

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Accede. Condena. Caso daño a cultivos de pimienta por fumigación con glifosato

NOTA DE RELATORÍA: Síntesis del Caso. Desde el día 31 de mayo de 2000, la parte actora, había adquirido el predio “El Yarumo”, de la vereda las Acacias, del municipio de Orito (Putumayo), dicha propiedad contaba con cultivos de pimienta, de la cual le generaba una producción de 40 kilos semanales, las cuales eran utilizadas por el demandante para la venta, con el fin de fomentar el cultivo de pimienta en la región; el cual se ejercía a través de la Asociación ACPIGAPIA y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía – CORPOAMAZONIA. No obstante, el 20 de mayo de 2004, la Policía Antinarcóticos fumigó el cultivo de pimienta, razón por la cual presentó el 3 de junio del mismo año, una queja por los daños causados a su plantación por la aspersión aérea con el herbicida glifosato.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR FUMIGACIÓN CON GLIFOSATO - Condena. Daño antijurídico / DAÑO ANTIJURÍDICO - Por programa de erradicación de cultivos ilícitos / DAÑO ANTIJURÍDICO - Fumigación con glifosato / FALLA DEL SERVICIO - En operativo militar. Daño a cultivos por aspersión de glifosato

En el presente asunto, le corresponde a la Sala determinar si le asiste razón a la entidad accionada cuando afirma en el recurso de apelación que no hay lugar a endilgarle responsabilidad por la aspersión realizada con glifosato a los cultivos del demandante, pues, según su dicho se pudo constatar que la pimienta que tenía sembrada el demandante estaba revuelta con coca, razón por la que, en cumplimiento del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos se adelantó el procedimiento pertinente (...), Sin embargo, se encuentra que en el presente caso, la Policía Nacional a través de la Dirección Antinarcóticos efectuó un operativo para asperjar cultivos ilícitos y como resultado de esta actividad se afectó el cultivo de pimienta de propiedad del demandante con el herbicida glifosato, siendo relevante señalar, que no se llevó con el pleno de los requisitos legales señalados para el efecto, lo que per se evidencia la falla en el servicio en que incurrió la entidad demandada, al incumplir los deberes normativos que le imponían la obligación de verificar previamente que de manera efectiva el terreno a fumigar tenía plantaciones ilícitas (...). En conclusión, La Sala de Subsección declarará la responsabilidad de la parte demandada, por ser imputable a título de falla del servicio el daño antijurídico causado al demandante, con la aspersión aérea con glifosato realizada al cultivo de pimienta de su propiedad el 20 de mayo de 2004 en municipio de Orito (Putumayo). NOTA DE RELATORÍA: Con aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque, al respecto ver las disertaciones consignadas en los votos disidentes de los exps. 32342 numeral 1, exp. 33870 numeral 1 y exp. 35796 numeral 2.

DAÑO AMBIENTAL - Concepto, definición, noción / DAÑO ECOLÓGICO - Concepto, definición, noción / DAÑO AMBIENTAL Y DAÑO ECOLÓGICO - Diferencias

El daño ambiental se define como “las alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas a los bienes materiales o de recursos, a la salud e integridad de las personas, así como a las condiciones mínimas para el desarrollo y calidad de vida, y que pueden limitar el ejercicio de determinados derechos [vgr. derecho de propiedad]”. En tanto que el daño ecológico se define como la “degradación, deterioro o modificación del medio natural causada como consecuencia de cualquier tipo de actividad”.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO AMBIENTAL Y DAÑO ECOLÓGICO - Por inundaciones, vertimiento de sustancias peligrosas, vertimiento o derrame de crudo o petróleo / DAÑO AMBIENTAL Y DAÑO ECOLÓGICO - Régimen de responsabilidad. Normatividad aplicable / DAÑO AMBIENTAL Y DAÑO ECOLÓGICO - Recuento jurisprudencial / DAÑO ANTIJURÍDICO POR AFECTACIONES AMBIENTALES Y ECOLÓGICAS - Régimen jurídico aplicable / FALLA DEL SERVICIO POR DAÑO AMBIENTAL - Título de imputación / FALLA DEL SERVICIO POR DAÑO ECOLÓGICO - Título de imputación / PERJUICIO ECOLÓGICO / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR DAÑO AMBIENTAL Y DAÑO ECOLÓGICO

Es necesario traer a colación la jurisprudencia de esta Corporación, quien por medio de la Sección Tercera en la sentencia de 13 de mayo de 2004 consideró que para un caso de derramamiento de petróleo [producido desde la estación de bombeo La Guacamaya del oleoducto Transandino] se podían generar tanto daños ambientales puros por afectación a las aguas del río Rosario y de sus afluentes, como daños ambientales consecutivos consistentes en la afectación del patrimonio los administrados de la región quienes realizaban sus actividades de subsistencia aprovechando los recursos naturales afectados. Igualmente, en la sentencia de 16 de mayo de 2007 se da continuidad a los anteriores fundamentos, y siendo el objeto de la acción de grupo la determinación de daños antijurídicos en la esfera individual de cada individuo [que para el caso se desprendían de la actividad del relleno sanitario El Ojito] no se demostraron los mismos, pese a que existía como causa directa la afectación a un derecho colectivo al ambiente sano y a la salubridad. Por otra parte, la Sección Tercera en la sentencia de 1 de noviembre de 2012 en el caso del “Relleno Sanitario de Doña Juana”, comprende que el derrumbamiento de tal instalación por la saturación que presentaba para el año 1997, podía producir daños ambientales consistentes en la afectación o “impacto negativo sobre la interioridad de los habitantes de los barrios circunvecinos al relleno”. El problema que plantea esta argumentación radica en la forma en la que la Sala asume que los daños ambientales producidos como consecuencia de los diferentes fenómenos de contaminación son uniformes respecto de todos los habitantes de los barrios circunvecinos, ya que de ser cierto esto, se estará afirmando que uno o más de aquellos fenómenos tiene la misma repercusión física, material o inmaterial en todos los sujetos, lo que no ha quedado demostrado para el caso en concreto, impidiendo la determinación del alcance de los mismos daños. En cuanto a los daños ecológicos la misma sentencia considera que aun invocándose y demostrándose los mismos, al comprender la afectación del derecho colectivo al ambiente sano, su tutela no procede por medio de la acción de grupo que es en esencia individual, sino que debía ejercerse la acción popular, sin perjuicio de lo cual aplica los criterios de conexidad y de vis expansiva que le llevan a concebir que mediando la afectación al ambiente se concreta un daño ambiental, que no ecológico, consistente en la “violación de los derechos a la intimidad familiar y a la recreación y utilización del tiempo libre”. Por otro lado, adecua la falla del servicio por haber faltado al principio de prevención. (...) Del mismo modo, la Sub-sección B de la Sección Tercera en dos sentencias de los años 2013 y de 2014 abordó la determinación de la producción de daños ambientales o de daños ecológicos con ocasión de la aspersión con glifosato. La primera es la sentencia del 30 de enero de 2013, en donde no queda claro que se haya establecido la producción de un daño antijurídico ambiental o ecológico, pese a lo cual se comprende que se afectó el ejercicio del derecho de propiedad o las actividades agrícolas o productivas que realizaba, así como se afectaron ciertos bienes ambientales, de naturaleza forestal. Con relación a la imputación, las anteriores sentencias son dispares porque en la primera se conjuga una especie de adecuación en un daño especial, con una falla en el servicio

por no haber determinado que la zona donde se asperjó el herbicida había cultivos lícitos, en tanto que en la segunda se apeló al riesgo excepcional al considerarse la erradicación de cultivos ilícitos como una actividad riesgosa o peligrosa. En tanto que en la sentencia de 20 de febrero de 2014, la Sub-sección B considera que hay dos tipos de daños antijurídicos “daños a un interés colectivo como ambiente, y daños particulares y concretos que nacen como consecuencia de la lesión ambiental”. (...) Es así como, con relación a los daños ambientales puros la sentencia considera que al cuestionar la afectación o vulneración de derechos colectivos, sería la acción popular la procedente para su tutela, en tanto que respecto de los daños ambientales impuros es procedente la acción de reparación directa. Singularmente se considera que los primeros daños “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 otra parte, la Sub-sección B en la sentencia de 27 de marzo de 2014 con ocasión de los daños producidos por la contaminación acústica generada por la actividad aeroportuaria a una persona que habitaba en la vivienda y desarrollaba prácticas comerciales y económicas, consideró que se produjeron daños ambientales que afectó negativamente la tranquilidad y, en consecuencia, generó perturbaciones, (...). De esta manera, la sentencia plantea que se deben examinar los daños ambientales ocasionados por contaminación consistentes en “vertir o emitir sustancias sólidas, líquidas o gaseosas, de la que le cabe por omitir sus obligaciones positivas en materia de policía ambiental, ello es, cuando la vulneración es generada por un particular y no se toman medidas o las adoptadas resultaron insuficientes, pues se terminó afectando el medio ambiente y por contera intereses individuales”. Ahora bien, la Sub-sección C en la sentencia de 12 de noviembre de 2014 considera que se produjeron daños ambientales derivados de las inundaciones de los predios, pese a que se produjeron daños ecológicos que se representaban en la afectación del humedal “El Lago”. Finalmente, la jurisprudencia en cuanto a la determinación, tasación y liquidación de los rubros de reparación, la jurisprudencia reconoce perjuicios inmateriales [perjuicios morales], y perjuicios materiales [daño emergente y lucro cesante]. Excepcionalmente se reconoció y ordenó la reparación de perjuicios ecológicos, como ocurrió en la sentencia de la Sub-sección B de 30 de enero de 2013 [expediente 22060] en la que se determinó la obligación del Estado de ejecutar la reforestación forestal de un área. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto fueron citadas en este acápite del fallo, las siguientes decisiones: 13 de mayo de 2004, exp. 2002-00226-01(AG); 16 de mayo de 2007, exp. 2003-00680-01(AG); 1 de noviembre de 2012, exps. 1999-00002-04 y 2000-00003-04; 30 de enero de 2013, exp. 22060; 20 de febrero de 2014, exp. 29028; 27 de marzo de 2014, exp. 27687; y, la decisión de 12 de noviembre de 2014, exp. 30874.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 86 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 8 / LEY 30 DE 1986 - ARTÍCULO 91

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

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

Radicación número: 52001-23-31-000-2006-00435-01(38040)

Actor: LUIS CARLOS MARULANDA LOTERO

Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Contenido. Descriptor: Se modifica la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda y en su lugar, se declara la responsabilidad de la Policía Nacional – Dirección Antinarcoóticos y de la Dirección Nacional de Estupefacientes y se establecen los parámetros para la liquidación en abstracto. / Restrictor: Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado – Daño antijurídico – Responsabilidad del Estado por daños ambientales y ecológicos – Responsabilidad del Estado en los casos de aspersión con herbicida (glifosato).

Decide la Subsección C el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 30 de octubre de 2009¹, que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Consejo Nacional de Estupefacientes, declaró a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección Antinarcoóticos patrimonialmente responsable del daño antijurídico causado al demandante por la afectación del cultivo de pimienta de su propiedad y en consecuencia, condenó a la demandada al pago de los perjuicios materiales que resultaran probados de la liquidación incidental que se efectuara.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y pretensiones

En escrito radicado el 10 de marzo de 2006², en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. a través de apoderado el señor Luis Carlos Marulanda Lotero, presentó demanda para que se declarara responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección Antinarcoóticos – Dirección Nacional de Estupefacientes, como consecuencia de la aspersión con el herbicida - glifosato efectuada el 20 de mayo de 2004 en el cultivo de pimienta del demandante.

¹ Fls.304 a 320 del C.Ppal

² Fls.44 a 71 C.1

En razón a lo anterior, solicitó se indemnizara los perjuicios materiales causados en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, en la cuantía que resulte probada en el proceso.

2. Hechos

Como fundamento de las pretensiones, los demandantes expusieron los hechos que la Sala sintetiza así:

El señor Luis Carlos Marulanda Lotero desde el 31 de mayo de 2000 es propietario del predio “El Yarumo” de la vereda Las Acacias, del municipio de Orito (Putumayo), el cual adquirió por una compra realizada al señor Pedro Antonio Samboní; propiedad en la que tenía un cultivo de pimienta con una extensión de una y cuarta hectáreas, con 5100 plántulas. El cultivo tenía una producción de fruto de pimienta de 40 kilos semanales, con un precio comercial por kilo de \$6.000.000.

Es así como, trimestralmente se producían aproximadamente 10.000 plántulas, las cuales eran utilizadas por el demandante para la venta con el fin de fomentar el cultivo de pimienta en la región, el cual se ejercía a través de la Asociación ACPIGAPIA y la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía – CORPOAMAZONIA.

El 20 de mayo de 2004, la Policía Antinarcóticos fumigó el cultivo de pimienta de propiedad del señor Luis Carlos Marulanda Lotero, razón por la cual presentó el 3 de junio del mismo año, una queja por los daños causados a su plantación por la aspersion aérea con el herbicida glifosato. Es así como, el 4 de junio del mismo año, funcionarios del ICA – UMATA hicieron la verificación preliminar de los daños presuntamente causados al cultivo de pimienta por la aspersion aérea con el herbicida glifosato.

Finalmente, por medio de oficio del 9 de septiembre de 2004 la Dirección Antinarcóticos – Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos le comunicó al señor Marulanda Lotero de la admisión de la queja por la aspersion realizada a la plantación de pimienta de su propiedad.

3. Actuación procesal en primera instancia

Mediante auto del 16 de marzo de 2006³ el Tribunal Administrativo de Nariño admitió la demanda, dispuso que se notificara a la parte demandada y fijó en lista el asunto.

Así pues, a través de escrito del 4 de septiembre de 2006 la apoderada de la Dirección Nacional de Estupefacientes contestó la demanda, en la que propuso como excepciones, el hecho de un tercero, falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, y la innominada.

³ Fls.73 a 75 C.1.

Por su parte, el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, dio contestación al escrito demadorio el 19 de septiembre de 2006⁴ en donde manifestó que para endilgarle responsabilidad al Estado se deben demostrar los tres elementos que para el efecto ha establecido la jurisprudencia constitucional y que en el presente caso *“pretenden comprometer la responsabilidad de miembros de la Policía Nacional, en los hechos de la demanda. Pero deberá probarse de manera fehaciente la responsabilidad del accionar de los miembros de la Policía en el resultado dañoso, ya que de no ser así, no se podrá condenar”*.

En proveído del 7 de marzo de 2007⁵, el Tribunal Administrativo de Nariño abrió el proceso a etapa probatoria.

Mediante auto del 30 de septiembre de 2008⁶, el Tribunal Administrativo de Nariño corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor.

4. Alegatos de conclusión en primera instancia

El 29 de octubre de 2008⁷ el apoderado de la Dirección Nacional de Estupefacientes presentó sus alegaciones finales en donde reiteró los motivos, fundamentos y soporte normativo expuestos en la contestación de la demanda y además precisó, que la entidad demandada no había ejecutado directamente la labor de aspersión del herbicida, y por el contrario, solo era el encargado de establecer las políticas al respecto. Finalmente, mencionó que en caso de que se considerara que se le había causado un daño al demandante, este no había logrado demostrar el monto del perjuicio causado.

Por su parte, la apoderada de los demandantes alegó de conclusión el 6 de noviembre de 2008⁸, en donde señaló que se había logrado demostrar en el proceso que el señor Marulanda Lotero era el propietario del cultivo de pimienta, ubicado en la vereda Las Acacias, municipio de Orito (Putumayo), que este había sido afectado con la aspersión del herbicida - glifosato el 20 de mayo de 2004 e igualmente, que el hecho descrito le era imputable a la entidad demandada.

⁴ Fls.95 a 99 C.1

⁵ Fls.109 y 110 C.1.

⁶ Fl.256 C.1.

⁷ Fl.261 a 270 C.1.

⁸ Fls.276 a 287 C.1

En la misma fecha, la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional alegó de conclusión⁹, documento en el cual argumentó que el único culpable de la fumigación que había sufrido el cultivo de pimienta, era el propio señor Marulanda Lotero, quien permitió que en su plantación existieran cultivos ilícitos, sumado a esto, se encuentra el hecho que el demandante no pudo probar los perjuicios sufridos con la fumigación. Por ende, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

El Ministerio Público emitió el concepto de rigor el 9 de febrero de 2009, en donde solicitó negar las pretensiones de la demanda¹⁰.

5. Sentencia del Tribunal

El Tribunal Administrativo de Nariño mediante sentencia del 30 de octubre de 2009, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Consejo Nacional de Estupefacientes y accedió a las pretensiones de la demanda¹¹. Para tomar esta decisión, el *A quo* tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, mencionó que el demandante demostró que ejercía posesión material sobre el predio rural en el que existía el cultivo de pimienta y la propiedad sobre el mismo.

Seguidamente, indicó que se encontraba acreditado que el señor Marulanda Lotero era el propietario de un cultivo de pimienta plantado en un predio rural ubicado en la vereda Las Acacias del municipio de Orito (Putumayo), el cual resultó afectado por aspersiones realizadas con glifosato el 20 de mayo de 2004 por parte de la Policía Nacional – Dirección Antinarcóticos – Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos, de allí que, consideró que la responsabilidad del Estado debía ser analizada a la luz del régimen de riesgo excepcional, debido a que el daño tuvo como causa una actividad peligrosa.

Es así como, determinó que le es imputable el daño alegado a la parte demandada, excluyendo al Consejo Nacional de Estupefacientes, ya que de conformidad con el artículo 91 de la Ley 30 de 1986 le corresponde formular políticas, planes y

⁹ Fls.289 a 293 C.1

¹⁰ Fls. 295 a 301 C.1

¹¹ Fls.579 a 592 C.Ppal

programas que las entidades públicas y privadas deben adelantar para la lucha contra las drogas que producen dependencia, mas no de ejecutarlas.

6. El recurso de apelación y actuación en segunda instancia.

Contra lo así decidido se alzó el apoderado de la Policía Nacional, a través de escrito del 17 de noviembre de 2009¹², en donde expuso los argumentos de inconformidad, así:

Señala el apelante, que el demandante presentó queja por la aspersion de su cultivo de pimienta el día 3 de junio de 2004, siendo rechazada por parte del Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, decisión sustentada en la visita realizada al predio del señor Marulanda Lotero, en la que se pudo evidenciar que la pimienta se encontraba mezclada con coca.

Por lo anterior, consideró que la entidad demandada no está llamada a responder *“toda vez que la aspersion de cultivos hecha el 20 de mayo de 2004, a los predios del señor LUIS CARLOS MARULANDA LOTERO se hicieron teniendo en cuenta los parámetros y procedimientos establecidos para tal fin en cumplimiento al programa de erradicación de cultivos ilícitos asumido por el Gobierno Nacional, y de acuerdo a lo dicho por el Área de Erradicación de cultivos en el predio donde se encontraba (sic) sembrados de pimienta, existían plantaciones ilícitas y por tal motivo la Policía Nacional tenía derecho a realizar la aspersion necesaria para terminar así con esos cultivos en cumplimiento a los objetivos establecidos en las resoluciones emanadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes (...).”* Así las cosas, solicitó sea revocada la sentencia de primera instancia.

Por medio de auto del 27 de noviembre de 2009¹³, el Tribunal Administrativo de Nariño concedió el recurso de apelación interpuesto por la Policía Nacional.

Mediante providencia del 24 de mayo de 2010¹⁴, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la Policía Nacional.

Asimismo, a través de auto del 24 de junio de 2010¹⁵, se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos finales y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor.

En escrito 19 de julio de 2010¹⁶, la apoderada de los demandantes presentó alegatos de conclusión, en donde reiteró lo dicho en los alegatos de conclusión de primera instancia.

Por su parte, la Policía Nacional allegó sus alegaciones finales el 22 de julio de 2010¹⁷, escrito en el que insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

¹² Fls.322 a 326 C.Ppal

¹³ Fl.328 C.Ppal

¹⁴ Fl.336 C.Ppal

¹⁵ Fl.338 C.Ppal.

¹⁶ Fls.339 a 352 C.ppal

¹⁷ Fls.353 a 355 C.Ppal

Por medio de documento presentado el 20 de agosto de 2010¹⁸, el Ministerio Público emitió su concepto en donde solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que se había probado dentro del proceso que, efectivamente el señor Marulanda Lotero era propietario de un cultivo de pimienta y que este había sido objeto de fumigación con glifosato, circunstancia que trajo como consecuencia, el daño de su plantación en un 100%.

Mediante auto de 26 de noviembre de 2012¹⁹, esta Corporación citó a las partes a celebrar audiencia de conciliación; llegado el día y la hora de la audiencia, esta no se celebró porque la parte demandada había manifestado que no le asistía ánimo conciliatorio.

Finalmente, por medio de auto del 15 de septiembre de 2014 se reconoció como sucesor procesal de la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación al Ministerio de Justicia²⁰.

II. CONSIDERACIONES

1. Aspectos procesales previos

1.1. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa es la “*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*”²¹, o en otras palabras, la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Así, es evidente que cuando la legitimación en la causa falte en el demandante o en el demandado, la sentencia debe ser desestimatoria de las pretensiones.

En el caso concreto, comparece al proceso en calidad de **demandante** el señor Luis Carlos Marulanda Lotero como propietario del cultivo de pimienta ubicado en la zona rural del municipio de Orito (Putumayo), vereda Las Acacias, que resultó asperjado por parte de la Policía Nacional, tal y como consta en el oficio del 17 de abril de 2002²² suscrito por el Ingeniero Agrónomo del Ministerio de Agricultura – Asesor Agropecuario Fundación Vida y Futuro, encontrándose de esta manera legitimado en la causa por activa.

Por la otra parte, la demanda fue dirigida contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección Antinarcóticos – Dirección Nacional de Estupefacientes, entidades que constitucional y legalmente tienen el deber de adelantar las operaciones relacionadas el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con el herbicida Glifosato (PECI), en consecuencia los demandados se encuentran legitimados en la causa por pasiva.

1.2.- Caducidad de la acción de reparación directa

La caducidad es concebida como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y representa una manifestación clara del

¹⁸ Fls.365 a 382 C.ppal

¹⁹ Fl.385 C.Ppal

²⁰ Fls.461 a 465 C.Ppal

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

²² Fl.9 C.1

principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general; cuyos términos están fijados por el artículo 136 del C.C.A., que en su numeral 8º dispone que la acción “*de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa*”.

La caducidad, a diferencia de la prescripción, no se suspende, salvo la excepción consagrada en la Ley 446 de 1998 y el artículo 21 de la Ley 640 de 2001²³, y sólo se interrumpe, de acuerdo con el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, con la presentación de la demanda que cumpla los requisitos y formalidades previstas en el Código Contencioso Administrativo²⁴. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez²⁵.

En el caso concreto, se evidencia que el daño alegado por la parte demandante se deriva de la aspersión con glifosato realizada al cultivo de pimienta de su propiedad realizado el día **20 de mayo de 2004** y la demanda de reparación directa tuvo lugar el **10 de marzo de 2006**, esto es, dentro del término de caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.

2. Acervo probatorio²⁶

Del acervo probatorio allegado al expediente, se destacan las siguientes pruebas:

2.1. Documentales

1. Contrato de compraventa de fecha 31 de mayo de 2000²⁷ celebrado entre Carlos Marulanda Lotero y Pedro Antonio Samboní, correspondiente a un predio ubicado en la zona rural del municipio de Orito (Putumayo), vereda Las Acacias, con una extensión de 10 hectáreas aproximadamente, con una casa en madera, cultivos de caña y con rastrojo.

2. Oficio del 17 de junio de 2001²⁸, por medio del cual el Técnico Administrador Agropecuario de UMATA – Orito comunicó al señor Carlos Marulanda los resultados contenidos en el “Informe Técnico visita Inspección cultivo de pimienta”.

3. Resolución No. 1065 del 2 de noviembre de 2001²⁹ “Por medio de la cual se impone un plan de manejo y se toman otras determinaciones”, expedida por el Ministerio de Ambiente.

²³ **ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD.** La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”. (Subrayado fuera de texto)

²⁴ Consejo de Estado, Auto de fecha 2 de marzo de 2001, Rad. 10909.

²⁵ Consejo de Estado, Auto de fecha 26 de marzo de 2007, Rad. 33372.

²⁶ Los documentos aportados en copia simple, serán valorados bajo los parámetros establecidos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, Exp. 25.022.

²⁷ Fl.6 C.1

²⁸ Fl.8 C.1

²⁹ Fls.119 a 134 C.1

4. Oficio del 17 de abril de 2002³⁰ suscrito por el Ingeniero Agrónomo del Ministerio de Agricultura – Asesor Agropecuario Fundación Vida y Futuro, el cual dirigido al señor Carlos Marulanda, Luis Alfonso Cortes y Pedro Samboní, como propietarios del cultivo de pimienta en la vereda las acacias del municipio de Orito – Putumayo.
5. Constancia expedida por los Directivos de la Junta de Acción Comunal de las Acacias el 7 de diciembre de 2002³¹, en la cual se afirmó que Carlos Marulanda era residente de esa localidad, que se encontraba inscrito en la Asociación de cultivadores de pimienta y que tenía una hectárea de pimienta en producción.
6. Resolución No. 1054 del 30 de septiembre de 2003 “Por la cual se modifica un Plan de Manejo Ambiental y se toman otras determinaciones” expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial³².
7. Escritura pública de protocolización de mejoras de fecha 27 de enero de 2004³³ efectuada ante la Notaria Única de Orito, por el señor Luis Carlos Marulanda Lotero por valor de \$20.000.000, sobre un terreno de 10 hectáreas que hacían parte de un predio rural, ubicado en la vereda Las Acacias del municipio de Orito (Putumayo).
8. Constancia expedida por la Secretaría de Desarrollo Social – Área Rural del municipio de Orito (Putumayo), de fecha 12 de febrero de 2004³⁴, en donde se indica que el demandante contaba con un cultivo de pimienta de 1 hectárea y media.
9. Certificación expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario “ICA” – Seccional Putumayo el 4 de mayo de 2004³⁵, en el que constan las condiciones en que se encontraba el cultivo de pimienta del señor Luis Carlos Marulanda antes de la fumigación realizada el 20 de mayo de 2004.
10. Oficio del 25 de mayo de 2004, por medio del cual el Presidente de la Junta de Acción Comunal de La Vereda las Acacias le informa al Personero Municipal de Orito³⁶ de la aspersión aérea realizada a la finca de propiedad del señor Luis Carlos Marulanda.
11. Oficio de fecha 2 de junio de 2004, mediante el cual el señor Luis Carlos Marulanda Lotero le informó al Personero Municipal de Orito (Putumayo) de los hechos acaecidos el 20 de mayo de 2004 en la vereda las Acacias³⁷.
12. Formulario de recepción de quejas de presuntos daños causados en plantaciones lícitas por aspersión aérea con el herbicida glifosato de la Personería, realizado por el señor Luis Carlos Marulanda Lotero el 3 de junio de 2004³⁸, en donde consta que en la vereda Las Acacias del municipio de Orito (Putumayo) en el predio El Yarumito, se afectó un área de 1 ¼ hectáreas donde se encontraba plantada un cultivo de pimienta.

³⁰ Fl.9 C.1

³¹ Fl.10 C.1

³² Fls.135 a 141 C.1

³³ Fls.4 y 5 C.1

³⁴ Fl.7 C.1

³⁵ Fl.12 C.1

³⁶ Fl.17 C.1

³⁷ Fl.16 C.1

³⁸ Fls.14 y 15 C.1

13. Formato de verificación preliminar de la información por parte de funcionarios del ICA Y/O UMATA de fecha 4 de junio de 2004³⁹, correspondiente al predio donde el señor Luis Carlos Marulanda Lotero tenía su cultivo de pimienta.

14. Certificación expedida por el Residente Zonal del programa de Familias Guardabosques – Regional Putumayo de la Presidencia de la República – Consejería para el Plan Colombia del 24 de junio de 2004⁴⁰, en donde se señaló que el señor Luis Carlos Marulanda Lotero es beneficiario de dicho programa en la vereda Las Acacias, predio el Yarumito.

15. Copia de la certificación expedida por la Policía Nacional – Dirección Antinarcóticos – Área Erradicación Cultivos Ilícitos del 20 de agosto de 2004⁴¹, en la cual se precisa que el día 20 de mayo de 2004 se desarrollaron operaciones de aspersión en el municipio de Orito (Putumayo).

16. Copia del auto admisorio de la queja presentada por el señor Luis Carlos Marulanda Lotero, proferido por la Dirección Policía Antinarcóticos – Área de Erradicación Cultivos Ilícitos, en el que se ordena una visita de campo al predio del quejoso; decisión que fue comunicada por medio de oficio del 9 de septiembre de 2004⁴² al Personero de Orito (Putumayo) para que llevara a cabo la diligencia ordenada.

17. Copia del escrito de fecha 20 de octubre de 2004⁴³, suscrito por el Coordinador Seccional del ICA en el Putumayo y dirigido a la Directora de Cadenas Productivas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en donde se precisaron características generales sobre el cultivo de pimienta.

18. Copia del informe de visita técnica del 18 de julio de 2005⁴⁴, realizada por el Técnico de Familias Guardabosques – Acompañamiento Técnico Ambiental – CORPOAMAZONIA al cultivo de pimienta del señor Luis Carlos Marulanda Lotero, en el que se indicó que en el mes de mayo de 2004 se habían realizado fumigaciones aéreas de la vereda Las Acacias del municipio de Orito (Putumayo), que el cultivo de pimienta beneficiaba directamente a 6 familias y que el 8 de julio de 2005 se realizó una inspección ocular al cultivo de pimienta del demandante al ser beneficiario del programa Familias Guardabosques.

19. Auto No. 1291 del 18 de mayo de 2005, por medio del cual el Jefe del Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos de la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional y el Subdirector de Asuntos Regionales y Erradicación de la Dirección Nacional de Estupefacientes, dispuso rechazar y en consecuencia ordenar el archivo de la queja presentada por el señor Luis Carlos Marulanda Lotero ante esa entidad, al considerar que *“se encontró cultivos de coca en diferentes densidades y desarrollo biológico en áreas abiertas y zonas de bosque talado”*⁴⁵.

20. Fotografías de un cultivo de pimienta, respecto de las cuales no se tiene certeza de su procedencia o ubicación, y se encuentran completamente descontextualizadas de los hechos que originan la demanda⁴⁶.

³⁹ Fls.18 a 20 C.1

⁴⁰ Fl.21 C.1

⁴¹ Fl.214 C.1

⁴² Fl.28 a 30 C.1

⁴³ Fl.31 C.1

⁴⁴ Fls.32 a 35 C.1

⁴⁵ Fls.36 a 38 C.1

⁴⁶ Fls.40 y 41 C.1

21. Certificación expedida por el señor Franco Emilio Toro Delgado el 8 de noviembre de 2005⁴⁷, en donde señala que ha sostenido negocios de compra de semilla de pimienta con el señor Luis Carlos Marulanda.

Testimoniales

1. Declaración rendida por el señor Alberto Samboní Macías el 6 de junio de 2007⁴⁸ ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Orito (Putumayo), en donde afirmó que el señor Luis Carlos Marulanda tenía un cultivo de pimienta y que para el mes de mayo de 2004 había sido fumigado.

2. Declaración rendida por el señor Peregrino Díaz Jiménez el 6 de junio de 2007⁴⁹ ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Orito (Putumayo), en donde sostuvo que el señor Luis Carlos Marulanda tenía un cultivo de pimienta, que había sido fumigado y quedado prácticamente destruido.

3. Declaración rendida por el señor Israel Maje Samboní el 6 de junio de 2007⁵⁰ ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Orito (Putumayo), en donde afirmó que el señor Luis Carlos Marulanda tenía un cultivo de pimienta, que había sido fumigado y que había quedado prácticamente destruido.

4. Declaración rendida por el señor Deomar Samboní Macías el 7 de junio de 2007⁵¹ ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Orito (Putumayo), en donde manifestó lo mismo que el señor Israel Maje Samboní.

3. Problema jurídico

El problema jurídico que se plantea la Sala consiste en determinar si hay lugar a imputarle responsabilidad a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección Antinarcoóticos – Dirección Nacional de Estupefacientes, por los daños ocasionados al demandante como consecuencia de la aspersion aérea efectuada el 20 de mayo de 2004 con el herbicida glifosato al cultivo de pimienta de su propiedad.

4. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su “*constitucionalización*” al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

⁴⁷ Fl.42 C.1

⁴⁸ Fl.234 C.1

⁴⁹ Fl.237 C.1

⁵⁰ Fl.240 C.1

⁵¹ Fl.242 C.1

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es "irrazonable," sin depender "*de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.*"⁵².

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

4.1. Responsabilidad del Estado por daños ambientales y ecológicos.

Se trata de un régimen de responsabilidad que tiene su fundamento en una norma pre-constitucional como es el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, y cuyo sustento en la Carta Constitucional se encuentra en los artículos 8, 58, 79, 80, 81, 90 y 334. Se trata de encuadrar la responsabilidad patrimonial del Estado tanto por los daños ambientales, como por los daños ecológicos que se produzcan por la acción, actividad, omisión o inactividad.

Cuando se trata de la responsabilidad por daños ambientales y ecológicos debe precisarse:

- (1) La contaminación como fenómeno es el supuesto fáctico del que se hace desprender la concreción dañosa en derechos, bienes e intereses jurídicos;
- (2) La contaminación en sí misma no es asimilable al daño ambiental y ecológico, ya que se comprende que en la sociedad moderna a toda actividad le es inherente e intrínseca la producción de uno o varios fenómenos de contaminación, al ser objeto de autorización administrativa y técnica en el ordenamiento jurídico;
- (3) La contaminación desencadena un daño ambiental cuando produce un deterioro, detrimento, afectación o aminoración en la esfera persona o patrimonial de un sujeto o sujetos determinables;
- (4) Se produce dicho daño ambiental cuando los derechos, bienes e intereses resultan cercenados o negados absolutamente [destrucción de un predio o de un bien mueble como consecuencia de una contaminación hídrica o atmosférica], o limitados indebidamente (v.gr., se obliga a una destinación natural y productiva diferente al uso del suelo de un predio, o las limitaciones a sus propiedades para poder seguir desarrollando una actividad productiva o agrícola en el mismo volumen o proporción), o cuando se condiciona el ejercicio [v.gr., cuando sujeta el uso y goce de un predio a una descontaminación o a un proceso de recuperación ambiental antes de retomar o seguir su uso natural y ordinario];
- (5) Cuando se trata de la realización o ejecución de obras públicas o la construcción de infraestructuras el daño ambiental puede concretarse en la afectación del uso normal de los bienes patrimoniales, o en la vulneración de un bien ambiental, de los recursos naturales, del ecosistema, de la biodiversidad o de la naturaleza;
- (6) De un mismo fenómeno de contaminación, o de la concurrencia de varios de ellos se pueden producir tanto daños ambientales, como daños ecológicos, esto es, aquellos que afectan a bien (es) ambiental (es), recurso (s) natural (es), ecosistema (s), biodiversidad o la naturaleza;

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

(7) La concreción de los daños ambientales y ecológicos puede ser histórica, instantánea, permanente, sucesiva o continuada, diferida⁵³.

Legalmente, el artículo 4 de la Ley 23 de 1973 entiende “*por contaminación 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 particulares*” [en similares términos el artículo 8.a, inciso segundo del Decreto 2811 de 1974⁵⁴].

Por lo anterior, es necesario examinar qué daños ambientales y ecológicos se produjeron como consecuencia de la contaminación, [v.gr., por el desarrollo de obras o infraestructuras hidráulicas, de la insuficiencia de estas, o del indebido funcionamiento de las mismas, supuestos que deberán ser examinados al interior del análisis procesal que se curse ante el juez de primera instancia]. La determinación de los daños ambientales y ecológicos, como sustrato mínimo para el cómputo de la caducidad es también compleja, por lo que se exige una delimitación inicial de cada una de estas modalidades de daños⁵⁵.

En ese sentido, el daño ambiental se define como “*las alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas a los bienes materiales o de recursos, a la salud e integridad de la personas, así como a las condiciones mínimas para el desarrollo y calidad de vida, y que pueden limitar el ejercicio de determinados derechos [vgr. derecho de propiedad]*”⁵⁶. Se comprende, también, que el daño ambiental es “*toda agresión derivada de la actividad humana en el medio natural, que causa como consecuencia la modificación o alteración en los bienes y recursos disponibles, o efectos nocivos en la salud e integridad de las personas*”⁵⁷.

En tanto que el daño ecológico se define como la “*degradación, deterioro o modificación del medio natural causada como consecuencia de cualquier tipo de actividad. La nota distintiva de esta definición se encuentra en que no esta referida a interés individual o humano alguno, sino que se enfoca hacia la tutela del medio natural en su conjunto, como interés independiente de aquel*”⁵⁸. Dicho daño, para complementar su definición, comprende la “*destrucción de especies, la degradación de los recursos naturales (agua, aire, flora), la alteración de las condiciones de los*

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 10 de diciembre de 2014, expediente 46107.

⁵⁴ Decreto 2811 de 1974. “Artículo 8.- *Se consideran 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 o de los recursos de la nación o de los particulares*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 10 de diciembre de 2014, expediente 46107.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 10 de diciembre de 2014, expediente 46107.

⁵⁶ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado, ob., cit., p.619.

⁵⁷ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado, ob., cit., p.620. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 10 de diciembre de 2014, expediente 46107.

⁵⁸ BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, La protección del ambiente como principio de responsabilidad de la administración pública por daños ecológicos. Tesis de la obligación positiva del Estado, ob., cit., pp.620 y 621.

suelos, el deterioro y la modificación de los sistemas ambientales en la que se integran”⁵⁹.

Así las cosas, es necesario traer a colación la jurisprudencia de esta Corporación, quien por medio de la Sección Tercera en la sentencia de 13 de mayo de 2004⁶⁰ consideró que para un caso de derramamiento de petróleo [producido desde la estación de bombeo La Guacamaya del oleoducto Transandino] se podían generar tanto daños ambientales puros por afectación a las aguas del río Rosario y de sus afluentes, como daños ambientales consecutivos consistentes en la afectación del patrimonio los administrados de la región quienes realizaban sus actividades de subsistencia aprovechando los recursos naturales afectados⁶¹.

Igualmente, en la sentencia de 16 de mayo de 2007⁶² se da continuidad a los anteriores fundamentos, y siendo el objeto de la acción de grupo la determinación de daños antijurídicos en la esfera individual de cada individuo [que para el caso se desprendían de la actividad del relleno sanitario El Ojito] no se demostraron los mismos, pese a que existía como causa directa la afectación a un derecho colectivo al ambiente sano y a la salubridad⁶³.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 10 de diciembre de 2014, expediente 46107. “[...] si se trata de daños ambientales sobre los que el demandante sólo pudo tener aprehensibilidad, discernimiento y conocimiento de las alteraciones, efectos nocivos o molestias en un momento en el que no es posible, probable, o determinable afirmar la certeza de su ocurrencia, acaecimiento o conocimiento, en virtud de la seguridad jurídica, de la tutela judicial efectiva y de la prudencia, la consideración de la caducidad no puede solucionarse con la simple examinación de la finalización de la (s) obra (s) pública (s), sino que debe procurar considerarse que los daños afirmados en la demanda al ser sucesivos o continuados, o que pueden desencadenar sus efectos propiamente antijurídicos de manera diferida en el tiempo, exigen admitir la demanda para que del acervo probatorio que se recaude y valore pueda con suficientes y adecuados medios determinar al resolver el fondo del asunto si procede declarar o no la caducidad del medio de control de la reparación directa, justificación que permite concluir al Despacho que se revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba que en la audiencia inicial declaró la procedencia de la caducidad del mencionado medio de control y en su lugar se ordenará continuar el trámite del proceso en los términos de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, expediente 52001-23-31-000-2002-00226-01 (AG).

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, expediente 52001-23-31-000-2002-00226-01 (AG). “Se advierte que aunque, en el caso concreto, la contaminación de las aguas y riberas por donde discurre el río Rosario y sus afluentes, los cuales arrastraron el petróleo, produjo el daño al derecho colectivo al medio ambiente sano (daño ambiental puro) y, por lo tanto, su reparación podía ser objeto de una acción popular, el hecho también repercutió sobre el patrimonio de los pobladores de la región que subsistían de los recursos naturales que fueron afectados con la misma (daño ambiental consecutivo)”.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de mayo de 2007, expediente 19001-23-31-000-2003-00680-01 (AG).

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de mayo de 2007, expediente 19001-23-31-000-2003-00680-01 (AG). “[...] No debe perderse de vista que aún tratándose de perjuicios derivados de la violación a un derecho colectivo como lo es el del medio ambiente sano, tales perjuicios no se presuponen, pues uno es el daño al derecho colectivo y otro es aquel que repercute en el derecho subjetivo o individual. Al respecto, en el Libro Blanco de la Responsabilidad Ambiental, De manera que existiendo una clara distinción entre los daños colectivos y los daños individuales que de aquéllos se desprenden, debe tenerse absoluta claridad de que cuando se pretende la indemnización de esos perjuicios individuales o, ‘intereses privados’, la carga probatoria del grupo demandante no se encuentra limitada a la acreditación de la vulneración del derecho colectivo, en este caso el medio ambiente y la salubridad pública, sino que necesariamente se extiende a la prueba de esos perjuicios propios y particulares. De igual forma, resulta fundamental destacar que la acreditación de los perjuicios individuales cuya indemnización se pretende, debe hacerse de manera particular y concreta, pues tampoco tiene cabida su valoración en abstracto. En efecto, debido a que en la acción de grupo se indemniza el daño sufrido por el grupo demandante, para lo cual se tiene en cuenta el monto del daño sufrido por cada uno de sus integrantes, la sentencia que se profiera para resolver la acción propuesta debe ser concreta en cuanto al monto de la condena, sin que sea posible, ante la falta de prueba del valor de esos perjuicios, proferir una condena en abstracto, porque, como lo ha precisado la doctrina. En conclusión, se tiene que no están probados los daños individuales de quienes integran el grupo demandante y que según la demanda, tienen su causa directa en la

Por otra parte, la Sección Tercera en la sentencia de 1 de noviembre de 2012⁶⁴ en el caso del “*Relleno Sanitario de Doña Juana*”, comprende que el derrumbamiento de tal instalación por la saturación que presentaba para el año 1997, podía producir daños ambientales consistentes en la afectación o “*impacto negativo sobre la interioridad de los habitantes de los barrios circunvecinos al relleno*”. El problema que plantea esta argumentación radica en la forma en la que la Sala asume que los daños ambientales producidos como consecuencia de los diferentes fenómenos de contaminación son uniformes respecto de todos los habitantes de los barrios circunvecinos, ya que de ser cierto esto, se estará afirmando que uno o más de aquellos fenómenos tiene la misma repercusión física, material o inmaterial en todos los sujetos, lo que no ha quedado demostrado para el caso en concreto, impidiendo la determinación del alcance de los mismos daños.

En cuanto a los daños ecológicos la misma sentencia considera que aun invocándose y demostrándose los mismos, al comprender la afectación del derecho colectivo al ambiente sano, su tutela no procede por medio de la acción de grupo que es en esencia individual, sino que debía ejercerse la acción popular, sin perjuicio de lo cual aplica los criterios de conexidad y de vis expansiva que le llevan a concebir que mediando la afectación al ambiente se concreta un daño ambiental, que no ecológico, consistente en la “*violación de los derechos a la intimidad familiar y a la recreación y utilización del tiempo libre*”.

Por otro lado, adecua la falla del servicio por haber faltado al principio de prevención, “*porque el carácter experimental del sistema bajo el cual se operaba el relleno, requería por este motivo una atención mayor del operador y una supervisión intensa por parte de la autoridad administrativa. Aun cuando el diseño original partió de una hipótesis de presión cero, en el proceso se encuentra demostrado que a medida que PROSANTANA ejecutaba el contrato fue necesaria la incorporación de modificaciones, puesto que se evidenciaron comportamientos anormales, como fisuras, movimientos de los taludes, brotes de lixiviados (que denotaban una sobre carga de los mismos), acumulación de lluvias. Por consiguiente, cuando se presentó el derrumbe, el operador ya llevaba prestando el servicio de disposición final aproximadamente tres años, de allí que no resulta admisible que no se hubieran adelantado acciones dirigidas a determinar la causa de las irregularidades presentadas y tratar de eliminarlas o por lo menos disminuirlas. De igual manera, falló el Distrito toda vez que en su función de supervisión no tomó las decisiones necesarias para disminuir el peligro*”⁶⁵.

Del mismo modo, la Sub-sección B de la Sección Tercera en dos sentencias de los años 2013 y de 2014 abordó la determinación de la producción de daños ambientales o de daños ecológicos con ocasión de la aspersión con glifosato. La primera es la sentencia del 30 de enero de 2013⁶⁶, en donde no queda claro que se haya establecido la producción de un daño antijurídico ambiental o ecológico, pese a lo cual se comprende que se afectó el ejercicio del derecho de propiedad o las actividades agrícolas o productivas que realizaba, así como se afectaron ciertos bienes ambientales, de naturaleza forestal.

afectación de los derechos colectivos al medio ambiente sano y la salubridad pública, requisito fundamental para determinar la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas demandadas. Siendo así, no hay lugar a analizar los demás elementos constitutivos de la misma”.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2012, expedientes 25-000-23-36-000-1999-00002 04 y 2000-00003-04.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2012, expedientes 25-000-23-36-000-1999-00002 04 y 2000-00003-04.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 30 de enero de 2013, expediente 22060.

Con relación a la imputación, las anteriores sentencias son dispares porque en la primera se conjuga una especie de adecuación en un daño especial, con una falla en el servicio por no haber determinado que la zona donde se asperjó el herbicida había cultivos lícitos, en tanto que en la segunda se apeló al riesgo excepcional al considerarse la erradicación de cultivos ilícitos como una actividad riesgosa o peligrosa.

En tanto que en la sentencia de 20 de febrero de 2014⁶⁷, la Sub-sección B considera que hay dos tipos de daños antijurídicos “daños a un interés colectivo como ambiente, y daños particulares y concretos que nacen como consecuencia de la lesión ambiental”⁶⁸, de modo que el “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”⁶⁹.

Es así como, con relación a los daños ambientales puros la sentencia considera que al cuestionar la afectación o vulneración de derechos colectivos, sería la acción popular la procedente para su tutela, en tanto que respecto de los daños ambientales impuros es procedente la acción de reparación directa. Singularmente se considera que los primeros daños “el riesgo desplaza la noción de certidumbre de los “daños consecutivos”, pues es irrelevante la exigencia de la lesión efectiva y

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028. “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”.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028.

*necesita simplemente la presencia de una señal objetivamente razonada de amenaza, peligro o riesgo del derecho colectivo al ambiente*⁷⁰.

Por otra parte, la Sub-sección B en la sentencia de 27 de marzo de 2014⁷¹ con ocasión de los daños producidos por la contaminación acústica generada por la actividad aeroportuaria a una persona que habitaba en la vivienda y desarrollaba prácticas comerciales y económicas, consideró que se produjeron daños ambientales que afectó negativamente la tranquilidad y, en consecuencia, generó perturbaciones, *“por superar las fronteras de la normal tolerancia”*. Se da continuidad a la jurisprudencia afirmando que la *“la afectación ambiental o ecológica, y particularmente esta última, puede generar un daño al interés colectivo a gozar de un medio ambiente sano, y no solo a este sino también a las personas en su concepción integral, esto es vida en condiciones de dignidad, salud, intimidad personal y familiar e integridad patrimonial, evento último en que, de solicitarse su intervención, corresponde al juez de la responsabilidad, previa valoración de las particularidades de la alteración medioambiental, entrar a armonizar los intereses generales, colectivos y subjetivos comprometidos”*⁷².

De esta manera, la sentencia plantea que se deben examinar los daños ambientales ocasionados por contaminación consistentes en *“vertir o emitir sustancias sólidas, líquidas o gaseosas, de la que le cabe por omitir sus obligaciones positivas en materia de policía ambiental, ello es, cuando la vulneración es generada por un particular y no se toman medidas o las adoptadas resultaron insuficientes, pues se terminó afectando el medio ambiente y por contera intereses individuales”*⁷³.

Ahora bien, la Sub-sección C en la sentencia de 12 de noviembre de 2014⁷⁴ considera que se produjeron daños ambientales derivados de las inundaciones de los predios, pese a que se produjeron daños ecológicos que se representaban en la afectación del humedal “El Lago”.

Finalmente, la jurisprudencia en cuanto a la determinación, tasación y liquidación de los rubros de reparación, la jurisprudencia reconoce perjuicios inmateriales [perjuicios morales], y perjuicios materiales [daño emergente y lucro cesante]. Excepcionalmente se reconoció y ordenó la reparación de perjuicios ecológicos, como ocurrió en la sentencia de la Sub-sección B de 30 de enero de 2013 [expediente 22060] en la que se determinó la obligación del Estado de ejecutar la reforestación forestal de un área.

4.2. Responsabilidad del Estado en los casos de aspersión con herbicidas - Glifosato.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028.

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 27687.

⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 27687.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, expediente 27687. *“Sin embargo, esta labor, como lo ha destacado la jurisprudencia, no es una tarea sencilla, toda vez que el medio ambiente y el entorno de las actividades humanas que lo alteran, comportan, entre otros, la valoración de múltiples variables, para el efecto los derechos e intereses individuales, generales y colectivos que se ponen en juego e inclusive en tensión, las características de las actividades contaminantes, su regulación, su intensidad y margen de tolerancia, entre otras, con necesaria proyección en la afirmación de los elementos del juicio de responsabilidad, la valoración de los medios de prueba y las medidas de reparación”*.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 12 de noviembre de 2014, expediente 30874.

La utilización de herbicidas, como el “Glifosato”, como herramienta para la erradicación de los cultivos ilícitos tiene su fundamento legal en la Ley 30 de 1986, la cual disponía que dentro de las funciones del Consejo Nacional de Estupefacientes estaba la de “disponer la destrucción de cultivos de marihuana, coca, y demás plantaciones de las cuales se puedan extraer sustancias que produzcan dependencia, utilizando los medios más adecuados, previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación y equilibrio del ecosistema del país”⁷⁵.

Lo anterior, en términos de esta Corporación implica que *“la erradicación de cultivos ilícitos es una actividad que compete al Consejo Nacional de Estupefacientes desde el año de 1986 y que a dicha actividad que se inició con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993, se le aplica el régimen de transición que fue consagrado en la mencionada ley, según el cual para el ejercicio de dicha actividad no se requiere la licencia ambiental y puede seguirse desarrollando, sin perjuicio de que las autoridades ambientales puedan intervenir con el fin de que se cumplan las normas que regulan el medio ambiente”*⁷⁶.

Siguiendo los anteriores argumentos, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo mediante auto de 1 de agosto de 1995⁷⁷ determinó que es al Consejo Nacional de Estupefacientes a quien le compete la actividad de erradicación de los cultivos ilícitos⁷⁸, la cual debe desempeñar teniendo en cuenta que:

- (i) Los medios más adecuados y previo concepto de las autoridades sanitarias y ambientales⁷⁹;
- (ii) Quien ejecuta las decisiones de erradicación de cultivos adoptadas por el Consejo, es la Dirección de Policía Antinarcóticos de la Policía Nacional *“de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 423 de 1987, el cual fue adoptado como legislación permanente por el artículo 1º del Decreto 2253 de 1991”*⁸⁰;
- (iii) Las actividades de erradicación ejecutadas y realizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 99 de 1993 se le aplicaba el régimen de transición previsto en la misma, y desarrollado por el Decreto 1753 de 1994, por lo que no requiere de licencia ambiental, pero pudiendo las autoridades ambientales intervenir en cualquier momento con el fin de adoptar decisiones destinadas a la conservación del ambiente⁸¹;

⁷⁵ Artículo 91 literal G.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 27 de octubre de 1995, expediente 3454.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 1 de agosto de 1995, expediente AC-2820.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 1 de agosto de 1995, expediente AC-2820. “[...] *el Consejo Nacional de Estupefacientes debe cumplir las normas legales aplicables a la actividad que le ha sido atribuida, como competencia propia, de erradicar los cultivos ilícitos [...] De conformidad con lo dispuesto por el literal g) del artículo 91 de la Ley 30 de 1986 es función del Consejo Nacional de Estupefacientes la de ‘Disponer la destrucción de cultivos de marihuana, coca y demás plantaciones de las cuales se puedan extraer sustancias que produzcan dependencia’.*”

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 1 de agosto de 1995, expediente AC-2820. “[...] *utilizando los medios más adecuados, previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación y equilibrio del ecosistema del país.*”

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 1 de agosto de 1995, expediente AC-2820. *“El Consejo Nacional de Estupefacientes, en ejercicio de la competencia citada, en el año de 1992, autorizó la erradicación de cultivos de amapola y posteriormente amplió dicha autorización a otros cultivos ilícitos y precisó las facultades de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional, en esta materia, mediante la Resolución número 001 del 11 de febrero de 1994.”*

⁸¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 1 de agosto de 1995, expediente AC-2820. “[...] *que a dicha actividad se le aplica el régimen de transición que fue consagrado en la misma ley y desarrollado en su decreto reglamentario, según el cual no se requiere*

(iv) Para la realización de la erradicación de los cultivos ilícitos empleando la aspersión o fumigación, debe tener en cuenta una serie de procedimientos, estándares y criterios según lo consagrado en la Resolución 001 de 11 de febrero de 1994⁸² como que *“debe hacerse un reconocimiento preciso de la ubicación de los cultivos ilícitos, su extensión, el medio circundante, sus características, los riesgos potenciales, la localización, todo lo cual se precisará conjuntamente con el ICA, con el Inderena y con el Ministerio de Salud”*⁸³;

(v) El *“método de aspersión aérea controlada está sujeto a monitoreo y evaluación permanente y a un plan específico en el cual deben precisarse los lugares de aplicación, la determinación de los recursos humanos a emplear, los equipos a utilizar, la composición del equipo científico asesor y coordinar de la misión y la fijación de normas específicas y técnicas prioritarias a observar en el procedimiento”*⁸⁴; y,

(vi) Debe haber coordinación *“con las autoridades locales y contarán con la presencia permanente de un delegado del Ministerio Público, Procuraduría Provincial y de la Fiscalía General de la Nación y deberán hacerse evaluaciones periódicas de los resultados obtenidos, además de que contarán con una autoridad ambiental encargada de controlar y supervisar la adecuada técnica y correcta ejecución de la erradicación autorizada”*⁸⁵.

Teniendo claro lo anterior, la Sala considera necesario referirse a la capacidad, vocación o potencialidad de daños y efectos nocivos del “glifosato” empleado en las actividades de aspersión aérea para la erradicación de cultivos ilícitos, para lo cual, trae a colación en primer lugar, una providencia de Sala Plena de fecha 19 de octubre de 2004⁸⁶ en la que se consideró que:

(i) De acuerdo a las especificaciones y evaluaciones elaboradas por el organismo internacional de la FAO [adscrito a las Naciones Unidas], por la composición y usos del “glifosato”, *“el ácido y sus sales, respecto de ciertos animales de laboratorio que se indican por su peso, posee toxicidad aguda baja en éstos; que asimismo no son irritantes al entrar en contacto con la piel, aunque sí lo es de manera fuerte en los ojos de conejo, pero de manera más baja con las sales. Que no hay, a pesar del empleo del glifosato en el mundo, prueba de efectos cancerígenos en los humanos y su riesgo es bajo en animales como aves, mamíferos, abejas, etc”*⁸⁷ [subrayado fuera de texto];

la licencia ambiental y puede seguirse desarrollando, sin perjuicio de que las autoridades ambientales que lo consideren necesario puedan intervenir, para que se cumplan las normas que regulan el medio ambiente con el fin de conservarlo sano, de recuperarlo o de restaurarlo, según el caso”.

⁸² Derogada por la Resolución 0013 del 27 de junio de 2003.

⁸³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 1 de agosto de 1995, expediente AC-2820.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 1 de agosto de 1995, expediente AC-2820.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 1 de agosto de 1995, expediente AC-2820.

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 19 de octubre de 2004, expediente 25000-23-25-000-2001-0022-02 (AP) IJ.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 19 de octubre de 2004, expediente 25000-23-25-000-2001-0022-02 (AP) IJ. Tres estudios tiene en cuenta la Sala: *“En el trabajo “Criterios de Salud Ambiental para el Glifosato”, realizado por científicos pertenecientes al Instituto Nacional de Salud Pública e Higiene Ambiental, Bilthoven, respecto de los peligros para la salud se señala que la absorción de tal elemento químico (glifosato) desde el tracto gastrointestinal es del 36% y la que se produce a través de la piel del 55%, que se evacua en un 99% en siete días y que los residuos en animales de cría y productos son mínimos; que, a demás, el glifosato es un tóxico bajo por vía oral y dérmica, amén de que no es cancerígeno, mutagénico o teratogénico; que es pequeño el peligro para animales acuáticos y los cambios que se producen en los microorganismos acuáticos son transitorios; que, en fin, la misma baja toxicidad se aprecia en*

- (ii) El Comité de Expertos y Ecoforest Ltda conceptuaron sobre el tema, considerando de manera contraria a la posición de la FAO que la aspersión aérea con glifosato no era aconsejable ya que por el efecto *“resulta muy contaminante de fuentes de agua, con mayor peligro para seres humanos, formas vivientes, la fauna y la flora silvestre, razón por la cual tal método de aspersión aérea requiere de asesoría con personal calificado”*⁸⁸, en lo que coincidía con el documento RAPALMIRA –Red de Acción de Plaguicidas y Alternativas- en donde se afirmaba que *“el glifosato puede, en el medio ambiente, combinarse con nitrato, elemento este que como todos los nitrosos es cancerígeno”*;
- (iii) Se tuvo en cuenta otros estudios, valoraciones y opiniones científicas;
- (iv) Se concluyó que no se infería *“con certeza, que el glifosato empleado para la erradicación de los cultivos ilícitos produzca daños irreversibles en el medio ambiente; por lo 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 de bosques son destruidas por causa de la tala de éstos por los cultivadores ilícitos”*;
- (v) Se determinó que es necesario el control permanente, la realización de evaluaciones continuas de todos los efectos que se aprecien al practicar las aspersiones;
- (vi) Pero sin que haya lugar a suspender 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”*;
- (vii) Examinadas las exigencias impuestas por el Ministerio de Medio Ambiente a la Dirección Nacional de Estupefacientes mediante la Resolución 341 de 2001 no se encontró incumplimiento alguno al ejecutar el programa de erradicación de cultivos ilícitos empleando la aspersión con glifosato; y,
- (viii) No deben suspenderse las fumigaciones porque para ese momento se juzgó que no existía *“peligro de daño irreversible y grave”*, por el contrario se invitó a las autoridades competentes a cumplir el Plan de Manejo Ambiental y a seguir los estudios para precisar los efectos derivados de la aspersión.

Posteriormente, la Sección Cuarta ejerciendo como juez constitucional de tutela, en sentencia del 31 de marzo de 2005⁸⁹, resolviendo la demanda presentada por los poseedores de la finca “El Tesoro” ubicada en la vereda la Unión del municipio de

relación con abejas, mamíferos, aves, etc. En el estudio “Evaluación de la seguridad y el riesgo para humanos del herbicida Round – up y su ingrediente activo, glifosato” (fl.43), en el que se estudian los efectos de estos elementos se concluye que nada sugiere que la salud de los seres humanos corra peligro; que glifosato y AMPA no son acumulables en el organismos y el Round – up produce irritación ocular transitoria, pero no genera cambios genéticos, ni mutaciones hereditarias o somáticas en los seres humanos; que el glifosato ampa y poea no se observó que fueran teratogénicos ni tóxicos, ni se apreciaron efectos sobre la fertilidad o reproducción; que el poea no se usa en forma concentrada y se utiliza en concentraciones más bajas en su producto final (Round up); que, como se indicó en el mismo estudio que se adjuntó al de la FAO, el glifosato no se absorbe bien por los organismos y es rápidamente excretado. En la investigación de la Clínica Toxicológica Uribe Cualla y Centro de Asesoramiento Toxicológico, CAI, 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 a otros 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” [...] por solicitud de la Oficina de Asuntos Narcóticos NAS de la Embajada Americana [...]”.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 19 de octubre de 2004, expediente 25000-23-25-000-2001-0022-02 (AP) IJ. *“Se desprende, además, de los citados estudios, que el glifosato, dado que aumenta la producción de nitrógeno y carbono en el suelo y en razón de los procesos químicos que se producen en éste, genera sustancias cancerígenas que afectan a los animales”.*

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 31 de marzo de 2005, expediente 18001-23-31-000-2004-00612-01 (AC)

Belén de los Andaquíes [Departamento de Caquetá] que resultó afectada por las aspersiones con glifosato realizadas el 27 de septiembre de 2004, tanto en cultivos, como en animales, planteó los siguientes criterios:

- (i) El Consejo Nacional de Estupefacientes por virtud del artículo 91.g de la Ley 30 de 1986 ejerció la facultad de definir la destrucción de los cultivos ilícitos mediante la regulación del “Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos en Colombia”, con la expedición de las Resoluciones 0001 de 11 de febrero de 1994, 005 de 11 de agosto de 2000 y 0013 de 27 de junio de 2003, en la última de las cuales se adoptó “*un nuevo procedimiento para el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos*”;
- (ii) La entidad pública mencionada también expidió la Resolución 00017 de 4 de octubre de 2001 con la que se adoptó “*un procedimiento para la atención de quejas derivadas de los presuntos daños causados por la aspersión aérea con el herbicida glifosato*”, trámite que debía surtirse ante la Dirección Nacional de Estupefacientes y de la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional; y,
- (iii) Una vez realizada la visita de verificación por la UMATA y por las autoridades competentes, si se demostraba la producción de un daño dentro del mencionado trámite se estimaba su valor y se suscribía un acta de reconocimiento de este con el beneficiario, para luego pagarle.

En todo caso, la Sección Cuarta al desatar la acción de tutela no encontró ni amenaza, ni vulneración del derecho a la vida, o al trabajo ya que no estaban demostradas afectaciones en las personas o en su salud, o en las cosechas y animales que se encontraban en el predio.

Con base en similares situaciones fácticas y siguiendo la línea jurisprudencial de la Sección Cuarta, se pronuncia la Sección Primera en sentencia del 14 de abril de 2005⁹⁰, en un caso donde se hicieron aspersiones aéreas con glifosato el 27 de septiembre de 2004 en las veredas Alto San Juan y Altamira del municipio de Belén de los Andaquíes [Caquetá], con las que se afectó la finca de los accionantes; en la mencionada providencia, no se demostró tampoco que se encontraba ante una situación de amenaza inminente, irreversible e irremediable. Sin embargo, la Sala exhortó a las autoridades competentes del “Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos” para que adoptaran “*todas las medidas y correctivos que sean del caso para evitar las consecuencias nocivas que sobre el ecosistema y la vida y el patrimonio de las personas se puedan generar con las referidas fumigaciones*”.

Es así como, bajo supuestos fácticos similares y jurisprudenciales como los anteriores, también, se pronunció la Sección Quinta para desatar una acción de tutela en la sentencia de 28 de abril de 2005⁹¹, respecto de la aspersión aérea realizada en la vereda La Unión del municipio de Belén de los Andaquíes [Caquetá], que afectó la finca de los accionantes, en donde indicó que no (i) se demostró el nexo de causalidad entre las fumigaciones y la vulneración de los derechos invocados, en especial que “*su predio de noventa hectáreas sufrió una afectación tal que no le permite acceder al mínimo vital requerido para subvenir sus necesidades y además, que carece de otra fuente de sustento*”; (ii) de otra parte, se afirmó que los hechos ocurrieron el 27 de septiembre de 2004 y la queja respectiva se presentó dos meses después, por lo que a juicio de la Sala se trataba de un daño consumado para el que existía la acción contencioso administrativa de reparación directa; y, (iii) tampoco se demostró la amenaza inminente de vulneración a derechos fundamentales por lo que no se accedió a ordenar la suspensión de las aspersiones.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 14 de abril de 2005, expediente 18001-23-31-000-2004-00613-01 (AC).

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 28 de abril de 2005, expediente 18001-23-31-000-2004-00614-01 (AC).

Por otra parte, con relación al procedimiento de queja y de reconocimiento de la indemnización elaborado en la Resolución 00017 de 2001 por el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Subsección encuentra que esta fue anulada por la Sección Primera dentro de la sentencia de 25 de julio de 2013⁹², con base en los argumentos siguientes: (i) no existía suficiente soporte legal para que el Consejo expidiera la regulación de la mencionada Resolución, pues no se le ha atribuido facultad de este tipo; y, (ii) el artículo 91 de la Ley 30 de 1986 no “*versan sobre la definición de procedimientos de atención de quejas y menos aún indemnizatorios derivados de su función de disponer la erradicación de cultivos ilícitos*”⁹³.

Posteriormente, la Sección Primera de esta Corporación a través de sentencia del 11 de diciembre de 2013⁹⁴ decidió anular el segundo párrafo del artículo 1 de la Resolución 0013 de 27 de junio de 2003, expedido por el Consejo Nacional de Estupefacientes, al considerar que la decisión de hacer aspersiones aéreas con glifosato en los cultivos ilícitos que pudiesen encontrarse en los Parques Naturales es contraria a “*lo dispuesto en los artículos 8, 79, 80 y 95 de la Carta Política, y al artículo 336 literales b y c del Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto 2811 de 1974, todos los cuales son una clara manifestación del principio de precaución*”, ya que dicha aspersión “*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 calificarse como grave e irreversible*”, infringiendo, además, el principio de proporcionalidad⁹⁵.

De la jurisprudencia anterior en la que se analizaron decisiones de tutela de derechos colectivos y de nulidad de normas expedidas por el Consejo Nacional de Estupefacientes, se tienen los criterios para analizar la responsabilidad de las entidades encargadas de desplegar la actividad de aspersión aérea de los cultivos ilícitos.

⁹² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 25 de julio de 2013, expediente 1101-03-24-000-2003-00129-01.

⁹³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 25 de julio de 2013, expediente 1101-03-24-000-2003-00129-01. “*En este orden, tampoco el literal g) del artículo 91 antes transcrito encarna la viabilidad para extender la competencia del C.N.E. a la regulación de las consecuencias o efectos generados en la función que allí se le asigna, pues de la lectura de la norma se visualiza que aquella se refiere exclusivamente a la facultad de **disponer la erradicación de los cultivos ilícitos, requiriendo para el efecto previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación y equilibrio del ecosistema del país**. Nótese, entonces, que esta función no entraña facultad regulatoria alguna y menos aún respecto de procedimientos concernientes a la atención de quejas e indemnización de perjuicios generados en las aspersiones con glifosato. Incluso, para su ejercicio, requiere consultar previamente a otras entidades que son las competentes para pronunciarse sobre los efectos que en la salud humana o en el ambiente se puedan derivar de la erradicación de cultivos ilícitos que se proponga efectuar el C.N.E.*”

⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2013, expediente 11001-03-24-000-2004-00227-01.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2013, expediente 11001-03-24-000-2004-00227-01. “*Con todo, el sacrificio del medio ambiente que implica la ejecución de la decisión administrativa demandada resulta mayor al beneficio que pueda lograrse con la erradicación de cultivos ilícitos, si bien no se pueden establecer a ciencia cierta los daños ambientales que pueda causar dicha actividad, su eventual acaecimiento daría al traste con uno de los postulados de más relevancia dentro del diseño de Estado acogido en la Carta Política. Se trata, ni más ni menos, que de evitar que se vea frustrada la intención del constituyente de tomar las medidas necesarias para asegurar la existencia del entorno necesario para la vida de los seres humanos, por contera, el que este fin ceda ante la medida de orden público adoptada denota un desequilibrio ilícito en términos de la ponderación, aseveración que nos conduce indefectiblemente a la conclusión de que la medida no resulta proporcional*”.

Ahora bien, reseñado el encuadramiento específico del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado se examina la jurisprudencia de la Sección Tercera. En una primera oportunidad la Sección Tercera en la sentencia de 11 de junio de 1993⁹⁶, en el caso de la afectación de los cultivos, cosechas y degradación del suelo de predio ubicado en la Sierra Nevada con ocasión de las fumigaciones realizadas por la Policía Nacional empleando el herbicida “Glifosato” para erradicar los cultivos de marihuana en la zona, la Sala no encontró probado el daño antijurídico dado que no se logró establecer qué terreno de la finca estaba sembrada con tomate, o cuáles cultivos resultaron afectados, contándose sólo con dictámenes realizados cuatro [4] años después de las fumigaciones⁹⁷. De manera extraña, y pese a no haberse demostrado el daño antijurídico, la Sala de esa época encuadró el caso con base en el fundamento de imputación de la falla en el servicio, afirmando que no estaba demostrado, ya que aunque obraba un informe rendido por el Inderena, Regional Magdalena, que era resultado de una visita practicada al predio el 7 de agosto de 1986, en el mismo no se identificó el agente, herbicida o factor contaminante que afectó potreros y cultivos de hortalizas de los allí demandantes⁹⁸.

Luego, la Sub-sección A de la Sección Tercera mediante sentencia del 27 de enero de 2012⁹⁹, analizó la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional por los daños antijurídicos ocasionados a la propiedad de los accionantes, ubicada entre las veredas Maquecal y La Nutria del municipio de Montañita [Caquetá], con las fumigaciones aéreas realizadas con herbicidas la segunda semana de noviembre de 1997.

De acuerdo con la Sala (i) se demostró que sobre el predio se efectuaron fumigaciones áreas resultando afectado con los herbicidas esparcidos por la acción de la Policía Antinarcóticos; (ii) también se constató que en el predio no existían cultivos ilícitos¹⁰⁰; (iii) se consideró irrelevante practicar pruebas de laboratorio para determinar el tipo de herbicida utilizado, ya que todo indicaba que el empleado había sido el “glifosato”¹⁰¹; (iv) por el contrario, no se probó que la víctima, u otros

⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de junio de 1993, expediente 7719.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de junio de 1993, expediente 7719. “*Ahora los dictámenes logrados en el plenario fueron rendidos 4 años después de realizadas las fumigaciones, cuando las condiciones existentes habían variado de tal manera que los peritos conceptuaron que era imposible determinar si en alguna época se vieron afectados por glifosato. Los peritos realmente se limitaron a exponer sus conclusiones sobre los perjuicios que puede ocasionar el uso inadecuado del herbicida, pero con esos dictámenes no se establece que efectivamente los cultivos de la hacienda Ojo de Agua se vieron afectados, o cuáles y en qué extensión fueron los cultivos afectados o que se deterioro [sic] sufrido hubiera sido por elementos tóxicos usados por la Policía Nacional en las fumigaciones*”.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de junio de 1993, expediente 7719. “*La parte actora no probó este aserto en debida forma que permitiera determinar la existencia de tales perjuicios, a folio 10 obra copia de un informe que rindió el Inderena regional Magdalena sobre la visita practicada el 7 de agosto de 1986 a la Hacienda que se dice afectada. En ese informe el funcionario visitador dió [sic] cuenta de que observó afectación en potreros y cultivos de hortalizas con síntomas de aplicación de cultivos tóxicos, pero allí no se determinó cual [sic] era ese tóxico de tal manera que en esta sentencia pudiera concluirse que fue la fumigación realizada por la Policía la que ocasionó el daño*”.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 27 de enero de 2012, expediente 22219.

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 27 de enero de 2012, expediente 22219. “*El material probatorio también reveló que en el predio “La Esperanza” no existían cultivos ilícitos, según se desprende de la inspección judicial anticipada, practicada en el lugar de los hechos por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de La Montañita, Caquetá, y del dictamen pericial, del cual se corrió traslado a la demandada, así como de las declaraciones rendidas en el proceso*”.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 27 de enero de 2012, expediente 22219. “*si bien no se practicaron las pruebas de laboratorio que echa de menos la demandada, lo cierto es que todo indica que se trató de glifosato, pues, según el Ministerio del Medio Ambiente, desde enero de 1992 y en el seno del Consejo Nacional de Estupefacientes, el Gobierno*

campesinos de la zona hayan utilizado este tipo de herbicidas; (v) se echa de menos que la Sala haya encuadrado el daño antijurídico ocasionado en alguno de los fundamentos de imputación; y, (vi) en cuanto a los perjuicios la Sala confirmó la decisión de primera instancia que reconoció como daño emergente el costo de reposición del pasto y de los árboles por hectárea, negándose el lucro cesante ya que no se probó lo solicitado.

Un año después, la Sub-sección B de la Sección Tercera decidió un caso similar mediante la sentencia de 30 de enero de 2013¹⁰², en donde se reclamó la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional por la fumigación con herbicidas el día 26 de abril de 1999 y que afectó el predio de los accionantes, ubicado en el municipio de Belén de los Andaquíes [Caquetá].

Según la Sala (i) se demostró que en la fecha indicada se efectuaron fumigaciones aéreas; (ii) que se empleó glifosato ya que la *“inspección judicial anticipada y los conceptos técnicos rendidos en los días siguientes a lo ocurrido evidencian que los pastizales y los cultivos de yuca y caucho presentaban exactamente las mismas secuelas que deja el glifosato según la Auditora Ambiental para la Erradicación de Cultivos Ilícitos, puntualmente el “amarillamiento” y la muerte de las plantas, tanto en su parte aérea como en la subterránea”*; (iii) se descartó la indebida explotación del caucho, la mala ubicación del cultivo de yuca y el abandono de las plantaciones por parte de la víctima como contribución a la producción del daño; (iv) el daño se hizo consistir en el deterioro de los pastizales, cultivos de yuca y caucho, así como del bosque secundario; (v) dicho daño no se encuadra en la falla en el servicio por incumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 77 de la Ley 30 de 1986, dado el riesgo de orden público que existía en la zona, por lo que se acudió a fundar la atribución en el daño especial, pero apoyado en el concepto de daño antijurídico lo que resulta equivocado; (vi) se agregó que no se incurrió en falla en el servicio por no identificación de los linderos del predio que podía tener cultivos ilícitos, teniendo en cuenta la situación de orden público de la zona, y apelando a que dicha tarea se podía cumplir con los medios tecnológicos actuales, como *“imágenes satelitales o tomadas desde una aeronave”*, pero dejando como constancia que los daños ambientales ocasionados exigen comprender que al *“Estado no le está permitido proceder a fumigar un cultivo sin haberlo identificado previamente como ilícito”*; y, (vii) como perjuicios se negaron los morales dando entender que en este tipo de casos no procede y se mantuvo el reconocimiento de los perjuicios materiales y su liquidación en abstracto mediante el respectivo incidente.

Finalmente la Sala avanzó en reconocer la reparación in natura, entendiendo que *“frente a un daño ambiental lo más importante es conseguir la restauración y recuperación del medio natural afectado”*.

Posteriormente, la misma Sub-sección analizó un caso con similares circunstancias fácticas, profiriendo la sentencia del 20 de febrero de 2014¹⁰³, en donde se analizó responsabilidad del Estado por la fumigación con glifosato de plantaciones de

Nacional adoptó como estrategia social el mecanismo de aspersión aérea con ese herbicida, para la erradicación de cultivos ilícitos. Adicionalmente, según ya se vió, la Auditoría Ambiental de Erradicación de Cultivos Ilícitos sostuvo que el Programa de Erradicación de dichos cultivos utiliza únicamente el herbicida glifosato, como lo ordena la Resolución 0001 de 11 de febrero de 1994, proferida por el Consejo Nacional de Estupefacientes. Cabe agregar que, según el Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos de la Dirección de la Policía Nacional, en las fumigaciones aéreas se utiliza el herbicida “GLIFOSATO” (folios 76 a 79, cuaderno 2)”.

¹⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 30 de enero de 2013, expediente 22060.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028.

amapola en jurisdicción del municipio de Algeciras [Huila], con la cual se ocasionó daños a los cultivos de lulo del demandante quien tenía un predio en la vereda Balsillas, municipio de San Vicente Inspección [Caquetá].

Al analizar el caso, la Sala consideró que la fumigación aérea con glifosato “*es una actividad que engendra un riesgo para el ambiente, por lo cual el 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*”, posición con fundamento en la cual se encuadró la atribución jurídica en el fundamento del riesgo excepcional [párrafo 15.19]; lo anterior, pese que no obraba un dictamen científico-técnico “*que confirme que la destrucción del cultivo del lulo del actor reside en los efectos nocivos de la fumigación de los cultivos ilícitos cercanos al predio*”, ya que la imputación se hizo sustentar en la prueba indiciaria [párrafo 16.2¹⁰⁴] y en los hechos indicadores: (a) como que desde enero de 1999 cerca del municipio de Algeciras [Huila] hubo operaciones de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato; (b) de la inspección ocular realizada por la Personería Municipal y la UMATA se evidenció que en el predio del demandante no había cultivos ilícitos, sino siete mil “*matas de lulo con problemas de amarillez, marchitamiento y en estado necrótico*”; (c) de la misma inspección se pudo extraer que en los predios contiguos si había cultivos ilícitos; y, (d) con base en el concepto técnico rendido se pudo establecer que el cultivo fue afectado con la difusión del herbicida glifosato.

Todo lo anterior permitió concluir, que el daño antijurídico le era imputable indiciariamente al Estado ya que 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*” [párrafo 16.5]. Con relación a la imputación, la Sala la encuadró en el fundamento del riesgo excepcional teniendo en cuenta que la “actividad de la administración de erradicación de cultivos de uso ilícito supuso la creación de un riesgo que se concretó en un daño” [párrafos 16.10 y 16.11¹⁰⁵].

Ahora bien, como reparación se parte de establecer una serie de garantías de no repetición teniendo en cuenta “*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)*”, se dispuso:

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028. “*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*”.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 29028. “*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*”.

(a) identificar y delimitar geográficamente las áreas de los cultivos ilícitos, los linderos del predio afectado, 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.”;

(b) ordenar, con efecto preventivo, que la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional al ejecutar el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos debe observar el Plan de Manejo Ambiental; y,

(c) se exhortó al Gobierno Nacional para que aplicando el principio de precaución consagrado en el artículo 1 de la Ley 99 de 1993 se utilicen “*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*”. Por otra parte se reconocieron perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, pero se ordenó su liquidación mediante incidente con base en los criterios siguientes: (a) para el daño emergente “*(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*”; y, (b) para el lucro cesante se atendería a “*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*”.

Por otro lado, la Sub-sección A en la sentencia de 27 de enero de 2016¹⁰⁶ se pronunció acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado por la destrucción total de cultivos de palma de aceite y de otros de protección de suelos de cobertura vegetal con ocasión de la aspersión con glifosato realizada el 19 de marzo de 2004 en la vereda Pulgandé del municipio de Tumaco [Nariño], considerando que (i) se encuadró la imputación partiendo del argumento según el cual las operaciones aéreas de aspersión de herbicidas como el glifosato son actividades riesgosas, por lo que debe operar el fundamento del régimen objetivo del riesgo excepcional; (ii) que concretaron los daños en los cultivos como consecuencia del despliegue de una actividad legítima y lícita; (iii) sin que el afectado haya contribuido a los mismos con acciones u omisiones¹⁰⁷; y, (iv) en cuanto a los perjuicios se negaron los morales

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 34797.

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 34797. “Así las cosas, valorado en su conjunto el acervo probatorio, para la Sala se

al no haberse demostrado la afectación derivada de la pérdida de los cultivos que no puede ser presumida; no obstante, si se reconocieron los perjuicios materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante ordenándose su liquidación en abstracto mediante incidente.

Además, en providencia del 2 de mayo de 2016¹⁰⁸ la Corporación se pronunció acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado por la afectación a una granja piscícola con ocasión de la aspersión aérea de glifosato realizada en el mes de abril de 2003 en jurisdicción del municipio de Barbacoas [Nariño], considerando: (i) que el daño consistió en la muerte de la totalidad de los cincuenta mil alevinos de cachama criados en el predio afectado [párrafo 36]; (ii) se encuadró el anterior daño en el fundamento de imputación del riesgo excepcional; (iii) asumiendo que si bien no hay dictamen científico-técnico “*que confirme que la muerte de los alevinos de cachama se produjo por los efectos nocivos de la fumigación de los cultivos ilícitos cerca al predio, la Sala considera que las pruebas documentales y testimoniales allegadas al expediente permiten concluir, sin hesitación, que fue la aspersión aérea del herbicida glifosato la causa material del daño sufrido*”; y, (iv) en cuanto a los perjuicios se negaron los morales, y se reconocieron los materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, ordenándose su liquidación mediante incidente.

Bajo similares presupuestos se presenta la sentencia de la Sub-sección B de 2 de noviembre de 2016¹⁰⁹, al resolver la demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños a los cultivos ocasionados por la aspersión aérea de glifosato realizada el 25 de julio de 2006 en jurisdicción del municipio de Tierralta [Córdoba], considerando (i) que se concretó el daño en la pérdida de “cultivos de yuca, maíz y arroz que se encontraban en su propiedad, así como el producto de los árboles frutales”; (ii) asumiendo que si bien no hay dictamen científico-técnico “que confirme que la destrucción de las plantaciones residió en los efectos de la fumigación de los cultivos ilícitos cercanos al predio, en el expediente obran elementos procesales que permiten construir la imputación de responsabilidad en cabeza del Estado”; (iii) encuadrando su imputación en el fundamento del riesgo excepcional, aceptando que el uso del glifosato en la erradicación de los cultivos ilícitos es una actividad peligrosa; y, (iv)) en cuanto a los perjuicios se negaron los morales, y se reconocieron los materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, ordenándose su liquidación mediante incidente.

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 19 de marzo de 2004, 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 a la sociedad demandante, particularmente sobre el cultivo de palma africana y de kudzu, fue fruto de la concreción de un riesgo excepcional que se originó por el ejercicio legítimo de una actividad peligrosa -aspersión aérea de herbicida-; 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. iv) la ausencia de una conducta activa u omisiva por parte del afectado que lo hubiera obligado a soportar las consecuencias del hecho dañoso, es decir, no se acreditó la configuración de la causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho propio de la víctima”.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 2 de mayo de 2016, expediente 36357B.

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 2 de noviembre de 2016, expediente 41467.

Aunado a lo dicho, la Sub-sección en el año 2017 mediante la sentencia de 5 de abril¹¹⁰ al resolver la demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños a los cultivos con ocasión de la fumigación con glifosato realizada el 15 de agosto de 2003 en el corregimiento La Lomita del municipio de Balboa [Cauca] denegó las pretensiones al determinar que no había legitimación en la causa por activa al no demostrarse la posesión o propiedad sobre el predio en donde se encontraban los cultivos presuntamente afectados.

Ahora bien, la Sala con arreglo al criterio jurisprudencial descrito encuentra acreditada la falla del servicio así:

(i) Que el daño antijurídico se hizo consistir en la aminoración, detrimento y deterioro de los cultivos, suelos y predio del demandante, con vulneración del derecho de propiedad tanto en su función social, como ecológica, y en la indebida restricción a la libertad de la actividad productiva amparada convencional y constitucionalmente, así como a la tutela eficaz del ambiente en la esfera de la calidad que debe proveerse para el disfrute de los bienes. Se trató, por lo tanto, de la concreción de un típico daño ambiental;

(ii) Dicho daño es imputable con base en el fundamento de la falla en el servicio, puesto que se demostró que se incumplieron, omitieron y fue inactivo el Estado al momento de sujetarse a los estándares, criterios y exigencias técnicas y legales previstas en la Ley 30 de 1986, en los reglamentos expedidos para la realización de las aspersiones con herbicidas [dentro del “Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos], y en las exigencias convencionales, concretadas (a) en la indebida, insuficiente e inexistente identificación y delimitación de las áreas de aspersión; (b) la inobservancia del Plan de Manejo Ambiental; (c) el incumplimiento de las medidas de contingencia y de revisión posterior de las áreas colateralmente afectadas con la aspersión para la realización las tareas de restauración o recuperación, entre otras; y,

(iii) Se reconocieron los perjuicios materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, ordenándose su liquidación en abstracto mediante incidente teniendo en cuenta criterios como el del área cultivada, el valor de la descontaminación del mismo, los valores de producción certificados para la época de los hechos, entre otros.

Con base en los anteriores criterios, fundamentos y líneas jurisprudenciales la Sala abordará la imputación en el caso en concreto, recordando que el encuadramiento fáctico y jurídico debe obedecer a los elementos de hechos y jurídicos que pueden y deben ser considerados en esta instancia, y con sujeción a los mandatos convencionales, constitucionales, legales y a la jurisprudencia, de manera que se analice en cuál de todos los fundamentos cabe atribuir jurídicamente la responsabilidad a las entidades públicas demandadas.

4.3. Consideraciones convencionales y constitucionales respecto a la política de erradicación de los cultivos ilícitos en Colombia.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia plantea a debate la tensión entre la prohibición, restricción por un lado, o la autorización del uso del método de aspersión aérea con empleo del herbicida glifosato.

La Corte plantea, inicialmente, que la *“utilización de sustancias químicas potencialmente tóxicas como única forma de combatir los cultivos ilícitos”* demuestra

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 5 de abril de 2017, expediente 40245.

que *“la política de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión con glifosato no solo puede llegar a afectar la salud de las comunidades y sus formas de producción agrícola tradicionales sino que las condena a la pobreza, a la violencia y a la marginalidad, al dejarlas sin opciones de etno-desarrollo y con afectación del medio ambiente”*¹¹¹.

Siguiendo el anterior argumento, la Corte Constitucional considera que la tensión entre el riesgo de combatir el narcotráfico justicia el uso del anterior método durante dos décadas, con lo que se amenaza *“la salud humana y el medio ambiente de las comunidades”*¹¹², pese a que no se cuenta con la delimitación clara de las zonas donde debe aplicarse *“cuyos efectos no puede ser controlados y tampoco han sido estudiados con rigor en el país”*¹¹³.

Para la Corte Constitucional se han podido constatar una serie de irregularidades, omisiones e incumplimientos por parte de la administración pública competente, en especial por las imprecisiones en el proceso de georeferenciación, *“por la dificultad de controlar dónde cae exactamente el herbicida asperjado por el avión, o por la cercanía y, en muchas ocasiones, mezcla de cultivos lícitos con cultivos ilícitos”*, afectándose los predios, cultivos y animales de comunidades en diferentes lugares del país, e incluso generando el *“desplazamiento silencioso”* expresado en dos ámbitos: *“(a) en primer lugar, está el impacto directo sobre los cultivos ilícitos que constituye el soporte de la subsistencia de los pueblos indígenas. Producto del daño sobre sus cultivos, algunas comunidades se han visto obligadas a desplazarse para buscar otros lugares en los cuales puedan cultivar o encontrar otras fuentes de empleo para garantizar su alimentación; (b) en segundo lugar, las comunidades también denuncian que hay una desconexión evidente entre las políticas de fumigación y los procesos de sustitución voluntaria de cultivos”*¹¹⁴.

Por lo tanto, el problema no es la suspensión de las aspersiones aéreas con glifosato que voluntariamente determinó el Gobierno Nacional, sino que, es necesario dar cumplimiento a las exigencias, obligaciones, deberes, procedimientos y especificaciones técnicas fijadas desde la Ley 30 de 1986, en las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Estupefacientes, y en las Resoluciones 1065 de 2001 y 1054 de 2003 que regulan el Plan de Manejo Ambiental exigible durante este tipo de operaciones. Según la Corte Constitucional, la administración pública debe evaluar *“la forma en que viene diseñando y ejecutando la política pública de fumigaciones para erradicar cultivos ilícitos conforme a los últimos hallazgos científicos en la materia”*¹¹⁵, ya que en las normas y reglamentaciones señaladas se determina que se puede emplear el método más adecuado científicamente.

Por lo tanto, siguiendo el discurso de la Corte Constitucional, *“resulta necesario explorar y encontrar formas alternativas de erradicación y sustitución de cultivos, y que tal tarea se ejecute en zonas claramente delimitadas y con realización de consulta previa cuando dichas actividades se desarrollen en territorios de comunidades étnicas, ya sean indígenas, afrocolombianas o campesinas, en todo caso con respeto de los Tratados Internacionales, la Carta Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional”*¹¹⁶.

¹¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017.

¹¹² Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017, párrafo 7.34.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017, párrafo 7.34.

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017, párrafo 7.35.

¹¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017, párrafo 7.36.

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017, párrafo 7.36.

La suspensión en criterio de la Corte Constitucional adoptada por el Gobierno Nacional desde 2015¹¹⁷ en aplicación del principio de precaución y con base en el informe de la OMS, *“impone la implementación de una nueva política pública respetuosa de los derechos humanos, del medio ambiente y su entorno, así como del principio de diversidad étnica y cultural, que le corresponde observar en primer lugar al Gobierno nacional a la hora de diseñar la política antidrogas, máxime cuando la suspensión de las aspersiones aéreas fue impulsada y avalada tanto por el Ministerio de Salud como por la ANLA, en beneficio de los derechos fundamentales de todos los colombianos”*¹¹⁸.

En la reciente sentencia de la Corte Constitucional T-236 de 2017 se considera necesario limitar la aplicación del principio de precaución cuando se trata de determinar si la aspersión con el herbicida glifosato entraña una amenaza de producir un daño¹¹⁹:

(i) En primer lugar, sostiene que este *“principio requiere la consideración de varios factores relacionados no solo con la existencia de un riesgo¹²⁰, sino con el grado de certidumbre del mismo, su magnitud, la confiabilidad de la evidencia científica asociada, la respuesta regulatoria ya adoptada por las autoridades, el cumplimiento de las regulaciones existentes y otras consideraciones de relevancia constitucional”*¹²¹;

¹¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2017. “[...] El 29 de mayo de 2015 el Consejo Nacional de Estupefacientes decidió suspender el uso del glifosato en las operaciones de erradicación en todo el territorio nacional, sujeto a que la ANLA revocara o suspendiera el Plan de Manejo Ambiental. El 30 de septiembre de 2015 la ANLA decidió suspender las actividades del PECIG en el territorio nacional de manera transitoria y estableció cuatro condiciones, cualquiera de las cuales podría invocarse para reanudar el programa. El programa no ha sido reanudado. Sin embargo, el 29 de junio de 2016 el Consejo Nacional de Estupefacientes expidió la Resolución 9 de 2016 “Por la cual se autoriza la ejecución del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Terrestre con Glifosato (Pecat)”. El 11 de julio de 2016 la ANLA expidió la Resolución 708 de 2016 en la cual modificó el plan de manejo ambiental del PECIG, para incluir en él una intervención inicial del piloto del PECAT en zonas inicialmente focalizadas de Nariño y Chocó”.

¹¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017, párrafo 7.40. “Para avanzar en ese objetivo el Gobierno debería tener en cuenta los elementos que la OMS ha planteado sobre el uso del glifosato para modificar la forma en que se ejecutan los programas de erradicación de cultivos ilícitos en el país”.

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2017. “5.1.8.1. [...] En un caso como el que plantea esta tutela, el grado de probabilidad se refiere a la probabilidad de que una persona sufra efectos adversos por la exposición al glifosato, mientras que la gravedad se refiere a si los efectos son leves o graves. Ambos elementos son relevantes, pues un daño particularmente grave puede dar lugar a estrictas medidas de precaución aún ante una probabilidad de ocurrencia muy baja, como ocurre con las medidas de seguridad en la energía nuclear o en el transporte aéreo”.

¹²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2017. “5.1.8.3. Las decisiones internacionales sobre el principio de precaución han considerado la fijación del nivel de riesgo aceptado como un asunto de discrecionalidad política que corresponde ejercer a las autoridades reguladoras. Sin embargo, tal discrecionalidad política no es aceptable para la imposición de medidas por parte de los jueces, que deben realizar sus funciones con apego al imperio de la ley. En ese sentido la jurisprudencia debe establecer parámetros claros de actuación para fijar el nivel de riesgo aceptado cuando se esté en el escenario de imponer medidas de origen judicial con base en el principio de precaución”.

¹²¹ Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2017. “5.1.8.2. Por otra parte, se debe tener en cuenta el grado de certidumbre. Si bien el principio de precaución se aplica frente a la incertidumbre y ha sido considerado por la Corte como una alternativa de acción “frente al principio de certeza científica”, este requiere una aproximación realista hacia las posibilidades de certeza. En la ciencia no hay tal cosa como certeza absoluta: hay teorías soportadas por la evidencia y por el consenso científico que pueden eventualmente ser falseadas y remplazadas por nuevas teorías que atraigan un nuevo consenso. Actuar bajo el supuesto de que existe tal cosa como la ‘certeza absoluta’ puede llevar a los jueces a cometer dos errores opuestos. Por un lado, pueden adoptar decisiones apresuradas al amparo de un solo estudio científico sin verificar si dicho estudio ha sido validado por la comunidad científica y si está respaldado por experimentos replicables. Por otro lado, pueden abstenerse de tomar decisiones bajo la justificación de que no hay consenso o hay contradicciones, aguardando un

(ii) Este principio, además, “no equivale a una presunción *iuris tantum* de que la actividad es dañina y por lo tanto debe prohibirse”¹²²;

(iii) Por el contrario, dicho principio “tiene una complejidad considerable, que debe ser tomada en cuenta al momento de aplicarlo a un caso concreto que [...] tiene graves implicaciones no solo para la salud, el medio ambiente y la seguridad alimentaria, sino también la seguridad nacional y la lucha contra las drogas ilícitas”

A lo que se agrega que la forma en que se ha reglamentado la política pública de erradicación de los cultivos ilícitos se ha degradado desde su base al desarrollarse normativamente mediante resoluciones, cuando debía haberse regulado mediante leyes ordinarias, que doten de seguridad jurídica y se sujeten a los estándares convencionales y constitucionales, por lo que no puede creerse que con la aplicación del principio de precaución se vaya a resolver una problemática que ya ha desencadenado efectos nocivos, pero sobre los que persiste una serie de situaciones o hechos que implican una incertidumbre al momento de su tratamiento, de su anticipación y de su gestión por parte de la administración pública competente, en este caso para monitorear, seguir, vigilar y ejecutar el “Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos” aplicando el método de la aspersión con el herbicida glifosato.

Luego, el papel del juez, constitucional, administrativo u ordinario, no puede ser orientarse por regla general a la prohibición o suspensión de una actividad de este tipo, sino de establecer proporcional y razonablemente si hay lugar a exigir una evaluación del riesgo y la adopción de medidas de gestión ante la incertidumbre, o suspender para recabar la información científica y técnica que dote a la administración pública de más elementos de sustento para la decisión que deba adoptarse¹²³, para que en todo caso entender que las medidas que se decidan por parte del juez sean provisionales y no permanentes, ya que de nada sería útil inhibir el desarrollo de soluciones, o la operatividad de las evoluciones de la ciencia y de la técnica¹²⁴.

Es esencial, según la Corte Constitucional, que la implementación y ejecución del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos no puede sobrepasar como límite permisible o tolerable socialmente que afecte o condicione el disfrute y aprovechamiento de los cultivos de alimentos, de las explotaciones económicas de animales, o de otros provechos de los que se haga depender la subsistencia de comunidades o personas en las áreas en donde se realicen las operaciones aéreas de aspersión, especialmente con el herbicida glifosato. Esto tiene sustento convencional en lo consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana de

ideal inalcanzable de verdad. Ambas decisiones pueden ser igualmente lesivas para el orden constitucional”.

¹²² Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2017. “5.1.8.1. Una primera cualificación se refiere al umbral de aplicación. La sola existencia de potencial de daño en una actividad humana no puede ser la justificación para prohibirla, se requiere algún nivel de riesgo para entrar a aplicar el principio de precaución”.

¹²³ Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2017. “5.1.8.4 [...] en caso de considerar que hay mérito para una intervención judicial, se debe considerar qué tipo de medidas deben ordenarse. En el caso Salas Dino, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina adoptó una prohibición de tala de bosques junto con una obligación de realizar estudios de impacto. Este ejemplo indica la necesidad, no solo de prohibir la actividad sino de recabar información más completa para establecer objetivamente el nivel de riesgo. Por otra parte se debe considerar que la prohibición completa de una actividad es la orden más extrema que puede adoptarse, por lo cual no siempre será compatible con el principio de proporcionalidad. Puede que en ciertos casos sea adecuado suspender actividades o solicitar que se disminuyan o se ejecuten bajo condiciones específicas, en lugar de prohibirlas de manera absoluta”.

¹²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-236 de 2017. “5.1.8.5. [...] En este sentido la jurisprudencia debe proveer parámetros para que los jueces, al adoptar medidas de precaución, establezcan el plazo o la condición bajo la cual cesan dichas medidas”.

Derechos Humanos, que tutela el derecho de propiedad en su dimensión comunal, de arraigo, tradición y subsistencia, como de los artículos 10 y 11 del Pacto Adicional a la Convención Americana de San Salvador de 1977, que comprenden la tutela del derecho a la salud y a la protección del ambiente en donde puedan vivir y desarrollarse las mismas comunidades y personas. Lo anterior se corresponde, además, con el derecho convencional a la seguridad alimentaria que ha sido reconocido por las Naciones Unidas en la “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.

Lo anterior implica que convencional y constitucionalmente la erradicación de los cultivos ilícitos no se agota en una dimensión policiva, exigiéndose una comprensión social *“en donde se contemplen soluciones sociales que amparen los derechos de las comunidades étnicas, sus medios de subsistencia y sus tradiciones, y sean respetuosas y favorables con el medio ambiente”*¹²⁵, o con cualquier persona o comunidad que pueda ver cercenada o indebidamente limitada su seguridad alimentaria, su pleno ejercicio del derecho de propiedad, la calidad de vida y el derecho a la salud.

Con fundamento en los anteriores lineamientos, pasa la Sala a resolver el caso sometido a consideración de la Subsección.

5. Caso concreto

En el presente asunto, le corresponde a la Sala determinar si le asiste razón a la entidad accionada cuando afirma en el recurso de apelación que no hay lugar a endilgarle responsabilidad por la aspersión realizada con glifosato a los cultivos del demandante, pues, según su dicho se pudo constatar que la pimienta que tenía sembrada el demandante estaba revuelta con coca, razón por la que, en cumplimiento del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos se adelantó el procedimiento pertinente, sin que los daños causados le sean imputables.

5.1. El daño antijurídico que se encontró probado

Así las cosas, del material probatorio obrante en el expediente se encuentra probado que el demandante tenía en el predio de su propiedad un cultivo de pimienta, tal y como se evidencia de la constancia expedida por los Directivos de la Junta de Acción Comunal de las Acacias el 7 de diciembre de 2002, en la cual se afirmó que el señor Carlos Marulanda era residente de esa localidad, que se encontraba inscrito en la Asociación de Cultivadores de Pimienta y que poseía una hectárea de pimienta en producción¹²⁶. De igual manera, lo hizo la Secretaría de Desarrollo Social – Área Rural del municipio de Orito (Putumayo) en la certificación de fecha 12 de febrero de 2004¹²⁷ en la que indicó que el aquí demandante era propietario de un cultivo de pimienta de aproximadamente 1 ¼ hectárea.

Así mismo, se encuentra acreditado que el día 20 de mayo de 2004 se efectuó una aspersión aérea con glifosato por parte de la entidad demandada, como consta de la certificación expedida por la Policía Nacional – Dirección Antinarcóticos – Área Erradicación Cultivos Ilícitos fechada del 20 de agosto de 2004, en la cual se precisó que el día en cuestión, se desarrollaron operaciones de aspersión en el municipio de Orito (Putumayo)¹²⁸.

¹²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017, párrafo 7.36.

¹²⁶ Fl.10 C.1

¹²⁷ Fl.7 C.1

¹²⁸ Fl.214 C.1

Consecuentemente a la realización de la fumigación con el herbicida glifosato, se evidenció que el cultivo de pimienta de propiedad del señor Marulanda de una extensión de hectárea y cuarto, ubicada en la jurisdicción del municipio de Orito (Putumayo), vereda Las Acacias, se había afectado en su totalidad, de conformidad con el oficio del 25 de mayo de 2004, por medio del cual el Presidente de la Junta de Acción Comunal de La Vereda las Acacias, le informó al Personero Municipal lo ocurrido¹²⁹.

Por lo antedicho, la Sala considera que en los hechos ocurridos el 20 de mayo de 2004 se produjo un daño antijurídico que el demandante no estaba llamado a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención a que vio afectado su derecho al trabajo, pues, al desaparecer el cultivo de pimienta de su propiedad, vio disminuidos sus ingresos, perdiendo la totalidad de la inversión que había realizado para la obtención de la cosecha de pimienta y la utilidad que iba a percibir con su venta.

De ahí que, le corresponde a Sala establecer si el daño antijurídico causado al demandante con ocasión de la pérdida del cultivo de pimienta del señor Luis Carlos Marulanda como consecuencia de la aspersión aérea con glifosato realizada por parte de la Policía Nacional el 20 de mayo de 2004, le es imputable a la entidad demandada, o si por el contrario, se le debe exonerar de toda responsabilidad.

5.2. Imputación de la falla del servicio que se encontró probada

Así las cosas, descendiendo al caso concreto y teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el plenario, la Subsección encuentra que por medio de oficio del 17 de junio de 2001, el Técnico Administrador Agropecuario de UMATA – Orito comunicó al señor Luis Carlos Marulanda del “Informe Técnico visita Inspección cultivo de pimienta”, en el cual se señala lo siguiente¹³⁰:

“Con la presente me permito informarle acerca del estado sanitario y desarrollo fisiológico de la plantación de Pimienta que se ubica en la vereda LAS ACACIAS, jurisdicción del municipio de orito sector Yarumito, predio que lleva el mimos (sic) nombre y que para este evento se describe de la siguiente manera.

La inspección corresponde básicamente a la evaluación de la plantación de Pimienta con un área aproximada de cultivo de (1 1/2) una y media hectáreas, con una cantidad de 5200 plantas reportadas y que en la presente inspección se encuentran sin problemas fitosanitarios evidentes, y su estado de madurez alcanza los 4 años, su producción obtenida por cosecha supera los 40 kg. semanales.

Teniendo en cuenta lo anterior, la plantación anteriormente descrita, se ha conservado con fines de propagación de material vegetal como punto de partida para nuevas explotaciones y que en su momento alcanzaría la producción de 10.000 diez mil esquejes trimestrales.

Este acto de inspección se realiza por solicitud del interesado, debido a la incertidumbre de riesgo por fumigación aérea de la región para el control de cultivos ilícitos en la zona.

¹²⁹ FI.17 C.1

¹³⁰ FI.8 C.1

Cabe anotar, que en este evento de inspección, el área circunvecina no presenta cultivos ilícitos en este predio y los contiguos.
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Posteriormente, mediante oficio del 17 de abril de 2002, suscrito por el Ingeniero Agrónomo del Ministerio de Agricultura – Asesor Agropecuario Fundación Vida y Futuro, el cual fue dirigido a los señores Carlos Marulanda, Luis Alfonso Cortes y Pedro Samboní, como propietarios de cultivos de pimienta en la vereda Las Acacias del municipio de Orito – Putumayo, se señaló¹³¹:

“De acuerdo con la visita realizada al cultivo de pimienta el día 12 de abril del presente año; con el presente comunicado me permito dar un concepto técnico del mismo cultivo sembrado hace año y medio en una extensión de 1 y ½ hectáreas, para los fines que ustedes estimen convenientes.

DIAGNOSTICO (sic): La planta de pimienta es una liana trepadora perenne que para su desarrollo necesita de tutor (vara de soporte para enrollarse), tiene un sistema radicular superficial que aprovecha los primeros 20 a 30 cms del suelo. La liana (bejuco) esta compuesta de entrenudos en los que se producen raíces adventicias con las cuales se sujetan al tutor, permitiendo el ascensor y desarrollo de la planta (ver fotografía).

El cultivo se encuentra en buenas condiciones de crecimiento con una producción de un 20% de plantación en su fase inicial (fruto). El tamaño promedio de la plantación llega a una altura de 1.60 mts con un 60% de follaje a partir del segundo tercio de la planta. El cultivo se encuentra en un 20% atacado por la cochinilla, insecto que facilita la perforación del follaje disminuyendo el rendimiento de la producción ni (sic) no se controla a tiempo.

La topografía del terreno en donde se estableció el cultivo se caracteriza por estar en un terreno con un 80% ndulado (sic) y 20% plano, enmarcado con cultivos de pancoger, rastrojos, poteros y montaña.

NOTA: Este diagnóstico se entrega con el fin de proteger el cultivo, en caso de realizar fumigaciones en el área de la vereda. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De otro lado, por medio de constancia expedida por la Secretaría de Desarrollo Social – Área Rural del municipio de Orito (Putumayo), de fecha 12 de febrero de 2004, también se pudo evidenciar frente al cultivo de pimienta del aquí demandante, lo siguiente¹³²:

“El señor CARLOS MARULANDA, identificado con cedula de ciudadanía No. 4.501.273 de La Merced (c), es propietario de un cultivo de pimienta de aproximadamente 1 ½ ha (5200) plantas, ubicado en la vereda las acacias del Municipio de Orito.

En la visita realizada, se pudo observar que el cultivo se encuentra en excelente estado fitosanitario, con una producción de 40 kilos de fruto semanal y 10000 plántulas por sistema de producción por esqueje cada tres meses”.

¹³¹ FI.9 C.1

¹³² FI.7 C.1

También se allegó al expediente, una certificación expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario “ICA” – Seccional Putumayo el 4 de mayo de 2004, en la que consta que previo a efectuarse la fumigación por parte de la Policía Nacional en el municipio de Orito (Putumayo), el cultivo de pimienta del señor Marulanda se encontraba en las siguientes condiciones¹³³:

*“Que según inspección fitosanitaria realizada el día 04 de mayo de 2004 al cultivo y vivero de pimienta, con una extensión de 1 ½ hectáreas, ubicado en la finca el Yarumito de la Vereda las Acacias del municipio de Orito, de propiedad del señor CARLOS MARULANDA, identificado con la cédula de ciudadanía No.4.561.273 de la Merced (Caldas), **aparentemente está en buenas condiciones fitosanitarias para la siembra, venta y producción de la semilla, por lo tanto puede extraer el material vegetal (plántulas de pimienta), para su propagación dentro del departamento del Putumayo.***

El vivero de pimienta tiene una capacidad para 13.000 plántulas de pimienta cada 3 meses.

Este certificado tiene una validez de tres (03) meses, a partir del 04 mayo de 2004, y se anulará una vez terminado el tiempo de expedición o cuando se presenten condiciones que no garanticen la calidad sanitaria de los vegetales producidos”.

Ahora bien, por medio de documento fechado del 25 de mayo de 2004, el Presidente de la Junta de Acción Comunal de La Vereda las Acacias le informó al Personero Municipal de Orito, lo siguiente¹³⁴:

“En mi calidad de Presidente de la Junta de Acción Comunal de la Vereda las Acacias, me permito dar a conocer que el día 20 de Mayo del 2004, aproximadamente a las 12:15 del día fuimos objeto de la fumigación aérea por parte de los Entes encargados para tal fin, para este día estábamos reunidos en Asamblea general en la escuela recibiendo una instrucción por parte del educador Comunitario del Programa Familias Guardabosques donde estaba acordando que el Ejército por su propia decisión fuera el encargado de entrar y ejecutar la erradicación de algunos cultivos ilícitos que aún se encuentran en la zona.

También doy a conocer que en la Vereda las Acacias, jurisdicción del municipio de Orito Putumayo, hay una finca de aproximadamente 10 hectáreas de propiedad del señor LUIS CARLOS MARULANDA, identificado con la cédula (...), quien además es firmante del programa donde existe un cultivo de Pimienta desde hace aproximadamente 7 años de una extensión de hectárea y cuarto equivalente a 5.100 plántulas en plena producción, las cuales producen semanalmente entre 50 y 60 kilos de pimienta, generando empleo directo a 8 personas y sustento para 4 familias.

También doy a conocer que este cultivo en mención fue fumigado en su totalidad, es de aclarar que a los alrededores no hay presencia de cultivos ilícitos y que esta información era de pleno conocimiento de las autoridades competentes, de lo cual el propietario tiene constancia basadas en

¹³³ Fl.12 C.1

¹³⁴ Fl.17 C.1

fotografías y videos, porque este cultivo se sembró inicialmente con el ánimo (sic) de que fuese una alternativa para los cultivos ilícitos y ha sido un espejo para las comunidades de la región. (...)

Ante la eventualidad de la fumigación, el señor Luis Carlos Marulanda Lotero a través de oficio de fecha 2 de junio de 2004, le comunicó al Personero Municipal de Orito (Putumayo) los hechos acaecidos el 20 de mayo de 2004 en la vereda las Acacias¹³⁵.

Del mismo modo, el demandante presentó el 3 de junio de 2004 una queja por la fumigación realizada por la Policía Nacional en el cultivo de su propiedad, tal y como consta en el formulario de recepción de quejas de presuntos daños causados en plantaciones lícitas por aspersión aérea con el herbicida glifosato de la Personería, en donde consta que en la vereda Las Acacias del municipio de Orito (Putumayo) en el predio El Yarumito, se afectó un área de 1 ¼ hectáreas donde se encontraba plantado un cultivo de pimienta, documento que indicó lo siguiente¹³⁶:

*“(...) Fecha y Hora de la aspersión: 20 de mayo 2004/ 12:00 y 12:15 pm
Objeto de la queja: indemnización de daños y perjuicios
Hechos: Que mi predio a pesar de no presentar cultivos ilícitos fue fumigado con lo cual se afecto (sic) gravemente mi economía y subsistencia.*

RELACIÓN DE LOS DAÑOS

*1 ¼ hectáreas de pimienta
Productor de pancoger*

Un cultivo de pimienta de aproximadamente 1 ¼ certificadas en plena producción 5100 plántulas, las cuales producen por el sistema de estacas y esqueje trimestral aproximadamente 13.000 plántulas y de 50 a 60 kilos de fruto de la misma especie.

Se fumigo (sic) los cultivos de pancoger, como platano (sic), banano, yuca, (ilegible), cacao e ilegible) y rastrojos”.

Es así como, el 4 de junio de 2004 en una verificación preliminar de la información por parte de funcionarios del ICA Y/O UMATA al predio donde el señor Luis Carlos Marulanda Lotero tenía su cultivo de pimienta, se encontró lo siguiente¹³⁷:

“II. Información del cultivo lícito presuntamente afectado

*Cultivo lícito: pimienta Variedad:
Edad del cultivo: 7 años Cultivo Mezclado: Especifique:
Rendimiento promedio del cultivo en la región: 3.000 esquejes cada 3 meses, 50,60 kgs semanales, fruto
Costo de producción del cultivo: 20.000.000/ has
Número y costo de jornales empleados hasta el momento del daño: No.
Jornales: 5.000 Costo: 18.000
Fecha estimada de cosecha: 50,60 kgs semanales
Periodicidad de las cosechas: 8 días*

¹³⁵ Fl.16 C.1

¹³⁶ Fls.14 y 15 C.1

¹³⁷ Fls.18 a 20 C.1

III. Información de la siembra o trasplantes

Procedencia de la semilla o de las plántulas: Ecuador en el año 1997

Costo de la semilla o de la plántula: \$2.000 cada esqueje

Cantidad de semilla o de plántulas sembradas en el lote: 5.000 plántulas

Distancia de siembra: 2m x (ilegible) (...)

Número de jornales empleados en preparación y siembra del lote: 80 jornales

Costo de jornal en la región: \$18.000 grabado. \$15.000 libres

Fecha de siembra: febrero de 1997

Área o extensión del cultivo (en hectáreas): 1.5 has

(...) V. Historia del cultivo presuntamente afectado

Fertilizantes empleados, dosis y número de aplicaciones: 2 bultos de triple L5, 15 bultos de cal y 200 bultos de abono orgánico.

(...) **VI. Descripción del daño al cultivo**

Síntomas en hojas: Presenta clorosis y necrosis, coloración anormal de las hojas, debilitamiento y caída de estas al suelo.

Síntomas en tallos: clorosis tallo, necrosis, presenta secamiento y sancochamiento (sic) del cuello hacia abajo

Síntomas en raíces:

Síntomas en frutos: pre maduración de los frutos, secamiento y (ilegible) de este.

Descripción del suelo: Suelo (ilegible), topografía irregular, desprotegido por la pérdida de la capa de vegetación.

VII. Descripción de plagas, enfermedades y/o daños presuntamente causados

(...) **3 – Daños presuntamente causados (antrópicos, fuego, inundaciones, vientos, heladas, etc.) Fumigación aérea con glifosato al cultivo de pimienta.**

Síntomas: Sancochamiento (sic) de la planta, secamiento progresivo, caída de frutos y hojas.

(...) VIII. Georreferenciación del cultivo presuntamente afectado (Diligenciamiento obligatorio)

(...) Que tipo de cultivos existen alrededor del área presuntamente afectada? Potrereros, rastrojos, cultivo de yuca, cultivo de plátano.

(...)

El cultivo presuntamente afectado esta intercalado con cultivos ilícitos? SI NO X

Describa los cultivos presuntamente afectados, su especie y variedad e indique el área afectada para casa uno y ubique en un diagrama o bosquejo de la finca la distribución de estos dentro del predio. Localice la vivienda e indique el Norte Geográfico.

Cultivo de pimienta, el área afectada es de 1.5 has de este cultivo en el cual presenta sancochamiento (sic) y secamiento progresivo de la planta.

IX. Observaciones

*En el cultivo de pimienta también se emplearon 15.000 postes de barbasco y cada uno tiene un valor de \$6.000. **En el terreno presuntamente afectado no se encuentra a su alrededor presencia de cultivos ilícitos**".*
(Subrayado y negrilla fuera de texto.)

Luego de hecha la anterior verificación, se expidió auto admisorio de la queja presentada por el señor Luis Carlos Marulanda Lotero, en el que se ordena una visita de campo al predio del quejoso; decisión que fue comunicada por medio de oficio del 9 de septiembre de 2004 al Personero de Orito (Putumayo) para que llevara a cabo la diligencia ordenada¹³⁸.

En efecto, el día 18 de julio de 2005 se realizó la visita técnica indicada por parte del Técnico de Familias Guardabosques – Acompañamiento Técnico Ambiental – CORPOAMAZONIA al cultivo de pimienta del señor Luis Carlos Marulanda Lotero, y de cuyo informe se resalta lo siguiente¹³⁹:

“ANTECEDENTES:

Que según informaciones verbales, de los moradores de la vereda, en el mes de mayo de 2004 se realizaron fumigaciones aéreas en el área de la vereda las Acacias del municipio de Orito, departamento del Putumayo.

Que en la zona existía un cultivo de Pimienta el cual beneficiaba directamente a 6 familias las cuales contribuían con su trabajo en las labores de mantenimiento y manejo del cultivo.

Que el señor LUIS CARLOS MARULANDA LOTERO propietario del cultivo manifiesta haber presentado queja por afectación de cultivos lícitos y deterioro ambiental ocasionado por las fumigaciones aéreas, siguiendo los conductos regulares.

Que el día 8 de julio de 2005 se realiza visita de inspección ocular por parte de un técnico del Programa Familias Guardabosques CORPOAMAZONIA oficina Orito, con el fin de georeferenciar, verificar y evaluar el estado fitosanitario cultivo de pimienta, ya que el señor LUIS CARLOS MARULANDA LOTERO es beneficiario del Programa Familias Guardabosques y solicitó visita de inspección técnica al coordinador de Acompañamiento Técnico Ambiental.

Que de la visita de inspección técnica se obtiene la siguiente información:

(...) En el área se observan algunos tutores, aun en pie, que sostienen plantas relicto de cultivo de la pimienta, las cuales presentan estado de marchitamiento y necrosis (Punto de Marchites Aparente – PMA y Puntos de Marchites Permanentes).

En la zona existen proyectos productivos lícitos y no se observan cultivos de ilícitos en sus proximidades.

CONCLUSION

¹³⁸ Fl.28 a 30 C.1

¹³⁹ Fls.32 a 35 C.1

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones se puede concluir que hubo una afectación sobre el cultivo de Pimienta, la cual ha marchitado lentamente el cultivo llegando al marchitamiento total del cultivo. (Subrayado y negrilla fuera de texto.)

Para finalizar este recuento probatorio, por medio del auto No. 1291 del 18 de mayo de 2005, el Jefe del Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos de la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional y el Subdirector de Asuntos Regionales y Erradicación de la Dirección Nacional de Estupefacientes, dispuso rechazar y en consecuencia ordenar el archivo de la queja presentada por el señor Luis Carlos Marulanda Lotero ante esa entidad, al considerar que *“se encontró cultivos de coca en diferentes densidades y desarrollo biológico en áreas abiertas y zonas de bosque talado”*¹⁴⁰.

Lo que antecede permite concluir, que en el presente caso la Policía Nacional a través de la Dirección Antinarcóticos efectuó un operativo para asperjar cultivos ilícitos y como resultado de esta actividad se afectó el cultivo de pimienta de propiedad del demandante con el herbicida glifosato, siendo relevante señalar, que no se llevó con el pleno de los requisitos legales señalados para el efecto, lo que se evidencia la falla en el servicio en que incurrió la entidad demandada, al incumplir los deberes normativos que le imponían la obligación de verificar previamente que de manera efectiva el terreno a fumigar tenía plantaciones ilícitas; de tal forma que, al no probar que desplegó esta acción debe asumir las consecuencias de su inactividad.

Así las cosas, se tiene que mediante la Resolución 0013 del 27 de junio de 2003¹⁴¹ *“Por la cual se revocan las Resoluciones números 0001 del 11 de febrero de 1994 y 0005 del 11 de agosto de 2000 y se adopta un nuevo procedimiento para el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos”*, proferida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, acto administrativo de estricto acatamiento por parte de la Policía Nacional - Dirección Antinarcóticos al tener a su cargo el programa citado, indica que tiene operatividad en todas las regiones del país donde se evidencie la presencia de cultivos ilícitos, el cual incluye cultivos ilícitos fraccionados y/o mezclados con cultivos lícitos, que corresponden a formas de cultivo utilizadas para evadir las acciones del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con el herbicida Glifosato (PECIG).

Descendiendo al articulado de la Resolución 0013 del 27 de junio de 2003, encontramos que en el artículo 2º se estableció que la Policía Nacional - Dirección Antinarcóticos para la ejecución del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con el herbicida Glifosato, debía tener en cuenta las siguientes indicaciones y establecer las coordinaciones correspondientes:

“Planeamiento operacional: *Para el cumplimiento de esta función, empleará los recursos humanos, técnicos y financieros, que permitan prevenir y minimizar los posibles daños que se puedan derivar de dicha actividad, mediante estricto cumplimiento de los procedimientos internos que señale en sus reglamentos.*

¹⁴⁰ Fls.36 a 38 C.1

¹⁴¹ Vigente para el momento de los hechos.

Reconocimiento de áreas de cultivos ilícitos: Este reconocimiento se hará mediante la identificación y ubicación de los cultivos ilícitos, su extensión y medio circundante.

Operación: Para este efecto dispondrá de bases fijas y móviles, las cuales deberán dar cumplimiento al Plan de Manejo Ambiental de que trata el artículo 1º de esta resolución.

Parágrafo. La identificación, ubicación, extensión y medio circundante de los cultivos ilícitos, será realizado por la Policía Nacional-Dirección Antinarcóticos, con el apoyo del proyecto Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos, SIMCI, mientras el convenio de dicho proyecto esté vigente con las Naciones Unidas o se establezca otro en su reemplazo". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, la mencionada resolución estableció la creación del Comité Técnico Interinstitucional para el desarrollo del PECIG del que hacía parte el Director Nacional de Estupefacentes o a quien este delegase¹⁴², entre cuyas funciones estaba la de adelantar auditorías internas¹⁴³ y técnicas externas¹⁴⁴, cuyas funciones son: "1. Verificar si la ejecución de las actividades operativas del PECIG se ajusta a los procedimientos y lineamientos establecidos en el PMA. 2. Presentar al Comité Técnico Interinstitucional informes trimestrales del examen y las evaluaciones realizadas. 3. Recomendar las acciones correctivas pertinentes".

De manera que, era deber de la Policía Nacional efectuar un planeamiento de su operación, que involucrara el adelantar labores de identificación, ubicación, extensión y establecimiento del medio circundante del posible cultivo ilícito, y además dar cumplimiento al Plan de Manejo Ambiental, de allí que, para el efecto tenía el deber de apoyarse en el Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos (SIMCI) el cual, de acuerdo con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito "cuenta con una metodología definida para la elaboración del censo anual de cultivos ilícitos de coca. Esta metodología tiene su sustento en la teoría y en la práctica y ha sido aceptada y avalada a nivel nacional (por el estado colombiano) y a nivel internacional (por Naciones Unidas y la Universidad de Boku)"¹⁴⁵.

Pues bien, el Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos (SIMCI) establece el cumplimiento de unas etapas para la identificación efectiva del posible cultivo ilícito que se pretende fumigar, las cuales se pueden resumir así:

- "Identificación y adquisición de imágenes LANDSAT ASTER y SPOT, con la menor nubosidad posible. Las imágenes cubren todo el territorio nacional a excepción de las islas de San Andrés y Providencia equivalentes a 1,142,000 Km
- Corrección geométrica de las imágenes mediante ajuste a la base planimétrica de SIMCI.
- Mejoramiento radiométrico y espacial de las imágenes para una mejor identificación de los cultivos de coca.
- Identificación de muestras de entrenamiento de los diferentes tipos de vegetación y usos de la tierra que serán clasificados.
- Clasificación supervisada de la vegetación y uso de la tierra de acuerdo con la leyenda establecida.

¹⁴² Artículo 3

¹⁴³ Artículo 4

¹⁴⁴ Artículo 5

¹⁴⁵ Tomado de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, a través de la página: <http://www.biesimci.org/SIMCI/metodologia.html>

- *Identificación manual y visual y delineamiento de todos los lotes de coca partiendo del uso de la tierra previamente clasificado como información de base.*
- *Correcciones por efectos de aspersion, nubosidad, gaps o cambios temporales por fecha de adquisición de la imagen a la fecha del censo.*
- *Verificación de campo y control de calidad de los resultados.*
- *Incorporación de resultados en un sistema especial de base de datos y superposición de los lotes de coca sobre el mapa administrativo de Colombia”.*

De manera más detallada, informa la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito que para desarrollar el procesamiento e identificación de lotes de coca se deben efectuar diferentes acciones, tales como:

1. Georreferenciación: *“Para la interpretación de las imágenes satelitales y la identificación de cultivos ilícitos es indispensable georreferenciar dichas imágenes a una proyección geográfica común mediante el empleo de puntos de control que permitan enlazar las coordenadas de la imagen con las coordenadas en terreno”*¹⁴⁶.
2. Mejoramientos radiométricos y espaciales: *“Para mejorar el proceso de interpretación visual, se hacen mejoras radiométricas a la imagen desplegada para aumentar el contraste de la imagen analizada en ciertos rangos espectrales de la información (p.ej. ciertos tipos de cultivos). Este proceso es llamado mejoramiento de contraste”*¹⁴⁷.
3. Combinación de bandas: *“Para permitir una fácil interpretación de la imagen desplegada, es posible escoger qué banda se asigna a cada cañón RGB, para obtener una composición a color que realce las coberturas de interés. Cuando se despliega una imagen satelital, se asignan colores a las capas (bandas). Los archivos de información en cada capa son las entradas para asignar el color. Los colores más útiles son aquellos que permiten una fácil interpretación de la imagen presentada”*¹⁴⁸.
4. Clasificación digital de las coberturas del uso de la tierra y vegetación: *“La clasificación multi-espectral es el proceso de clasificar píxeles en un número finito de clases o categorías individuales, con base en los valores del archivo de datos. Si un pixel obedece a ciertos criterios, se categoriza en la clase que corresponde a dicho criterio. Para que el sistema del computador pueda clasificar una imagen multi-espectral, éste debe ser ajustado para que*

¹⁴⁶ Tomado de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, a través de la página: <http://www.biesimci.org/SIMCI/metodologia.html>

¹⁴⁷ Tomado de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, a través de la página: <http://www.biesimci.org/SIMCI/metodologia.html>

¹⁴⁸ Tomado de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, a través de la página: <http://www.biesimci.org/SIMCI/metodologia.html>

*reconozca patrones en la información. Dicho ajuste es el proceso de definición de los criterios por los cuales estos patrones son reconocidos (Hord, 1982). El ajuste puede realizarse mediante métodos supervisados o no supervisados*¹⁴⁹.

Adicionalmente, el SIMCI indica que para efectos de la interpretación visual de los lotes de coca se debe fundamentar en las imágenes de satélite y en las características espectrales y morfológicas, forma, textura y patrón así como, en las de contexto espacial de los lotes. Ahora bien, con relación a la verificación en campo este se hace a través de sobrevuelos ya que son los que permiten corregir y mejorar la interpretación preliminar realizada, de manera que la verificación se basa en la inspección visual directa del terreno desde una aeronave, utilizando ploteos en papel para orientación y como registro de la verificación.

Posteriormente, se hace un control de calidad que implica una estimación de la precisión de los resultados de interpretación, la cual consta de dos aspectos a saber, “la precisión geométrica, que es la precisión de los límites interpretados o tamaño de las unidades de cobertura de tierra y la precisión temática que mide la confiabilidad en la identificación de clases de coberturas”.

Finalmente, se realizan las correcciones a que haya lugar para tener en cuenta los efectos de la aspersion antes o después de la fecha de la imagen, de tal manera que permitan mejorar las estadísticas finales.

En este caso, para la Sala es claro que la parte demandada incumplió con las obligaciones a su cargo, pues no logró probar en el *sub judice* que realizó un planteamiento operacional en donde empleó los recursos humanos, técnicos y financieros que le permitieran minimizar los posibles daños que se pudieran causar con la aspersion; segundo, que ejecutó en debida forma el reconocimiento del área a fumigar, identificando y ubicando los cultivos presuntamente ilícitos, su extensión y el medio circundante; y por último, que dio estricto cumplimiento al Plan de Manejo Ambiental establecido por el Ministerio del Medio Ambiente en la Resolución No. 1065 del 2 de noviembre de 2001, modificado por medio de Resolución No. 1054 del 30 de septiembre de 2003¹⁵⁰.

Sobre el incumplimiento del plan de manejo ambiental, la Sala encuentra que la Resolución No. 1065 del 2 de noviembre de 2001 “Por medio de la cual se impone un plan de manejo y se toman otras determinaciones”, modificada por la Resolución No. 1054 del 30 de septiembre de 2003, dispuso que el *PECIG “no opera en áreas ambientales sensibles a saber: áreas pobladas, parques, reservas naturales, acueducto y cuerpos de agua. Esto será objeto de verificación por parte de la Auditoría técnica. La DNE será responsable de la adecuada coordinación interinstitucional, de conformidad con lo indicado en la ficha No. 12 del Plan de Manejo Ambiental Propuesto”*.

Igualmente, se estableció que la Dirección Nacional de Estupefacientes debe hacer el muestreo en suelos después de la aspersion, a los quince y sesenta días; a partir de estos resultados y en los sitios muestreados en donde se identifique la persistencia del glifosato, o su metabolito, deberá extender el seguimiento a los cuatro y seis meses siguientes a la aspersion, con el fin de adoptar las medidas

¹⁴⁹ Tomado de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, a través de la página: <http://www.biesimci.org/SIMCI/metodologia.html>

¹⁵⁰ Vigentes para la época de los hechos.

preventivas o correctivas que corresponda

Así las cosas, es evidente para la Subsección que tanto la Policía Nacional, a través de la Dirección Antinarcoóticos, como la Dirección Nacional de Estupefacientes incumplieron los deberes convencionales, constitucionales y legales a su cargo, pues respecto de la primera, no logró acreditar que siguió los procedimientos y protocolos establecidos para la identificación de cultivos ilícitos y su respectiva aspersión, y respecto de la segunda, por cuanto no demostró que cumplió con las obligaciones relacionadas con el seguimiento de las diferentes actividades de aspersión con glifosato en aras de identificar en debida forma los predios a asperjar y medir los impactos reales sobre el medio ambiente agua, suelo, vegetación, usos del suelo y la salud del demandante, infringiendo de esta manera el plan de manejo ambiental adoptado por el entonces Ministerio del Medio Ambiente.

Por lo tanto, para la Sala no resultan de recibo los argumentos esbozados por la parte demandada cuando afirma que al momento de la aspersión con el herbicida, el señor Luis Carlos Marulanda contaba con cultivos de coca, ya que reposan en el plenario pruebas que acreditan que efectivamente el demandante tenía un cultivo lícito de pimienta como miembro del programa de Familias Guardabosques diseñado por el Gobierno Nacional en el marco del Plan Colombia, y que el mismo fue fumigado por parte de la Policía Nacional – Dirección Antinarcoóticos, causándole graves daños a la plantación que llevaron a su extinción y por lo tanto, a la pérdida de las utilidades que de allí hubiese derivado el señor Marulanda Lotero.

En conclusión, La Sala de Subsección declarará la responsabilidad de la Policía Nacional – Dirección Antinarcoóticos y al Ministerio del Interior como sucesor procesal de la Dirección Nacional de Estupefacientes, por ser imputable a título de falla del servicio el daño antijurídico causado al señor Luis Carlos Marulanda Lotero con la aspersión aérea con glifosato realizada al cultivo de pimienta de su propiedad el 20 de mayo de 2004 en municipio de Orito (Putumayo).

Por todo lo anterior, esta Sala modificará la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y en su lugar se declarará la responsabilidad de las entidades accionadas.

6. Liquidación de perjuicios

6.1 Perjuicios materiales

Frente al reconocimiento de perjuicios efectuado por parte del Tribunal Administrativo de Nariño, encuentra la Sala que dispuso reconocer la suma que resultara de la liquidación incidental que realizada conforme a lo ordenado por el artículo 172 del C.C.A. modificado por el 56 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con los artículos 135 ss. del C.P.C., decisión que será confirmada en los términos que a continuación se explican.

Para la liquidación en abstracto de los perjuicios a que tiene derecho el señor Luis Carlos Marulanda Lotero, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. La información contenida en el formato de verificación preliminar de fecha 4 de junio de 2004, realizada por funcionarios del ICA Y/O UMATA al predio donde el señor Luis Carlos Marulanda Lotero tenía su cultivo de pimienta, obrante en los folios 18 a 20 del cuaderno 1, teniendo en cuenta el tipo de

cultivo, su variedad, la edad, rendimiento promedio, costo de producción y periodicidad de las cosechas, para establecer el número de plantas existentes que debe ser igual al de los tutores y el valor de estos a la fecha de la fumigación (20 de mayo de 2004),

2. Tiempo restante de producción después de la fumigación, así como la merma que por la edad del cultivo tuviera la cosecha,
3. Valor neto del producido durante el periodo restante de producción, indicando año por año dicha cuantía,
4. Los valores se deben reajustar de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del C.C.A., si a ello hubiere lugar.

Finalmente, la Sala le otorga a la parte interesada el término de tres (3) meses para presentar la anterior liquidación, requisito que de ser incumplido será tenido como no demostración del perjuicio sufrido.

6. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

MODIFÍQUESE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 30 de octubre de 2009, y en su lugar **DISPÓNGASE:**

PRIMERO: DECLÁRESE administrativa y extracontractualmente responsable a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – DIRECCIÓN ANTINARCÓTICOS** y al **MINISTERIO DE JUSTICIA** como sucesor procesal de la **DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES**, por los daños causados al señor **LUIS CARLOS MARULANDA LOTERO** con la fumigación aérea con el herbicida glifosato, realizada el 20 de mayo de 2004 al cultivo de pimienta de su propiedad.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – DIRECCIÓN ANTINARCÓTICOS** y al **MINISTERIO DE JUSTICIA** como sucesor procesal de la **DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES**, a pagar por concepto de perjuicios materiales, a favor del señor **LUIS CARLOS MARULANDA LOTERO** o de quien sus derechos represente, la suma que resulte de la liquidación incidental que se hará conforme a los parámetros establecidos en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: La parte interesada cuenta con el término de tres (3) meses para presentar la liquidación de perjuicios, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaró voto Cfr. Rad. Av.32342/16#1; Rad. Av. 33870/16#1 y Rad. Av.
35796/16#2