

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-28
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 1 de 26

## RESPONSABILIDAD ESTATAL POR EL USO DE GLIFOSATO EN LA ERRADICACIÓN DE CULTIVOS ILÍCITOS EN COLOMBIA

JUAN ESTEBAN ZAPATA ECHAVARRÍA  
E-mail: juanzapata.e@hotmail.com

SERGIO ANDRÉS CABALLERO MONCADA  
E-mail: checho.caballero@hotmail.com

DANIEL ÁLVAREZ RAMÍREZ  
E-mail: dancris1914@hotmail.com

**2018**

**Resumen:** En este artículo de enfoque cualitativo se identifica la responsabilidad que tiene el Estado colombiano por daños y afectaciones ocasionados al medio ambiente y a las personas por el uso de glifosato en la erradicación de cultivos ilícitos. Para ello, se valora, desde la perspectiva de los riesgos, el uso del glifosato en las fumigaciones de cultivos ilícitos a la luz del principio de precaución; se describen los mecanismos de reparación, indemnización e imputación en materia ambiental por los daños ocasionados al medio ambiente por el uso de glifosato en la erradicación de cultivos ilícitos; y se establece la doctrina desarrollada por el Consejo de Estado frente a la responsabilidad estatal por las afectaciones a la población civil por fumigaciones con glifosato.

**Palabras claves:** *aspersión aérea, cultivos ilícitos, daño, glifosato, impacto ambiental, responsabilidad estatal.*

**Abstract:** This qualitative approach identifies the responsibility of the Colombian State for damages and damages caused to the environment and to people by the use of glyphosate in the eradication of illicit crops. To this end, the use of glyphosate in the spraying of illicit crops in the light of the precautionary principle is assessed from the risk perspective; describes the mechanisms of compensation, compensation and imputation in environmental matters for the damages caused to the environment by the use of glyphosate in the eradication of illicit crops; and it establishes the doctrine developed by the Council of State in front of the state responsibility for the affectations to the civil population by fumigations with glyphosate.

**Keywords:** *aerial spraying, illicit crops, damage, glyphosate, environmental impact, state responsibility.*

### INTRODUCCIÓN

La situación jurídica que se busca desarrollar aquí está dirigida a determinar qué tipo de responsabilidad tiene el Estado por los daños y afectaciones ocasionados al

medio ambiente, a la salud humana y al patrimonio de las personas por el uso del glifosato, especialmente cuando éste se rocía para erradicar los cultivos ilícitos en el país, y aunque el Consejo de Estado en fallo de 2013 ya había prohibido el uso de este

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 2 de 26</b>

químico en Colombia, en la medida en que “conlleva un riesgo potencial al medio ambiente” (Consejo de Estado, Sentencia del 11 de diciembre de 2013), y la Corte Constitucional igualmente en 2017 había cerrado la puerta de revivir las fumigaciones con esta clase de sustancias por tener “la potencialidad de afectar la salud humana como probable agente cancerígeno y, también, de forma muy peligrosa, el medio ambiente” (Corte Constitucional, 2017, Sentencia T-080), el debate sobre los daños que se generan por el uso del químico se vuelve a abrir debido a la autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes de reanudar las aspersiones con glifosato, pero esta vez utilizando drones, que son pequeños aparatos que vuelan, no tripulados, que se pueden contralar en forma remota, tras el aumento de los cultivos ilícitos en el país

denunciado por el gobierno de los Estados Unidos en junio pasado\*.

En todo caso, para determinar el tipo de responsabilidad que tiene el Estado en este tipo de casos, se tiene que identificar el elemento principal de la misma y ubicarla en el tipo que le corresponde. En este caso en particular se debe conocer si la responsabilidad es del tipo subjetivo, la cual tiene en cuenta la culpa en su actuar, o del tipo objetivo, que se interesa por el daño antijurídico causado por la acción u omisión del Estado, sin importar si existió o no la culpa.

A propósito, cuando el Estado, en su actuar legítimo, ocasiona daños a

---

\* Según el último informe presentado por la Oficina de la Política Nacional para el Control de Drogas de la Casa Blanca de Estados Unidos, en Colombia se incrementaron los cultivos ilícitos en un 11% en comparación con el 2016 y se llegó a la cifra de 209.000 hectáreas cultivadas (Caracol Radio, 2018).

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 3 de 26</b>

particulares, se presenta una responsabilidad administrativa que pertenece al régimen objetivo de responsabilidad, que se aplica al riesgo excepcional. Así, para entender el riesgo excepcional es necesario conocer sus características y además identificar el tipo de responsabilidad que tiene el Estado cuando causa un daño antijurídico que el particular no está en la obligación de soportar.

Es de tener en cuenta que la responsabilidad y obligación de las entidades públicas, dentro del ámbito contractual o extracontractual del Estado, es susceptible de causar perjuicios a los particulares, razón por la cual es acertado realizar este estudio y establecer un derrotero para el particular que se encuentra inmerso en esta situación, toda vez que ningún ciudadano está exento de sufrir algún perjuicio causado por el Estado directa o indirectamente. En este orden de

ideas, la administración debe responder siempre que cause daños o perjuicios con el riesgo creado y sólo podrá exonerarse si demuestra causa extraña, es decir, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima o de un tercero; el riesgo entonces constituye suficiente factor de daño.

De acuerdo con Gil (2011), la aplicación del régimen de responsabilidad por el riesgo creado ha sido muy restringida y hace alusión a la utilización de recursos o medios que pueden generar una situación de riesgo para el particular, lo cual está íntimamente ligado a la idea del equilibrio de las cargas públicas; frente a ello, señala el Consejo de Estado (Rad. 13967) que sólo podrá exonerarse de responsabilidad desvirtuando dicho nexo mediante la comprobación de una causa extraña como la culpa exclusiva de la

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 4 de 26</b>

víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Es de anotar que en este evento no existe falla del servicio, puesto que es un actuar lícito por parte del Estado el que genera el perjuicio; contrario es que presentara la falla en dicho servicio, puesto que, en tal caso, se estaría bajo otro tipo de responsabilidad Estatal. Recuérdese que el Consejo de Estado (Cfr. Sentencia del 15 de noviembre de 1995) acogió la noción inicial de la falla del servicio que implica un mal funcionamiento, la falta de funcionamiento o el funcionamiento tardío de un servicio, pero posteriormente, y con el fin de enmarcarla en un ámbito más jurídico, la definió como la violación al contenido obligacional a cargo del Estado, sin abandonar del todo la aplicación del concepto descriptivo del funcionamiento.

En todo caso, como se trata de un tema ya bastante debatido, especialmente en la jurisprudencia colombiana, con este artículo se contribuye académicamente con un análisis objetivo sobre la responsabilidad que tiene el Estado por el uso del glifosato en la erradicación de cultivos ilícitos, más aún cuando ya había quedado claro que el uso de este químico “conlleva un riesgo potencial al medio ambiente” (Consejo de Estado, Sentencia del 11 de diciembre de 2013) y que además tiene “la potencialidad de afectar la salud humana como probable agente cancerígeno y, también, de forma muy peligrosa, el medio ambiente” (Corte Constitucional, 2017, Sentencia T-080), y en especial por la reciente autorización dada por el Consejo Nacional de Estupefacientes el 26 de junio de 2018 de reanudar las aspersiones a los cultivos ilícitos con este agente

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 5 de 26</b>

químico. Por ello la pregunta a resolver aquí gira en torno a la identificación del tipo de responsabilidad que le atañe al Estado colombiano por daños y afectaciones ocasionados al medio ambiente y a la ciudadanía por el uso de glifosato en la erradicación de cultivos ilícitos.

## 1. EL RIESGO DEL USO DEL GLIFOSATO EN LAS FUMIGACIONES DE CULTIVOS ILÍCITOS Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Al realizar una valoración, desde la perspectiva de los riesgos, del uso del glifosato en las fumigaciones de cultivos ilícitos a la luz del principio de precaución, es necesario tener en cuenta la relación de dicho principio con la protección de los derechos colectivos a “gozar de un ambiente sano, de garantizar, aprovechar y restaurar

los recursos naturales, las especies animales, vegetales y las diversas áreas de importancia ecológica” (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de octubre de 2004).

El Consejo de Estado, en dicho pronunciamiento, realiza una valoración del tema de las fumigaciones a la luz del principio de precaución, encontrado estudios científicos que valoraban positiva y negativamente las fumigaciones aéreas, llegando a establecer lo siguiente:

Que no hay prueba fehaciente, pese a la labor científica que se ha cumplido, que haga concluir que los seres humanos corran peligro con la aspersión del glifosato, no obstante lo cual estima la Sala que deben tomarse ciertas medidas de control para ir observando el desenvolvimiento de los hechos con el transcurso del tiempo, dado que el método empleado por quienes han adelantado las correspondientes investigaciones es, como era de esperarse, inductivo, que pretende llegar a generalizaciones partiendo de casos particulares y con base en el examen de grupos de

individualidades, tanto en relación con el hombre como en relación con las demás especies de animales y vegetales (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de octubre de 2004).

Agrega dicho tribunal que no existen pruebas que pongan en evidencia que el uso del glifosato en la fumigación de cultivos ilícitos presente algún tipo de daño de carácter irreversible en la naturaleza; sin embargo recalca que:

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 (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de octubre de 2004).

La interpretación brindada por el Consejo de Estado, permite inferir que dicha corporación comprendía la incertidumbre que rodea el tema de las fumigaciones aéreas, entendiendo que incertidumbre no supone

desconocimiento, sino que se refiere a la falta de base o conocimiento científico para reconocer un determinado consenso, uniformidad, o algún elemento determinante que permita vislumbrar que sí hay certeza en los efectos que se produzcan.

No obstante, si bien las afirmaciones del Consejo de Estado permiten inferir la incertidumbre, dicha corporación se ha inclinado por una posición que escapa de la esfera académica y jurídica, trasladándose a un trasfondo político, en el cual se reconoce expresamente la incertidumbre respecto a los riesgos y daños que pueden causar dichas sustancias en el medio ambiente y en la salud humana, pero a la vez se da la espalda a los mismos, por motivos de debilitamiento del Estado e interés general, al respecto manifestó puntualmente:

Claro está que la aspersión debe producirse de conformidad con las pautas que señalen las autoridades ambientales, sin que deba permitirse su más leve transgresión; 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 se fortalecerían 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 (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de octubre de 2004).

Bajo los anteriores supuestos facticos, es importante resaltar que el Consejo de Estado con su interpretación olvida que “la falta de datos sobre los efectos de las fumigaciones en la salud o en el medio ambiente se debe a la ausencia de estudios, pero de ninguna manera demuestra ausencia de daños” (Plazas, 2006, p. 28), los cuales son reconocidos, pero minimizados por parte de la corporación.

La sentencia proferida por el Consejo de Estado se podría encuadrar en lo que Riechmann (2007) denomina como “falsas pruebas negativas” (p. 3), teniendo en cuenta que se entiende que los riesgos generados por las aspersiones aéreas no representan peligro alguno para el ambiente y la salud humana, lo cual queda revalorado con lo establecido por el Estado.

Frente al tema de los riesgos generados por las aspersiones aéreas con glifosato, es necesario recurrir a la estructuración que Henao (2012) formula respecto al juicio de responsabilidad, en donde es necesario diferenciar si nos encontramos ante una situación de peligro o ante una situación de amenaza, diferenciando las implicaciones de cada una.

El precitado autor establece que un peligro hace referencia a aquella situación de normalidad, teniendo en cuenta que a toda actividad le es inherente la producción de un riesgo por mínimo que sea, por lo tanto la situación de peligro es aquella en la que se genera riesgo pero no se produce daño, dado que el riesgo generado es “socialmente aceptado”.

La situación de amenaza es definida partiendo de la definición de peligro, por lo tanto es entendida como la situación en la cual los riesgos que generaban peligro comienzan a exceder lo “socialmente aceptable”.

Por su parte, García (2013) establece que la amenaza a su vez presenta dos vertientes, subdividiéndose en amenaza reversible y amenaza irreversible.

La amenaza reversible se refiere al ámbito de aplicación del principio de precaución, entendiendo que los riesgos comienzan a exceder lo socialmente aceptable, y por lo tanto se presenta un escenario de incertidumbre que me invita, en lugar de esperar a que se materialice el daño, a adoptar una acción positiva que me va a permitir que frente a esa situación que genera un riesgo que comienza a exceder lo socialmente aceptable, yo tengo la capacidad de revertirlo o incluso de remediarlo.

Por su parte, la amenaza irreversible representa el escenario donde puedo aplicar un principio de prevención pero no de precaución, dado que la autoridad no realizó ninguna acción positiva y dejo que fuera irreversible e irremediable, configurándose un daño. Ya no se habla de riesgo

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 9 de 26</b>

socialmente aceptable, teniendo en cuenta que la sociedad no tiene la capacidad de aceptarlo porque se vuelve un escenario de producción de un daño o de probabilidad de un daño.

Según lo explicado de la diferenciación entre peligro y amenaza, para el Consejo de Estado, el caso de las aspersiones aéreas con glifosato se encuentra consagrado dentro de las situaciones de peligro, teniendo en cuenta que la decisión considera que las aspersiones generan un riesgo para el medio ambiente y la salud humana, pero que el mismo no genera ningún daño.

Actualmente, luego de más de una varios años de la sentencia del Consejo de Estado de 2004 sobre el tema de las aspersiones con glifosato, es factible establecer que dicha situación de amenaza reversible se ha

convertido en repetidas ocasiones en situación de amenaza irreversible en la cual muchas comunidades se han visto afectadas por las aspersiones aéreas, configurándose un daño puntual en los recursos naturales o la salud humana.

De igual manera, es preciso establecer si los riesgos generados por las aspersiones aéreas con glifosato son socialmente aceptados.

Una vez definidos riesgo y amenaza es necesario definir la expresión “riesgo socialmente aceptado” (Villegas, 2014, p. 48), la cual hace parte de ambas definiciones, y por ende es necesaria para entender el contexto de la definición. Por riesgo socialmente aceptable se entiende aquel sobre el cual se tenga capacidad de ejercer voluntariamente mi discernimiento, porque

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 10 de 26</b>

me han dado elementos para discernir. Una comunidad cuyos territorios han estado sometidos a fumigaciones entendería como riesgo socialmente aceptable, la zona de afectación de las aspersiones aéreas.

Al respecto, es importante estudiar la posición asumida por el Consejo de Estado, el cual estableció que las fumigaciones aéreas representan un riesgo socialmente aceptado, conduciendo las fumigaciones a una situación de peligro, en la cual no se genera ningún daño.

Para el Consejo de Estado el “colectivo” (afectados con las aspersiones aéreas) es toda la sociedad Colombiana, desconociendo que este fenómeno en su mayoría afecta a los campesinos, personas que viven en la zona rural de nuestro territorio, y obtiene su sustento de lo que produce su tierra, por lo

tanto el “colectivo” se vería reducido a las personas de la zona de influencia de dichos procedimientos.

En este tipo de situaciones se romper el principio de igualdad por parte del Consejo de Estado, generando una discriminación positiva al tener como admisible y como aceptable las fumigaciones aéreas en la zona de influencia de los cultivos ilícitos, sin que los mismos hayan sido objeto de colectivización.

## 2. REPARACIÓN, INDEMNIZACIÓN E IMPUTACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL USO DE GLIFOSATO

Al realizar un análisis de los mecanismos de reparación, indemnización e imputación

en materia ambiental por los daños ocasionados al medio ambiente por el uso de glifosato para aspersiones de cultivos ilícitos, es posible señalar que mediante el régimen de responsabilidad objetiva es posible que la ciudadanía obtenga la reparación de aquellos daños, siempre que se den las condiciones para ello.

De esta forma, para lograr una efectiva y completa protección del entorno es necesario dar prelación al concepto de reparación in natura, ya que es la única forma en que se hace posible abordar el componente natural dañado o afectado; de esta manera, resulta perentorio que se adopten los mecanismos necesarios para restaurar el bien dañado.

Sobre este asunto, De Miguel (1997) señala:

La valoración y cuantificación de los daños ambientales deberá tener en cuenta el valor que tenía el bien antes del daño; es por eso que la valoración debe ser la diferencia que existe antes y después del hecho dañino. Señalar una solución teórica resultaría complejo, ya que depende de cada caso en particular. Lo que sí es cierto es que la misma deberá comprender los perjuicios que se generen desde el momento mismo del daño, hasta su respectivo resarcimiento, esto en razón de la regla de la indemnización plena, la cual supone dejar a la víctima ileso, es decir, como si el daño no hubiera ocurrido o, al menos, en la situación más próxima a la que existía antes del suceso (p. 148).

La regla de la indemnización plena, por tanto, no es más que el objetivo de la traslación patrimonial que se efectúa del sujeto activo al sujeto pasivo del daño; por consiguiente, se debe indemnizar el daño y únicamente el daño, pues de lo contrario se estaría presentando un enriquecimiento sin justa causa.

Con relación al medio ambiente, las técnicas e instrumentos jurídicos de su

protección son, de acuerdo con Casas (2002), las medidas preventivas, las medidas represivas, las medidas disuasorias, las medidas compensatorias de tipo preventivo o de naturaleza reparadora, las medidas estimuladoras, los instrumentos económicos y las técnicas complementarias.

En materia ambiental se plantea un sinnúmero de interrogantes dirigidos a esclarecer de forma precisa si la imposición de medidas preventivas, tributos, sanciones y penas por parte de la autoridad administrativa excluye la posibilidad de ejercer las acciones que se consideren adecuadas para el resarcimiento de los perjuicios en contra del Estado por afectaciones y daños a la salud o al ambiente a causa de las aspersiones con glifosato en cultivos ilícitos.

De acuerdo con Garrido (2009), las medidas de mitigación y compensación consagradas en la Ley 99 de 1993 no descartan la posibilidad de ejercer acciones destinadas a la reparación total del daño causado, aunque es importante señalar que la suma pagada para tal efecto no puede ser cobrada nuevamente, ya que ese abono hace parte integral del resarcimiento del daño ambiental ocurrido; también implica el resarcimiento o la reducción de los efectos del daño en procura de acatar un mecanismo de prevención que no puede ser cobrado nuevamente mediante una acción civil, ya que daría lugar a un pago por duplicado; por tal razón, únicamente se puede cobrar lo que no se haya pagado en el cumplimiento total de la obligación debida.

En cuanto a las tasas retributivas y compensatorias, vale la pena indicar si

ostentan un carácter sancionatorio; al respecto, es importante señalar, de acuerdo con Casas (2002), que estas no se sufragan como consecuencia del incumplimiento de algún precepto normativo, sino que el mismo responde al pago realizado como resultado de la producción de emisiones nocivas; esto es así porque es lógico que las personas alteren el hábitat natural con un sinnúmero de factores agresivos, pero dentro de los límites de contaminación permisibles, lo cual no implica que a los posibles agentes contaminadores, es decir, el Estado a través del accionar del Ministerio de Defensa, y particularmente, de la Policía Nacional y la Fuerza Aérea, ejecuta el desarrollo de actividades de aspersión con glifosato, representen peligro o riesgo, se les autorice para dañar o lesionar bienes ambientales, en lugar de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y evitar la contaminación. Lo

que se pretende, por tanto, es obtener un equilibrio entre desarrollo y sostenibilidad, objetivo básico de la política ambiental mundial.

El daño ambiental posee una estrecha relación con la tasa, ya que los factores que se tienen en cuenta para fijarla implican aspectos que atañen al daño, es decir, una lesión a los componentes naturales, lo que acarrea para el Estado, que es quien contamina, una carga de restitución y reparación del sistema afectado, esto en razón del carácter renovable de los recursos que experimentan una afectación por la conducta antiecológica desplegada.

El cumplimiento de las disposiciones legales y los reglamentos que obligan a la ciudadanía, así como al Estado, a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños,

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 14 de 26</b>

y las sanciones respectivas, no descartan la posibilidad de ejercer acciones para obtener la reparación efectiva de los daños causados. Como consecuencia de lo anterior se puede señalar que las medidas administrativas concurren o se acumulan con la orden de reparación de los perjuicios ocasionados. No sería necesario ir en contravía de los preceptos normativos para que surja la responsabilidad.

Al respecto, señala Puente (2010):

(...) aunque se cumplieran todas las medidas legales aplicables, sería exigible la correspondiente indemnización, ya que existe independencia entre las técnicas civiles y administrativas de protección; sin embargo, esto debe tomarse con prudencia, pues se podría llegar a indemnizar por ambas vías más allá de lo debido y generar así un doble pago (p. 149).

De todo lo anterior, entonces, se puede concluir que en materia administrativa hay

lugar, en primer lugar, a la reparación del daño y, en segundo lugar, al ejercicio de la potestad sancionadora, consistente en la imposición de sanciones cuando a ello diera lugar. Aunque en lo atinente a las tasas compensatorias y retributivas hay que tener en cuenta que no poseen un carácter sancionatorio ni indemnizatorio y, por esto, no excluyen la posibilidad de ejercer las acciones necesarias para obtener la indemnización de daños.

De otro lado, con respecto a la imputación, que es el otro elemento que se exige para que se pueda declarar la responsabilidad por afectaciones al medio ambiente por el uso del glifosato, con la cual se busca generar una relación entre la fumigación y el daño generado; es por ello que la víctima debe buscar dicha relación con una acción u omisión atribuible a una

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p><b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b></p>	<p><b>Código:</b> F-PI-32</p>
		<p><b>Versión:</b> 01</p>
		<p><b>Página</b> 15 de 26</p>

persona. Es por ello que la imputación se constituye en uno de los temas que mayores dificultades presenta en el ámbito del derecho, especialmente en el campo de la responsabilidad, ya que determinar de manera exacta el origen de un resultado específico, cuando el mismo puede ser consecuencia de una pluralidad de causas, resulta de por sí bastante complejo.

En ese orden de ideas, para lograr la reparación de un daño es necesario que éste se le pueda imputar a un sujeto o ente determinado, en este caso, al Estado, ya sea por acción o por omisión. En otras palabras, el daño “cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se atribuye su producción” (Casas, 2002, p. 155); por tanto, toda conducta requiere de un ente al cual asignarle una causa suficiente a

la cual se le responsabilice por los daños surgidos.

Con respecto a la imputación existe un inconveniente en cuanto a la responsabilidad, y es la dificultad del tema probatorio para poder establecer con real certeza una relación entre causa y efecto entre la fumigación con glifosato y el daño generado, aunque es más difícil cuando el daño se causa al medio natural. Así lo han establecido Lloret & Garros (2007) al señalar lo siguiente:

Los daños al medio ambiente, y las consecuencias que de ellos se derivan en el ámbito de la responsabilidad civil pueden tener un muy diferente origen, y en su “camino” pueden encontrarse y unirse con otras varias concausas, que hagan difícil su prueba y aun el conocimiento de su mera existencia. Afirmar que el daño debe ser cierto significa que no existan dudas sobre su realidad. No obstante, cuando del medio ambiente se trata, es difícil intuir, por una parte, las numerosas dificultades que surgen a la hora de probar el nexo entre el hecho y el resultado dañoso y, por la otra, las

dudas científicas que constantemente se plantean y que todavía no parecen estar resueltas para temas tan cotidianos como, por ejemplo, las verdaderas causas y consecuencias del cambio climático, los efectos nocivos para la atmósfera de los incineradores de residuos, etc. (p. 104).

Los problemas que se derivan de las aspersiones con glifosato están relacionadas con el hecho de que los procesos que contaminan afectan de forma incierta todo el hábitat natural, ya sea directa o indirectamente, lo que lleva, de acuerdo con Londoño, Rodríguez & Herrera (2007), “a no tener certeza en la causa que generó el resultado y, por ende, a la imposibilidad de establecer de forma clara y precisa la prueba de la imputación” (p. 35).

En todo caso, para determinar quién es el agente contaminador, señala la Corte Constitucional colombiana en Sentencia T-080 de 2015, es preciso partir de una serie

“de presunciones directas e indirectas de causalidad, modificando las reglas generales de la carga de la prueba; es por ello que el demandado es el llamado a demostrar la inexistencia de la relación de causalidad entre su actividad y el daño” (Corte Constitucional, 2015, T-080); es por esto que es al demandado a quien le corresponde probar la existencia de esa relación entre la fumigación y el daño ocasionado, trasladándose así la carga probatoria de la víctima al generador del daño.

Atendiendo el anterior lineamiento, el Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental señala que “para que el régimen de responsabilidad sea efectivo tiene que ser posible establecer la identidad de los contaminadores (...)” (Comisión Europea, 2000, p. 7); de acuerdo con esto, no se podría hacer responsable de forma indiscriminada a

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 17 de 26

la colectividad, es decir, no se podría imputar responsabilidad colectiva, sino a aquellos en el caso específico, y de acuerdo a los elementos probatorios, que ocasionaron el daño.

Esto hace posible que los costos de prevención y restauración sean costeados por aquellos que verdaderamente desplegaron la conducta que causó la necesidad de reparar, y no por toda la sociedad no determinable. Esto significa que es necesario identificar a los contaminadores, con el objetivo de que sea procedente la responsabilidad; así, si el daño es ocasionado por varias personas claramente identificadas, surge entre ellas una fuente legal de solidaridad y, por ende, con relación al daño, están solidariamente obligadas a repararlo.

Cuando se presenta una situación de corresponsabilidad se aplica el principio de solidaridad, siempre y cuando la afectación haya sido generada por varios responsables, con lo cual un afectado puede solicitar la reparación a los causantes del mismo.

### 3. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LAS AFECTACIONES A LA POBLACIÓN CIVIL POR FUMIGACIONES CON GLIFOSATO SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO

En Colombia, las fumigaciones con glifosato hechas por parte de la Policía Nacional han sido objeto de controversia en sede de responsabilidad patrimonial del Estado. A continuación, se relacionan algunos casos estudiados a partir de las sentencias encontradas en la consulta de jurisprudencia de la Sección Tercera del

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 18 de 26

Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En Sentencia del 11 de junio de 1993 (Rad. 7719), se aborda el caso del accionar de la Policía Nacional en torno a unas fumigaciones con glifosato para erradicar cultivos de coca sobre la Sierra Nevada de Santa Marta. El demandante afirma que producto de estas fumigaciones, se vio seriamente afectado sus terrenos y se perdieron las cosechas de tomate en el mes de julio de 1986.

En primera instancia, se obtuvo fallo favorable al demandante por considerar que se encontraban probados los elementos de la falla en el servicio: daño, acción de la Policía Nacional y relación de causalidad entre el primero y el segundo. Sin embargo, en la

apelación se demostró que las fumigaciones no se realizaron sobre la finca del accionante.

Frente a ello, el Consejo de Estado revoco la sentencia al considerar tres aspectos en particular:

No se logró probar que los cultivos hubieran sido afectados específicamente por el herbicida glifosato, pues en las pruebas técnicas presentadas solo se indica la presencia de tóxicos sin que se especifique de cuáles se trata.

No se discute el acto que ordenó la fumigación, sino los efectos de la actividad que directamente realizó la Policía Nacional, por lo que sí están legitimados en la acción.

El término de dos años de caducidad no puede contarse a partir del momento en que se realizan las fumigaciones, sino que inicia a correr una vez se detectan los efectos en los cultivos (Consejo de Estado, Sentencia del 11 de junio de 1993).

Por su parte, en la Sentencia del 27 de enero de 2012, se estudia el caso que versa sobre unas fumigaciones relacionadas por la

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 19 de 26

Policía Nacional en noviembre de 1997; se manifiesta que producto de estas fumigaciones se produjo una afectación a terrenos de pasto, selva madera y cultivos productivos y que resultaron afectados yacimientos de agua; además, en el predio no existía cultivo de droga alguno.

En primera instancia se falló de manera favorable al demandante por considerar que se encontraba probado que aeronaves de la Policía Antinarcóticos realizaron fumigaciones sobre un predio, afectando cultivos y yacimientos de agua. A pesar de que la decisión fue apelada, el Consejo de Estado confirmó la decisión de primera instancia, basado en los siguientes argumentos:

Del análisis probatorio, la Sala concluye que sí se logró probar que el predio fue afectado por fumigaciones

aéreas realizadas por la Policía Antinarcóticos.

Es irrelevante precisar el tipo específico de herbicida, pues se logró probar que fumigaciones con herbicidas afectaron el predio sin que sea necesario que se diga específicamente el nombre de los mismos. Si bien no se practicaron pruebas de laboratorio, todo indicaba que se trataba de glifosato.

Se logró acreditar que la segunda semana de noviembre de 1997, la Policía Antinarcóticos realizó fumigaciones aéreas en varias veredas del Departamento del Caquetá, entre ellas en la Vereda La Nutria, jurisdicción del Municipio La Montañita, lugar en el que está ubicado el predio “La Esperanza”. Estas fumigaciones causaron daño a la actora, quien no tenía por qué soportarlo, si se tiene en cuenta que en el predio afectado no existían cultivos ilícitos de ninguna naturaleza (Consejo de Estado, Sentencia del 27 de enero de 2012).

En Sentencia del 30 de enero de 2013 se aborda el caso de la fumigación realizada por la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional en las regiones de Belén de los Andaquíes y San José del Fragua en el departamento de Caquetá, las cuales

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 20 de 26</b>

afectaron varias hectáreas de caucho, yuca, pasto y bosque virgen o de reserva. En primera instancia, se falló favorablemente al demandante, al encontrarse probado el hecho de la fumigación, el nexo causal y la falla en el servicio porque la demandada no verificó la existencia de cultivos ilícitos en el predio fumigado.

Aunque el fallo fue apelado, el Consejo de Estado confirmó el fallo de primera instancia y estableció que “los daños al ecosistema, así se configuren en desarrollo de actividades lícitas y con todos los permisos o autorizaciones, tienen el carácter de daños antijurídicos con vocación de ser reparados” (Consejo de Estado, Sentencia del 30 de enero de 2013).

En la Sentencia del 20 de febrero de 2014, se analizó el caso de una fumigación

realizada en 1999 por parte de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional en el municipio de San Vicente en el departamento de Caquetá, actividad de la cual resultaron daños en un cultivo de lulo, aledaño a un cultivo de amapola. El tribunal de primera instancia denegó las pretensiones del demandante, debido a que las pruebas no fueron controvertidas.

Sin embargo, el máximo tribunal administrativo revocó dicho fallo basado en los siguientes criterios:

Quando se trata de un daño ambiental puro sin pretensiones indemnizatorias, la acción popular es la vía procesal idónea para su protección, mientras que en lo relativo a los daños ambientales impuros, la acción de grupo y la ordinaria de reparación directa son los mecanismos procesales idóneos para que un individuo o un sujeto colectivo los ejercite en aras de instaurar sus pretensiones de indemnización.

La actividad de fumigación de cultivos ilícitos es considerada una actividad peligrosa y por lo tanto le es aplicable el régimen objetivo de responsabilidad de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado amparado en la teoría del riesgo excepcional.

Pese a lo anterior, cuando se está en presencia de una actividad peligrosa como la aspersión de herbicidas, pero el daño fue producto de un mal accionar de la entidad pública, se deberá analizar la imputación bajo el título de falla en el servicio para labores pedagógicas y para abrir la puerta a la acción de repetición cuando sea procedente.

En el caso concreto, se toma la teoría del riesgo excepcional considerando que la fumigación con glifosato es una actividad peligrosa a la cual se le aplica el principio de precaución.

En los casos de deterioro ambiental, es necesario tomar medidas no pecuniarias con fines de no repetición y de reparación integral al medio ambiente (Consejo de Estado, Sentencia del 30 de enero de 2013).

En Sentencia del 27 de enero de 2016, se analiza el caso de una aspersión aérea con Glifosato en un predio rural en el municipio de Tumaco, Nariño, a cargo de la División de

Antinarcóticos de la Policía Nacional, que generaron la pérdida de 20 hectáreas de cultivos de palma de aceite. En primera instancia, se negaron las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que no se probó que la Policía Nacional incurrió en falla del servicio, ya que se acreditó que en la zona de fumigación existían cultivos de coca y cultivos de palma de aceite.

Frente a este caso, el Consejo de Estado accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, debido a que se probó la destrucción de dichos cultivos y estableció lo siguiente:

La fumigación aérea es considerada una actividad peligrosa a la cual se le aplican las reglas del régimen objetivo de riesgo excepcional, según el cual, es aquel a quien corresponda jurídicamente la guarda de la actividad calificada de peligrosa quien estará llamado a responder por los perjuicios que se ocasionen al concretarse el riesgo creado.

Con respecto al régimen probatorio, al accionante le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la Administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Por su parte, el demandado solo puede exonerarse probando la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima (Consejo de Estado, Sentencia del 27 de enero de 2016).

En la Sentencia del 2 de mayo de 2016, se aborda el caso de la afectación ocasionada a una granja piscícola ubicada en el municipio de Barbacoas, Nariño, por una fumigación con glifosato que realizó la Policía Nacional. El fallo de primera instancia condenó en abstracto a la Nación-Policía Nacional-Ministerio de defensa a reparar los daños materiales derivados de la fumigación por haberse probado el daño causado por la fumigación.

Frente a ello, el Consejo de Estado confirmó el fallo, argumentando lo siguiente:

En cuanto al régimen de responsabilidad, el Consejo de Estado ha estudiado la responsabilidad derivada de fumigaciones con Glifosato a partir de varios títulos de imputación, dependiendo del caso concreto.

En los eventos en los cuales no se demostró una falla de servicio, pero que, sin embargo, se produjo un daño antijurídico imputable al Estado por cuenta de la aspersión aérea de glifosato, el Consejo de Estado ha señalado que dicha actividad, por su naturaleza, produce riesgos ambientales

El empleo del glifosato como medio policivo para erradicar cultivos ilícitos constituye una actividad riesgosa, comoquiera que, por sí misma, tiene la potencialidad de producir daños ambientales indiscriminados, susceptibles de causar también perjuicios individuales, así como de eventualmente dañar la integridad física de los habitantes del territorio nacional. Es por ello que, a la entidad creadora de la actividad peligrosa le corresponde reparar los daños antijurídicos causados por la configuración del riesgo excepcional que ésta entraña, sin que sea necesario acreditar dentro del plenario que incumplió los deberes de cuidado que le eran exigibles (Consejo de Estado, Sentencia del 2 de mayo de 2016).

Finalmente, en la Sentencia del 5 de abril de 2017, se estudia el caso de fumigación realizada por la Fuerza Aérea en el municipio de Balboa, Cauca, del cual resultaron afectados cultivos de frutales y hortalizas. Sin embargo, según el fallo de primera instancia, no se pudo establecer que los demandantes fueron afectados por tales aspersiones aéreas, debido a que estas tuvieron lugar a 2.700 metros de distancia de los cultivos supuestamente afectados.

El Consejo de Estado negó las pretensiones del demandante estableciendo que no se pudo demostrar la propiedad sobre el bien inmueble afectado, lo cual impedía determinar una afectación directa a una persona.

## **CONCLUSIONES**

En los daños producidos por fumigaciones con glifosato, el término de dos años de caducidad no puede contarse a partir del momento en que se realizan las fumigaciones, sino que inicia a correr una vez se detectan los efectos en los cultivos.

Cuando se presenta un daño al ambiente, lo más importante es lograr la restauración y recuperación del entorno, esto es, una reparación in natura.

En el presente trabajo de disiente de lo expresado por el Consejo de Estado al manifestar que las aspersiones generan un riesgo para el medio ambiente y la salud humana, pero que no generan ningún daño, ya que diversos estudios hoy en día demuestran claramente que se presentan unos daños al ambiente y a la salud humana, los

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p><b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b></p>	<p><b>Código:</b> F-PI-32</p>
		<p><b>Versión:</b> 01</p>
		<p><b>Página</b> 24 de 26</p>

cuales no se quedan en situación de peligro como lo quiere hacer ver el Consejo de Estado, y superan lo socialmente aceptado, convirtiéndose en una situación de amenaza reversible, en la cual presenta un escenario de incertidumbre, que exige adoptar una acción positiva que impida que se materialice dicho daño.

Debido a la actual problemática existente en materia de cultivos ilícitos en Colombia es necesario establecer si existen otras opciones o alternativas diferentes a las aspersiones aéreas, debido a sus repercusiones en la salud humana y en el ambiente.

No se deja de reconocer la importancia del uso de glifosato en la erradicación de cultivos ilícitos, más en un país como Colombia, en donde la siembra de este tipo de plantíos creció de manera exponencial en los últimos

dos o tres años; sin embargo, al hacer un análisis en relación con la responsabilidad del Estado frente a los daños que pueda éste ocasionar por el uso de una sustancia química como el glifosato, no queda duda que se está atentando no sólo contra el medio ambiente, sino también contra la salud humana, animal y vegetal.

## REFERENCIAS

- Caracol Radio. (2018). *Cultivos ilícitos en Colombia llegaron a 209.000 hectáreas: EE.UU.* Recuperado de [http://caracol.com.co/radio/2018/06/25/nacional/1529940137\\_539824.html](http://caracol.com.co/radio/2018/06/25/nacional/1529940137_539824.html)
- Casas, S. (2002). Responsabilidad por daños al medio ambiente. En J. Cursio (coord.), *Lecturas sobre derecho del medio ambiente* (pp. 133-178). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Comisión Europea. (2000). *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental.* Recuperado de [http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el\\_full\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_es.pdf)
- Congreso de la República. (1993). *Ley 99. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y*

- conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Diario Oficial No. 41.146 del 22 de diciembre.
- Consejo de Estado. (1995). *Sentencia de 15 de noviembre. Exp. 10301.* Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta.
- Consejo de Estado. (2013). *Sentencia del 11 de diciembre. Rad. 11001-03-24-000-2004-00227-01.* Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.
- Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. (2004). *Sentencia del 19 de octubre, Rad. 25000-23-25-000-2001-0022-02(AP).* Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda.
- Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. (1993). *Sentencia del 11 de junio, Rad. 7719.* Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.
- Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. (2012). *Sentencia del 27 de enero, Rad. 22.219.* Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. (2013). *Sentencia del 30 de enero, Rad. 22.060.* Consejera Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Stella Conto Díaz del Castillo.
- Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. (2014). *Sentencia del 20 de febrero, Rad. 29.028.* Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. (2016). *Sentencia del 27 de enero, Rad. 52001-23-31-000-2006-00395-01(34797).* Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. (2016). *Sentencia del 5 de abril, Rad. 36357B.* Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.
- Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. (2017). *Sentencia del 5 de abril, Rad. 40.245.* Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.
- Corte Constitucional. (2015). *Sentencia T-080.* Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T-080.* Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- De Miguel P., C. (1997). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente.* Madrid: Civitas.
- Garrido C., L. (2009). *Los daños colectivos – Prospectiva general–.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 26 de 26

Gil B., E. (2011). *De la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

Villegas P., E. (2014). *Los delitos culposos y el dolo eventual en la jurisprudencia*. Lima: El Búho.

González P., S. (2006). *El Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos Mediante Aspersión Aérea de Glifosato: hacia la clarificación de la política y su debate*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

## CURRICULUM VITAE

**Juan Esteban Zapata Echavarría:**  
Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

Henao, J. (2012). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

**Sergio Andrés Caballero Moncada:**  
Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

Lloret, J. S., & Garros M., M. C. (2007). *Perspectivas sobre derecho ambiental y de la sustentabilidad*. Argentina: Universidad Católica de Salta.

**Daniel Álvarez Ramírez:** Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

Londoño T., B., Rodríguez, G. A., & Herrera C., G. (2007). *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Puente B., L. (2010). La capacidad de reacción del Estado frente al daño del ambiente: la limitación de la responsabilidad administrativa ambiental. *Advocatus: revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, (23), 147-157.

Riechmann, J. (2007). *Introducción al principio de precaución*. Murcia: FFIS.