos produjo de manera colateral la muerte del cultivo de lulo, lo cual se materializó en perjuicios en cabeza del demandante.

16.6. En ese orden de ideas, se tienen como ciertos los hechos que fundamentan la conclusión a la que ha arribado la Sala, los cuales en síntesis son: (i) la aspersión área con glifosato en inmediaciones del municipio de Algeciras (Huila) se llevó a cabo a mediados de enero de 1999, actividad confirmada por la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional y por los testigos vecinos de la finca la Toscana; (ii) la existencia de rastros de glifosato a pocos metros del predio del demandante, identificados por la Personera de Algeciras y el Director de la UMATA; (iii) la presencia de herbicidas en el cultivo de lulo, constatada por el Asistente Técnico del PLANTE, el día 20 de enero de 1999, cinco días después de la erradicación de cultivos de uso ilícito, en visita realizada a la zona rural de Algeciras; y (iv) la grave afectación al referido cultivo de propiedad del actor.

16.7. Por otra parte, la Sala no comparte las conclusiones a las que llegó la oficina de control interno disciplinario de la Dirección de Antinarcóticos (*investigación disciplinaria* -fl, 50 a 53, c.2), a raíz de la queja que interpuso el actor en contra de los funcionarios que practicaron la fumigación de cultivos ilícitos, en las que concluyó: i) para los días comprendidos entre el 15 y 30 de enero de 1999 solamente se realizó fumigación de los cultivos de amapola en la jurisdicción de Algeciras Huila; el predio motivo de queja se encuentra en la zona del cerro de Neiva, en zona limítrofe entre Algeciras Huila y San Vicente del Cagúan, el cual se encuentra distante a más de tres millas del lugar asperjado y nunca fue fumigado por la Policía de Antinarcóticos; ii) en el lugar se presentaron problemas de patología vegetal antrachosis pudrición algodonosa y el cladosporium [es el agente causal], puesto que ataca a la planta en cualquier estado de desarrollo y en todas las partes aéreas de la planta, causando su muerte en pocos días; iii) el propietario del cultivo de lulo no recibió una adecuada asistencia técnica, ya que no se observan prácticas culturales como son la limitación del crecimiento vegetativo de las plantas, control de plagas, destrucción de malezas que impiden la aireación, el retiro y destrucción de plantas enfermas y contagiadas.

16.8. Al momento de realizarse la inspección ocular por parte de la personería municipal y la UMATA, las secuelas del herbicida sobre predios vecinos fueron puestas en evidencia, y también advertidas por el informe técnico suscrito por el Asistente Técnico del Plan Nacional de Desarrollo Alternativo -PNDA, cinco días después de que la Policía Nacional procediera a erradicar las plantas de amapola, esto es, el 20 de enero de 1999, en el que se acreditó que *“absolutamente todas las plantas (cerca de 7000) presentaban los síntomas de amarillamiento de hojas y brotes nuevos, caída de frutos, maduración prematura de frutos, caída de flores y plantas totalmente muertas”* (fl, 47, c.2). Anotó el técnico del PNDA que *“estos síntomas [eran] característicos como consecuencia de intoxicaciones por la aplicación de algún tipo de herbicida”* (*ibid*).

16.9. Debe precisarse que ante la presencia de una hipótesis en contrario, esta discordancia probatoria debe ser resuelta por el juzgador empleando los axiomas de la sana crítica regulada por el art. 187 del C.P.C, y definida por la jurisprudencia como *“la capacidad del juez para darle a las pruebas la mayor o menor credibilidad, según su conexión con los hechos a demostrar y su capacidad*

⁷⁵ Por ser útil para el caso en estudio, se remite a la obra del profesor Rojas Quiñones, quien describe las teorías vigentes de imputación por afectaciones ambientales a través de la imputación por causa probable y presunciones de causalidad. ROJAS QUIÑONES, Sergio. *La responsabilidad civil por afectaciones ambientales*. Bogotá, Editorial Ibáñez, 2012, pp. 108-110.

de convencimiento⁷⁶ y en mérito de lo cual, “el juez goza de cierta libertad a la hora de apreciar el mérito probatorio de los medios de convicción, no debiendo sujetarse, como en el sistema de la tarifa legal, a reglas abstractas preestablecidas e indicadoras de la conclusión a la que se debe arribar, en presencia o en ausencia de determinada prueba⁷⁷. Así las cosas, cuando se presenta incompatibilidad probatoria que son el soporte de varias hipótesis de supuestos fácticos, el juez deberá privilegiar racionalmente aquellas que acrediten un grado superior de probabilidad lógica⁷⁸ o de probabilidad prevaleciente⁷⁹, resultado que se obtiene aplicando las reglas de la experiencia, que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas o generalizaciones del sentido común⁸⁰.

16.10. Con observancia de estas reglas que rigen el patrimonio de la prueba, se debe precisar que para que opere el sistema de responsabilidad objetivo por riesgo excepcional, es imperativo probar el nexo causal entre el daño y la conducta del Estado. La actividad de la administración de erradicación de cultivos de uso ilícito supuso la creación de un riesgo que se concretó en un daño, y es relevante establecer qué y quién desencadenó el curso causal, todo esto teniendo en cuenta que se trata de un régimen de responsabilidad objetivo en el que, a pesar de que es superfluo el dolo o la culpa, se debe establecer quien adelantó la actividad que implicó la utilización de una sustancia considerada de riesgo o peligrosa que produjo un daño antijurídico.

16.11. Valorado en su conjunto el acervo probatorio, para la Sala se encuentra demostrado lo siguiente: i) la existencia de una actividad legítima y lícita de la administración consistente en la aspersión aérea de glifosato llevada a cabo el día 15 de enero de 1999, la cual comporta una fuente de alto riesgo para los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales de las personas que no está obligadas a soportarlos; ii) el perjuicio ocasionado al señor Medina, particularmente sobre el cultivo de lulo, fue fruto de la concreción de un riesgo excepcional que se originó por el ejercicio legítimo de una actividad peligrosa; iii) el nexo de causalidad entre la actividad legítima de la administración y los efectos de la lesión ambiental concretada en un daño antijurídico padecido por el demandante e imputable a la entidad demandada.

16.12. En esa medida, la entidad demandada al haber tomado la decisión de desarrollar una actividad altamente peligrosa, cuya legalidad no se cuestiona, está obligada jurídicamente a asumir los efectos nocivos que se produzcan en perjuicio de personas que no tienen el deber jurídico de soportarlos.

17. La adopción de garantías de no repetición

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de enero 30 de 1998, rad. 8661, C.P. Delio Gómez Leyva.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de marzo 10 de 2005, rad. 27946, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁷⁸ “La situación más complicada se da cuando existen diversos medios de prueba sobre el mismo hecho, pero discrepantes o contrarios entre ellos, porque algunos de ellos tienen a probar la verdad y otros tienden a probar la falsedad del enunciado acerca de la ocurrencia de ese hecho. En estas circunstancias, el juzgador tiene que elegir entre, al menos, dos versiones diferentes del hecho, una positiva y otra negativa, ambas apoyadas por una parte de los medios de prueba presentados [...] La elección racional indicaría que debe elegirse la versión, positiva o negativa, que esté sustentada por pruebas preponderantes, es decir, por el grado relativamente superior de probabilidad lógica”. TARUFFO, Michelle. *La prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 141.

⁷⁹ TARUFFO Michelle. *La prueba de los hechos*. Madrid, Trotta, 2002, pp. 325 a 326.

⁸⁰ FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 133.

17.1. En el presente caso se ha establecido la responsabilidad extracontractual de la administración pública fundada en el título objetivo del riesgo excepcional por el ejercicio de actividades peligrosas, como lo es la fumigación con glifosato de cultivos ilícitos. En el *sub lite* no es posible retrotraer el hecho causante del daño padecido por el demandante –pérdida del cultivo de lulo-; *ergo*, la Sala considera que es pertinente la adopción de medidas no pecuniarias de reparación orientadas con fines preventivos a evitar en el futuro la repetición de daños antijurídicos como los probados en el *sub lite*.

17.2. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha construido un concepto de reparación que excede los parámetros de la indemnización exclusivamente pecuniaria; así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 63.1, reza:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegida en esta Convención, la Corte [Interamericana de Derechos Humanos] dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

17.3. Esta norma de linaje convencional ha venido siendo interpretada por la Corte Interamericana de la siguiente manera:

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en la que ha incurrido (restitutio in integrum, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)⁸¹.

17.4. En cuanto a la reparación integral, la Corte Interamericana ha reiterado en su precedente convencional lo siguiente:

*La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. **Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el [...] caso**⁸² [se destaca].*

⁸¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Vs. Perú. Reparaciones, sentencia de noviembre 27 de 1998. Serie C, n.º. 43.

⁸² Caso Ximenes Lopes. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n.º. 149, párr. 209; Caso Baldeón García. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C n.º. 147, párr. 176; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º. 146, párr. 197; Caso Acevedo Jaramillo y otros. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C n.º. 144, párr. 296; Caso Blanco Romero y otros. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C n.º. 138, párr. 69; Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C n.º. 137, párr. 248; Caso Gómez Palomino. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º. 136, párr. 113; Caso de la “Masacre de Mapiripán”. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º. 134, párr. 244; Caso Raxcacó Reyes. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º. 133, párr. 115; Caso Gutiérrez Soler. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C n.º. 132, párr. 63; Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C n.º. 98, párr. 174.

17.5. Por otra parte, la Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, precisa que una reparación plena y efectiva incluye las siguientes medidas: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

17.6. En el ordenamiento interno, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 establece que en la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, dentro de cualquier proceso que se adelante ante la administración de justicia, se deben aplicar a los principios de reparación integral y de equidad. En ese sentido, esta Corporación ha considerado que *“es posible establecer restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no reformatio in pejus con el fin, bien sea de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en normas internacionales de derechos humanos con prevalencia en el orden interno, o de proteger otros derechos, valores y principios constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia”*⁸³ [se destaca].

17.7. Como la reparación integral constituye una de las manifestaciones más importantes de la indemnización de los daños producidos por las afectaciones ambientales, esta Sala, en aras de proteger derechos de naturaleza colectiva y supraindividual inherentes al ser humano, ha dispuesto en anteriores ocasiones las siguientes medidas de satisfacción:

Es por esto que la Sala, acogiendo el principio orientador de la reparación integral previsto en el art. 16 de la Ley 446 de 1998, en la presente valoración no puede ignorar el daño de tipo “ecológico” que, en palabras de los propios peritos, sufrieron los bosques del predio del demandante Cárdenas Rojas (fls. 62 y 63, ib.).

Así las cosas, se acogerá la vista experta de estos especialistas en temas ambientales, como sin duda lo es el funcionario de Corpoamazonía (fl. 80, C.1°); por tanto, dado lo complejo que resulta la cuantificación económica según los mismos expertos, se ordenará a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, con el apoyo técnico de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -con jurisdicción en el Departamento del Caquetá-, financiar con su patrimonio “un proyecto de reforestación con especies maderables propias de la región, como el cedro, achapo, nogal, balso, carbonero, ahumado, etc”⁸⁴.

17.8. En sede de acción popular, el Consejo de Estado impartió la siguiente medida de no repetición:

[E]xhortar a las autoridades encargadas de adelantar el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante aspersiones aéreas con el herbicida denominado glifosato, con el fin de que en el desarrollo del mismo adopten todas las medidas y correctivos que sean del caso para evitar las

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia septiembre 11 de 2013, rad. 20601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de enero 30 de 2013, rad. 22060, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

*consecuencias nocivas que sobre el ecosistema y la vida y el patrimonio de las personas se puedan generar con las referidas fumigaciones*⁸⁵.

17.9. En el presente caso, la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional dejó constancia en el acta de fumigación de cultivos⁸⁶ de uso ilícito que no se pudo cumplir con una serie de obligaciones impuestas por la ley, las cuales deben ser verificadas antes de la fumigación: “*NO SE PUDO DAR CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO 77 LEY 30 POR SER ZONA DE ALTO RIESGO Y NO EXISTE UN LUGAR PARA EL DESCENSO DE LAS AERONAVES*”(fl, 103, c.2). La Sala acepta, en principio, que a la entidad demandada, por razones de grave alteración de orden público, no le sea posible en algunas zonas del país visitar físicamente, los predios con plantaciones ilícitas con el fin de cumplir con la obligación de identificarlos plenamente; sin embargo, como esta Corporación lo ha hecho en otras ocasiones⁸⁷, se advierte que el término “identificar”, no debe ser entendido como una obligación superflua que se puede omitir, máxime cuando no se puede fumigar un área de cultivo, si de manera previa no se ha identificado plenamente como ilícito.

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

- i. **Ordenar** a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, según los prescribe la Ley 30 de 1986⁸⁸, **identifique y delimite geográficamente ex ante** las

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de abril 14 de 2005, rad. 18001-23-31-000-2004-00613-01(AC), M.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta.

⁸⁶ En el plenario se observa que se realizó la aspersión aérea del herbicida glifosato en otras zonas sin atender el cumplimiento del art. 77 de la ley 30 de 1986 por tratarse de zonas de alto riesgo (fls, 100 a 111, c.2). Las zonas fueron las siguientes: i) Cañon del Paez en jurisdicción de Rio Negro, Municipio de Iquira -Huila; ii) Municipio de San Antonio -Tolima y en jurisdicción de Cerro Neiva, Municipio de Neiva -Huila, iii) Municipio de Algeciras -Huila-, iv) Municipio de Colombia -Huila, v) Municipio de Planadas-Tolima, vi) jurisdicción de Vegalarga, Municipio de Neiva -Huila, vii) jurisdicción del Cañon de las Hermosas, Municipio de Chaparral -Tolima, viii) jurisdicción de la inspección de Gaitania, Municipio de Planadas -Tolima.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de enero 30 de 2013, rad. 22060, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. “[...] Aunque la Sala acepta la situación de orden público como una fuerza mayor que impide la visita al predio, lo cierto es que la norma comentada que se acaba de transcribir [art. 77 de la ley 30 de 1986] exige genéricamente “identificar” tanto los linderos del predio como los cultivos ilícitos, tarea que con los medios tecnológicos con los que ahora se cuenta, puede cumplirse sin la necesidad de hacer presencia física en el predio, por ejemplo, con imágenes satelitales o tomadas desde una aeronave. Entonces, más allá de la responsabilidad patrimonial de la demandada que en este caso se configura al haber causado con su actuar los daños ambientales referidos, lo cierto es que al Estado no le está permitido proceder a fumigar un cultivo sin haberlo identificado previamente como ilícito”.

⁸⁸ Art. 77 de la Ley 30 de 1986 dispone:

“Las autoridades de policía judicial a que se refieren los artículos 285, 287 del Código de Procedimiento Penal, destruirán las plantaciones de marihuana, cocaína, adormidera y demás plantas de las cuales pueda producirse droga que produzca dependencia, existentes en el territorio nacional, mediante el siguiente procedimiento: a. Se **identificará** pericialmente la plantación con el empleo de la técnica adecuada; b. Se

áreas de cultivos ilícitos y los linderos del predio, y las zonas excluidas, con el fin de que se tome las medidas técnicas adecuadas para mitigar o evitar eventuales daños antijurídicos colaterales, máxime cuando hoy la administración puede disponer de medios tecnológicos de punta, tales como imágenes satelitales, sistemas de información geográfica dispuestos en aeronaves que registra tomas aéreas, cartografía digital, etc., instrumentos que le permiten a la Policía Nacional, sin hacer presencia física en el área, identificar, delimitar y caracterizar la zona que se quiere impactar⁸⁹.

- ii. **Ordenar**, con fines preventivos, a la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, como ente ejecutor del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con el Herbicida Glifosato -PECIG - ejecute el programa a su cargo, con observancia del Plan de Manejo Ambiental aprobado por la Resolución n°. 1054 del 30 de septiembre de 2003 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, o de las disposiciones legales que la sustituyan y que persigan similares objetivos, con el fin de evitar, prevenir, advertir, mitigar, remediar, controlar, compensar y corregir los eventuales daños ambientales⁹⁰.

identificará el predio cultivado por sus linderos y el área aproximada de la plantación; c. Se anotarán los nombres y demás datos personales del propietario o poseedor del terreno y del tenedor, lo mismo que de los cultivadores, trabajadores y demás personas presentes en el lugar en el momento de la incautación; d. Se tomarán muestras suficientes de las plantas, para las correspondientes peritaciones.

Todos estos datos y cualquiera otro de interés para los fines de la investigación se harán constar en un acta que suscriban los funcionarios que en ella hayan intervenido y el propietario, poseedor, tenedor o cultivador del predio, o, en defecto de estos, cualquiera persona que haya sido encontrada dentro del mismo. En esta diligencia intervendrá, en lo posible, un Agente del Ministerio Público.

Suscrita el acta, se destruirá la plantación mediante el empleo del procedimiento científico adecuado; el acta y la peritación, junto con el informe respectivo y las personas que hayan sido aprehendidas, serán enviados al juez instructor en la forma y términos señalados por los artículos 290 y 303 del Código de Procedimiento Penal.

La destrucción de la plantación también podrá ser ordenada y presenciada por el juez instructor”.

⁸⁹ Resolución 1054 de 2003 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. “[...] (3.2.1) *Medidas en la detección. El objeto del proceso de detección es identificar, caracterizar y ubicar mediante coordenadas geográficas las áreas afectadas por los cultivos ilícitos y las zonas de exclusión del programa. Esta caracterización estará soportada con las imágenes de satélite, fotografías aéreas y cartografía. Para el desarrollo de esta actividad se contará con trabajo de campo efectuado por el personal de ARECI-DIRAN y su principal objetivo es identificar los usos del suelo, la presencia de asentamientos humanos y la delimitación de las áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, zonas ecológicamente frágiles, ambiental, social y económicamente sensibles, para efecto de adelantar la zonificación ambiental básica para cada operación. Para estos efectos se deberá dar estricto cumplimiento al artículo 87 del Decreto 1843 de 1991 que se refiere a franjas de seguridad y Resolución 0013 del 27 de junio de 2003 del CNE, artículo 1º, parágrafo 2º. Se hará entrega de la zonificación ambiental, de acuerdo con la cartografía disponible de las operaciones ya ejecutadas, en la periodicidad que indique el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial [...]” [se destaca]. Consultar en <http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/PECIG/5.%20Normatividad/PMA/4.%20Resoluci%C3%B3n%201054%20de%202003%20MMA.pdf> (consultado el 3 de febrero de 2014).*

Según el Documento CONPES 3669 del 28 de junio de 2010 del 2010 del Consejo Nacional de Política Económica y Social y del Departamento Nacional de Planeación “*los territorios sujetos de intervención, son identificados previamente por información satelital que procesan simultáneamente la Policía Nacional y el Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos (SIMCI), la cual es luego verificada vía aérea a través de reconocimientos efectuados por la Policía Nacional. Posteriormente se interviene con erradicación manual forzosa, en una operación que requiere planeación y coordinación conforme al contexto en terreno”* [se destaca]. Consultar en: <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=uqalSHu7xDo%3D&tabid=1063>

⁹⁰ Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC- y el Ministerio de Justicia y del Derecho, en 2012 el gobierno erradicó manualmente 30.486 hectáreas y asperjó 100.549 hectáreas. El informe revela que “*las cifras del censo muestran que al 31 de diciembre de 2012, Colombia tenía 48.000 hectáreas sembradas de coca distribuidas en 23 de los 32 departamentos del país. Esto representa una*

- iii. **Exhortar** al Gobierno Nacional para que en aplicación del principio de precaución estipulado por el artículo 1º de la Ley 99 de 1993, examine la posibilidad de utilizar otras alternativas diferentes al método de erradicación aérea con el herbicida glifosato sobre cultivos ilícitos, con el fin de prevenir eventuales daños antijurídicos al ambiente y a la población en general⁹¹.

18. Liquidación de perjuicios

18.1 En la demanda se solicita se condene a la Nación–Ministerio de Defensa-Policía Nacional a pagar los perjuicios causados por la pérdida del cultivo de lulo consistente en el daño emergente y lucro cesante.

18.2 El apelante en su recurso precisa que en el acápite de pruebas obra un concepto técnico elaborado por el ingeniero agrónomo Nelson Rojas Imbachi (fl,

reducción del 25 % del área sembrada respecto a las 64.000 hectáreas detectadas en 2011. Solo 3 departamentos: Norte de Santander, Caquetá y Chocó, mostraron incremento del área sembrada con coca y 3 permanecieron estables, los demás muestran tendencia a la reducción. El 80 % de los cultivos de coca en el país se encuentra en 8 departamentos y cerca de la mitad de todos los cultivos están en 3 de ellos. Las reducciones más importantes se presentaron en Nariño, Putumayo, Guaviare y Cauca. Nariño sigue siendo el más afectado por la presencia de cultivos de coca, a pesar de una significativa disminución en el último año. Siete departamentos tienen menos de 100 hectáreas sembradas con coca. En Cundinamarca no se detectaron cultivos, mientras que Cesar ingresa a la lista de afectados”.

<http://www.unodc.org/colombia/es/press/censosimci2012.html> (consultado el 3 de febrero de 2014).

⁹¹ En el derecho comparado se puede referenciar una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en la decisión *Hatton v. Inglaterra*, que siguió los lineamientos del asunto *Powell y Rainer* contra el Reino Unido (sentencia de 21 febrero 1990 [TEDH 1990, 4], serie A núm. 172, ap. 40) y *López Ostra* contra España (Sentencia de 9 diciembre 1994 [TEDH 1994, 3], serie A núm. 303-C, ap. 51), cuyo origen se remonta a una demanda –nº. 36022/1997 dirigida contra el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte por ocho ciudadanos de dicho Estado, Ruth Hatton, Peter Thake, John Hartley, Philippa Edmunds, John Cavalla, Jeffray Thomas, Richard Bird y Tony Anderson, todos ellos residentes en las cercanías del aeropuerto de Heathrow, que presentaron recurso ante la Corte EDH por las consecuencias del ruido originadas por la autorización de operaciones de llegada de aviones en horarios nocturnos; situación que provocaba variaciones en el sueño con efectos secundarios, tales como dolor de cabeza, cansancio, pérdida de concentración y depresiones. La Corte EDH, aunque no accedió a las pretensiones, **recuerda al Estado las obligaciones positivas que le asisten en materia ambiental tendientes a reducir las violaciones de derechos**, a quien se debe exigir que minimicen, hasta donde posible, la interferencia con otros derechos, intentando encontrar soluciones alternativas que sean respetuosas de los derechos humanos: “*El Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572) protege a la persona contra los abusos de poder directos de las autoridades del Estado. Generalmente, el aspecto medioambiental de los derechos fundamentales de la persona no se encuentra amenazado por injerencias directas del Estado. Indirectamente, sin embargo, la cuestión es si el Estado ha tomado o no las medidas necesarias para proteger la salud y la vida privada. Incluso suponiendo que lo haya hecho, puede haber una injerencia directa cuando, como en este caso, autoriza el funcionamiento de un aeropuerto bajo ciertas condiciones. La amplitud de la injerencia directa admisible por parte del Estado y de las obligaciones positivas que le incumben, es difícil de determinar en tales situaciones, pero estas dificultades no deben disminuir la protección total que los Estados están obligados a garantizar en virtud del artículo 8 [...] El artículo 8º puede aplicarse en los asuntos relacionados con el medio ambiente en los que la contaminación haya sido causada directamente por el Estado o cuando la responsabilidad de este último se deriva de la ausencia de una reglamentación adecuada de la industria privada. Ya se aborde el asunto desde el punto de vista de una obligación positiva, en la que el Estado deba adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos que corresponden a los demandantes en virtud del apartado 1 del artículo 8º, o se aborde desde el punto de vista de una injerencia de una autoridad pública que se pueda justificar desde el punto de vista del apartado 2, los principios aplicables son muy parecidos. En ambos casos hay que tener en cuenta el equilibrio justo que hay que establecer entre los intereses en competencia de la persona y de la sociedad en su conjunto; así mismo, en ambos casos el Estado debe gozar de un amplio margen de apreciación para determinar las disposiciones que se deben tomar para garantizar el respeto del Convenio. Además, incluso en cuanto a las obligaciones positivas que se derivan del apartado 1, los objetivos enumerados en el apartado 2 pueden jugar un cierto papel en la búsqueda del equilibrio deseado (Sentencias *Powell y Rainer* [TEDH 1990, 4] y *López Ostra* [TEDH 1994, 3] anteriormente citadas, aps. 41 y 51 respectivamente)”. [se destaca].*

<http://www.unizar.es/deproyecto/programas/teoriaep/docupr/JurisprudenciaTEDH.html> (consultado el 3 de febrero de 2014).

10, c.2), mediante el cual pretende demostrar el costo del cultivo de lulo de dos hectáreas de extensión para el año 2000, el cual asciende a \$91'021.760 (fl, 44, c.2).

18.3. Pese a lo anterior, encuentra la Sala que en el proceso no existen fundamentos objetivos suficientes que permitan cuantificar el daño material que fue padecido por el demandante.

18.4. La acreditación de la cuantía del perjuicio es incompleta, el experticio hizo referencia a costos variables (mano de obra, insumos y materiales) y costos fijos (valor del uso del suelo, depreciación de equipos, herramientas, fumigadoras, administración) de un cultivo de lulo en 2 hectáreas de extensión con 7.000 matas de lulo proyectado en 3 años, pero no la variación de los insumos, materiales y mano de obra desgregados mes a mes en 11 meses de siembra (estado del cultivo en el momento de la destrucción), factores que deben ser tenidos en cuenta con los factores climáticos. De otra parte, no ofrece ningún grado de certeza el quantum del perjuicio material, cuando en el cuerpo de la demanda se sostiene por parte del demandante que los perjuicios ascienden a “\$65.000.000 teniendo en cuenta los factores determinados por el ingeniero agrónomo como proyección de cultivo a tres años” y en el experticio aportado en anexo de la demanda, expedido por el mismo profesional, señor Nelson Rojas, se precisa que los costos del establecimiento de cultivo de lulo de 2 hectáreas de extensión es de \$91'021.760 (fl, 44, c.2). Se trata de afirmaciones del actor que no cuenta con algún soporte probatorio en el proceso. Es decir, hay certeza sobre la destrucción de unos cultivos, pero no sobre el *quantum* del perjuicio material. Resalta la Sala, para efectos de determinar los perjuicios materiales, que aunque en la diligencia de inspección ocular adelantada por la personaría de Algeciras se dio un número aproximado de las matas afectadas, las mismas no ofrecen la verosimilitud necesaria porque no se determinó cuál fue el criterio o soporte para arribar a tales afirmaciones.

18.5. Adviértase que el hecho de que en el proceso no se hallen los criterios para cuantificar el perjuicio, sí se acreditó que se produjo un daño antijurídico cierto y personal. Así entonces, no es posible negar las pretensiones de la demanda indemnizatoria pues, como lo ha dicho la doctrina, es necesario distinguir los conceptos de certeza del daño y de cuantificación del perjuicio, de tal forma que es posible que un daño cierto no sea cuantificable con las pruebas que obran en el proceso y que, en todo caso, sea factible que surja la responsabilidad, evento en el cual deberá el juez declarar en abstracto la condena, y fijar los criterios que sean necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio⁹².

⁹² Al respecto dice Henao Pérez: “Ahora bien, probada la existencia del daño en el proceso, de todas formas no se requiere probar en el mismo su cuantía para que la responsabilidad sea declarada. Como lo ha afirmado la jurisprudencia Colombiana, “una cosa es la ausencia de prueba del perjuicio y otra cosa es la falta de los elementos para hacer su tasación”. En efecto, en el primero de los casos se profiere una decisión desestimatoria, en tanto que en el segundo una condena in genere, la cual se resuelve en un incidente de liquidación de perjuicios que se permite en la jurisdicción contenciosa administrativa de conformidad con el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo. La diferencia entre los dos requisitos es importante, en la medida en que bien puede ocurrir que se pruebe el daño, pero sea difícil, por no decir imposible, probar su cuantía, caso en el cual, como ya se ha dicho, bien se puede aplicar el estándar mínimo del daño. Aún más, bien puede ocurrir, si se acepta la posición que aquí se toma, que en el incidente de liquidación de perjuicios el actor solicite que se aplique de oficio el estándar mínimo de daño, para que el juez desate el mismo en lugar de declarar extinguida la obligación y, también, que al igual que ocurre en el procedimiento civil, se inicie el abandono del incidente gracias a la técnica sugerida. Es claro, entonces, que si se ha establecido la existencia del daño, su cuantificación es un problema secundario que en últimas puede suplirse por presunciones que tendrán por objeto expresar los estándares mínimos a los que ya nos hemos referido, y que serán aceptables en la medida en que la existencia del daño esté acreditada”. HENAO, Juan Carlos. El

18.6. La falta de los elementos necesarios para determinar en concreto el monto de una eventual indemnización de perjuicios, no implica en modo alguno la inexistencia del daño y, antes bien, cuando este se encuentre demostrado como cierto y actual y, además, se den los otros elementos necesarios para la declaratoria de responsabilidad, la falta de cuantificación del perjuicio implica que se profiera una condena en abstracto, pero nunca la denegatoria *ab initio* de las pretensiones de la demanda.

18.7. Por esta carencia probatoria que no permite establecer con certeza la cuantía concreta de los perjuicios materiales que debe decretarse a cargo de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, la Sala decidirá una condena *in genere*, en observancia de los parámetros que para tal efecto establece el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo. La citada norma dispone:

Condenas en abstracto. *Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código contencioso Administrativo y 137 del código de Procedimiento Civil.*

Cuando la condena se haga en abstracto, se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquél o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.

18.8. En este orden de ideas, el incidente se sujetará a los siguientes parámetros:

18.8.1. Para establecer el **daño emergente** se deberá, dentro del trámite del incidente de liquidación de la condena, ordenar y practicar un dictamen pericial por parte de un profesional en agronomía, mediante el cual se pueda (i) determinar cuántas matas de lulo se pueden sembrar en las dos (2) hectáreas del predio del actor; (ii) establecer las erogaciones económicas que se deben hacer para el referido cultivo de lulo con 11 meses de maduración –estado de evolución del cultivo según lo probado-, el cual comprenderá la mano de obra empleada, la cantidad de los insumos (semillas, fertilizantes, insecticidas, fungicidas, plaguicidas, controles fitosanitarios, servicios públicos tales como agua, energía, etc.) y la suma que corresponde a los gastos en los que incurrió el actor para la recuperación de la tierra, con posterioridad a la destrucción del cultivo de lulo.

18.8.2. Para establecer el **lucro cesante** se atenderá a los siguientes parámetros: i) la indemnización deberá corresponder al cien por ciento (100%) de la utilidad que esperaba recibir el señor Luis Elí Medina con la cosecha en dos hectáreas de siembra de lulo de su propiedad. El cálculo aludido deberá estar soportado en contratos o facturas u otra prueba que permita concretar el perjuicio causado, especialmente de empresas o personas naturales que para ese entonces hubiera ejercido la misma actividad y bajo características similares; ii) al monto correspondiente al lucro cesante global se le descontará los costos de producción,

esto es, solo se reconocerá la utilidad líquida que se esperaba obtener; iii) el valor de la utilidad líquida se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se tendrá en cuenta que el índice inicial corresponde a la fecha de evolución de los 11 meses de maduración del cultivo de lulo y el índice final corresponde al mes anterior a la fecha de la providencia que decida el incidente de liquidación de la condena.

18.9. Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar, condenará a la Nación–Ministerio de Defensa-Policía Nacional por los daños causados a la finca “La Toscana” de propiedad del señor Luis Elí Medina, como consecuencia de la afectación ambiental proveniente de las fumigaciones aéreas con glifosato realizadas por la Policía de Antinarcóticos, la tercera semana del mes de enero de 1999. Esta condena se hará en abstracto, perjuicios que deberán liquidarse mediante incidente que deberá promover el demandante dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, conforme al artículo 172 C.C.A.

19. Costas

19.1. Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

19.2. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia proferida el 9 de agosto de 2004 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar, decide:

PRIMERO. DECLARAR patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional por los perjuicios materiales que padeció el señor Luis Elí Medina, por la destrucción del cultivo de lulo sembrado en su propiedad como consecuencia de las fumigaciones aéreas con glifosato realizadas por la Policía Antinarcóticos, la tercera semana de enero de 1999.

SEGUNDO. CONDENAR a la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional a cancelar al señor Luis Elí Medina, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, la cuantía que se establezca dentro del trámite incidental que para el efecto deberá promover la parte actora dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, y de conformidad con los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. Por Secretaría, **ENVÍESE** una copia de esta providencia al señor Ministro de Defensa y al señor Director de Antinarcóticos de la Policía Nacional, para el cumplimiento de las siguientes medidas de no repetición:

i) **Ordenar** a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, según lo prescribe la Ley 30 de 1986, **identifique y delimite** geográficamente *ex ante* las

áreas de cultivos ilícitos y los linderos del predio, y las zonas excluidas, con el fin de que se tome las medidas técnicas adecuadas para mitigar o evitar eventuales daños antijurídicos colaterales, máxime cuando hoy la administración puede disponer de medios tecnológicos de punta, tales como imágenes satelitales, sistemas de información geográfica dispuestos en aeronaves que registra tomas aéreas, cartografía digital, etc., instrumentos que le permiten a la Policía Nacional, sin hacer presencia física en el área, identificar, delimitar y caracterizar la zona que se quiere impactar.

ii) **Ordenar**, con fines preventivos, a la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, como ente ejecutor del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con el Herbicida Glifosato -PECIG - ejecute el programa a su cargo, con observancia del Plan de Manejo Ambiental aprobado por la Resolución n°. 1054 del 30 de septiembre de 2003 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, o de las disposiciones legales que la sustituyan y que persigan similares objetivos, con el fin de evitar, prevenir, advertir, mitigar, remediar, controlar, compensar y corregir los eventuales daños ambientales.

iii) **Exhortar** al Gobierno Nacional para que en aplicación del principio de precaución estipulado por el artículo 1º de la Ley 99 de 1993, examine la posibilidad de utilizar otras alternativas diferentes al método de erradicación aérea con el herbicida glifosato sobre cultivos ilícitos, con el fin de prevenir eventuales daños antijurídicos al ambiente y a la población en general.

CUARTO. NO CONDENAR en costas pues no quedó acreditado que la entidad demandada obrara procesalmente con temeridad alguna.

QUINTO. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y 115 del C.P.C. Para el efecto, expídanse copias al apoderado de la parte demandante que ha venido actuando, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995.

SEXTO. En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Magistrada

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado