

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS ASPERSIONES AÉREAS CON GLIFOSATO

PRIETO VACA, Jean Pierre Stefan¹

Recibido: 13 de septiembre de 2016
Aceptado para publicación: 18 de octubre de 2016
Tipo: Artículo de Revisión

RESUMEN

La responsabilidad del estado ha traspasado nuevas fronteras, entre ellas la percepción que se tenía frente al acaecimiento del hecho dañoso por parte del estado renovando su visión a nuevos escenarios, entre los cuales está el fenómeno de la contaminación causado por las aspersiones aéreas con glifosato, desplazando este instituto hacia un nuevo paradigma frente a los elementos clásicos de la responsabilidad; para dar paso a la responsabilidad ambiental.

Frente a lo cual, el derecho ha tenido que dar solución a los problemas que se plantean en esta sede, entonces el principio de precaución aparece para llenar el vacío de la incertidumbre que se genera en este ámbito. Así pues, como prolegómeno estos párrafos que anteceden debemos concluir que (Henaó 2009a, p. 13) “la vida en sociedad representa un doble riesgo permanente: dañar y ser dañado”.

Palabras clave: Reparación, Daño ambiental, Daño ecológico, Imputación, Actividad riesgosa.

¹ Abogado titulado por la Universidad de Boyacá, diplomado en Derecho Policivo de la ESAP, diplomado en nuevos modelos del estado constitucional ofrecido por Universidad Externado de Colombia y el Instituto iberoamericano de derecho constitucional, Especialista en Derecho administrativo por la Universidad Externado de Colombia. Maestrando en responsabilidad civil contractual, extracontractual y del estado en la casa de estudios Universidad Externado de Colombia. Actualmente, Secretario de Gobierno y Participación del Municipio de Almeida-Boyacá.

STATE RESPONSIBILITY FOR AERIAL SPRAYING WITH GLYPHOSATE

ABSTRACT

State responsibility has crossed new frontiers, including the perception around the occurrence of a harmful event by the state renewing its vision to new scenarios; among those is the phenomenon of pollution caused by aerial spraying with glyphosate, displacing this institute towards a new paradigm in front of the classic elements of the responsibility, to give way to environmental responsibility. Because of this, law has had to solve the problems that arise in this place, and then the precautionary principle appears to fill the vacuum of uncertainty that is generated in this area. Thus, as a prelude to these paragraphs, we must conclude that (Henao 2009a, p. 13) “life in society represents a permanent double risk: to harm and to be harmed”.

Key words: Repairment, Environmental damage, Imputation, Risky activity.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR PULVERIZAÇÃO AÉREA COM O HERBICIDA GLIFOSATO

RESUMO

A responsabilidade do Estado atravessou novas fronteiras, incluindo a percepção em torno da ocorrência de um evento nocivo pelo Estado renovando sua visão para novos cenários, entre os quais está o fenômeno da poluição causada pela pulverização aérea com glifosato, deslocando este instituto para um novo paradigma frente Dos elementos clássicos da responsabilidade; Para dar lugar à responsabilidade ambiental. Devido a isso, a lei teve que resolver os problemas que surgem neste lugar, e então o princípio de precaução parece preencher o vácuo de incerteza que é gerado nesta área. Assim, como um prelúdio a estes parágrafos, devemos concluir que (Henao 2009a, p. 13) “a vida na sociedade representa um duplo risco permanente: prejudicar e ser prejudicado”.

Palavras-chave: Reparação, Dano ambiental, Imputação, Atividade de risco.

INTRODUCCIÓN

“Seguir viviendo y (re)conocer el peligro se contradicen. Es este factum lo que otorga su importancia existencial al debate en torno a las medidas y a los valores límite, en torno a las consecuencias a corto y largo plazo”
(Beck, 1998, p. 11)

Dentro de los diferentes escenarios que nos ofrece la sociedad del riesgo en los que se nos enfrenta a la relativización de los recursos del medio ambiente y al ser humano, el derecho ha venido de la mano con el principio de precaución para llevar a la ciencia jurídica a campos que nunca antes estaba regulada.

Tan es así que, el derecho al ser una ciencia social se ha tenido que valer de otros mecanismos mediante los cuales se ha explicado y le ha dado solución a los problemas que le presenta vivir en sociedad y así cumplir su función social dentro del margen del control social.

También se examina dentro de este contexto cómo la contaminación es un elemento común que se debe analizar dentro de la solución a los casos en comento, ya que brinda un hilo conductor mediante el cual se puede explicar el advenimiento fenomenológico del daño puro e impuro y cómo se puede reparar uno y otro, y cuáles son sus vías procesales.

Es pues de anotar que, la sentencia a la que se refiere este escrito es el expediente 29028 del H. Consejo de Estado en donde el Consejero ponente es el Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Mediante la acción de reparación directa, se pretende la reparación de los daños de los siguientes hechos:

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

Hipótesis:

¿Cuál es alcance de los daños ambientales o ecológicos causados por el fenómeno de contaminación derivados de las aspersiones aéreas con el herbicida glifosato?

Objetivo

Establecer cuáles son los alcances del daño ambiental derivado de la contaminación causada por las aspersiones con glifosato abordando el tema interdisciplinariamente desde un contexto jurídico, físico, estadístico e histórico ya que el análisis y comprensión del fenómeno de la contaminación así lo demanda y de esta manera brindar a la comunidad jurídica un aporte intelectual acerca del tratamiento de este fenómeno contaminante y su incidencia tanto en la afectación de derechos individuales como colectivos.

DETERMINACIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL Y ECOLÓGICO PARA EL ITERFACTUM DE LA CONTAMINACIÓN CAUSADA POR LAS FUMIGACIONES CON GLIFOSATO

Para empezar, se debe delimitar lo que se entiende por daño para la doctrina clásica que sirve como plataforma para la precisa conceptualización de los diferentes elementos que se deben analizar en esta sede, así que principiamos por encontrar que por Daño conocemos las siguientes grandes definiciones jurídicas: para la doctrina italiana estableció la siguiente definición, “Daño no significa más que nacimiento o perjuicio, es decir la aminoración o alteración de una situación favorable” (Cupis, 1975), es decir la mengua de una situación que se espera que ocurra y que se ve mermada; en tanto para la doctrina colombiana esta lo ha definido como “la lesión de derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que lo acongoja” (Hinestrosa, 1955, p. 529); ya para la doctrina moderna, sin dejar de lado los planteamientos clásicos, ha venido a definir este elemento de responsabilidad como:

Toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, derechos individuales o colectivos, que se presentan como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos

de la responsabilidad-imputación y fundamento del deber de reparar –se encuentran reunidos. (Henao, 2015, p. 35).

En últimas podemos afirmar que el daño es toda aminoración a los intereses lícitos y tutelados por el sistema judicial, sean estos de estirpe colectiva o individual que presentan una afrenta al desarrollo normal de la vida en sociedad, y que la misma dentro de los diferentes modelos procesales que el sistema judicial adopto, tiene la posibilidad de reclamar la indemnización de perjuicios si los elementos clásicos que ha establecido la doctrina se tiene en cuenta que son la imputación y el fundamento. Por otra parte, si tenemos el nuevo concepto que maneja la jurisprudencia administrativa como elementos fundamentales para que se dé la responsabilidad, seria la exteriorización del daño y la imputación tanto fáctica como jurídica.

Si tenemos en cuenta esos conceptos ya de entrada tenemos una restricción ya que si los llevamos al sistema de responsabilidad por daños ambientales, porque en todas las definiciones se encuentra presente el elemento de la realización o despliegue del daño (Carácter cierto), las definiciones clásicas nos ayudan a alimentar el concepto de daño ambiental entre tanto que el para el daño ecológico debemos partir de otros supuestos e hecho para llegar así a la su correspondiente conclusión jurídica respecto de los casos que se nos presenten en la aplicación de la ciencia del derecho.

Pero, la doctrina moderna, en cabeza de la filosofía jurídica y de la mano del profesor Robert Alexy, ha introducido un nuevo elemento que se debe estudiar dentro del elemento daño y es la ponderación la que responde a la pregunta ¿en qué consiste el daño? Elemento que no se aborda apropiadamente por el órgano de cierre de la jurisdicción administrativa y que amerita un tratamiento tangencial, ya que el mismo respondería a los hipótesis de ¿cómo se materializó el daño? y ¿cuál es el hecho que se desprende de la derivación que tiene el daño en materia ambiental? Preguntas estas que se deben a la mecanización del instituto de la responsabilidad del estado.

Así pues, definido y entendido el elemento daño, podemos avanzar a lo que se debe entender por daño ambiental para entrar a determinar los diferentes factores que entran en juego por la contaminación por aspersión de glifosato.

El daño ambiental (Daño Consecutivo, Impuro, antropocéntrico) se ha definido por la doctrina nacional como “las alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas a

bienes materiales o de recursos, a la salud e integridad de las personas, así como las condiciones mínimas de desarrollo y calidad de vida, y que pueden limitar el ejercicio de determinados derechos (v.gr. Derecho a la propiedad)” (Chávez, 2009, pp. 38-39), es pues que de este concepto se puede extraer que el daño ambiental presenta dos fases, una frente a la lesión de un derecho colectivo; y otra, frente a los derechos individuales o fundamentales de las personas.

Ya determinada esta primera incidencia dentro del manejo sustancial del tema, podemos decir que el daño ambiental presenta dos facetas, una frente al efecto inmerso del fenómeno de la contaminación que se presenta para el primer evento daño consecutivo directo, es decir, su connotación doble afronta al derecho colectivo (por ejemplo, ambiente sano) y la afectación individual, ya sea a su patrimonio (bienes) o a sus derechos fundamentales indistintamente su aplicación; en tanto que para los segundos, es decir, el daño consecutivo indirecto, la afectación solo recae a derechos fundamentales (por ejemplo, la vida) o a efectos patrimoniales (Bienes), lo cual delimita la primera frontera que se debe vislumbrar tanto por el operador jurídico y más por la parte que reclama su reparación de acuerdo al esquema procesal que impera en Colombia para así acceder a una tutela efectiva de los derechos, intereses y bienes constitucionalmente protegidos.

Así las cosas, podemos encontrar que el problema del daño ambiental presenta dos facetas, la primera referente a cuando el daño ambiental se concreta en el individuo propiamente dicho, y la segunda cuando se radica en el patrimonio entendido este como los bienes o actividades económicas que generen un provecho, que se vean disminuidas a consecuencia del fenómeno de la contaminación que advierto que no es el mismo daño.

Entonces yo, como usuario del sistema judicial, qué es lo que debo probar frente a este tipo de afectación y cómo el juez va a establecer el análisis y contenido del elemento daño.

Siguiendo el método deductivo e inductivo que se maneja, es decir, partir de los conceptos para luego analizar el caso de la referencia frente a este y cómo los toma el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, pasaremos a estudiar el concepto de daño ecológico y su incidencia dentro del concepto de daño ambiental que parecieran ser sinónimos pero adviértasele al lector que son conceptos

diametral opuestos con regulación propia y que no se debe entrar a equívocos dentro de la materia.

La afectación del daño ecológico, en la mayoría de los casos, recae sobre derechos colectivos que también pueden tener la connotación de derechos fundamentales (V.gr. el derecho al agua), por lo cual es pertinente afirmar que,

El daño ambiental puro es definido como aquel caracterizado regularmente por las afrentas al medio ambiente (sin afectar) especialmente una u otra persona determinada, sino exclusivamente al 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 de aquello que hemos convenido llamar perjuicios ecológicos puros (Henaó, 2010, p. 9).

Este tipo de daño presenta varias dificultades frente al elemento personal del elemento daño, puesto que quien es legitimado para interponer el medio de control necesario para que se indemnice el perjuicio incoado y frente al elemento de la certeza del mismo no se tiene establecido si el fenómeno de la contaminación es continuado o no y si la naturaleza puede aparecer como un elemento amplificador del mismo.

Además de este problema, se avecina dentro del análisis que debe realizarse otro de mayor envergadura que es el relativo a la afectación de un bien ambiental, necesariamente estamos afectando un conjunto de bienes y, a su vez, un sistema de bienes que puede desencadenar en una afectación a toda la naturaleza.

Ahora el efecto que imana a estos dos elementos es el proceso que se denomina contaminación al cual me referiré como un fenómeno o manifestación en el mundo exterior que guarda estrecha relación con ambos tipos de daños que analizamos, y desde una perspectiva dialéctica deductiva afirmaremos que es la fuente en la que nacen ambos daños, puro e impuro.

Entonces, la contaminación se ha considerado “como el cambio en el estado físico, químico o biológico del medio natural, en conjunto, o de alguno o algunos de los elementos o unidades físicas que lo componen” (Chávez, 2009, p. 25).

Pero, es de advertir que este fenómeno no tiene la entelequia propia para definir lo que es daño ambiental y el daño ecológico, ya que simplemente es la valoración, ya sea en unidades químicas o físicas, de la manifestación o hecho contaminante. Pues, así lo ha abordado la doctrina al expresar que:

Con la contaminación, pues se trata de determinar todas las formas de deterioro al medio físico, biológico, natural y artificial. Sin duda la noción de contaminación comprende solo aquello que cuantitativamente es estimable, entendido como situación o fenómeno que se mide en unidades físicas. Esto no pasa con la definición de daño o perjuicio que es cualitativa y supone apreciar, realizar un juicio de valor y determinar los efectos que producen. (Chávez, 2009, p. 26).

Desde la óptica del derecho administrativo, encontramos que este, dentro de su marco regulatorio, ha decantado de que a toda actividad que se realice le es inherente e intersecó un fenómeno de contaminación, pero no necesariamente el que se produzca la contaminación va a desencadenar un daño.

Por lo tanto, los particulares y el estado en desarrollo propio de sus funciones han establecido unos límites permisibles, lo que conlleva a una autorregulación por parte del ejecutivo primordialmente de la mano con el principio de precaución que desempeña un papel importante frente a la incertidumbre del daño.

Pero, dicha distinción no solo ayuda a vislumbrar cuál sería la acción que mejor protegería los derechos en comento, ya que si estamos frente a una vulneración de derechos colectivos podríamos acudir al mecanismo de acción popular o de tutela para la protección de dichos derechos, en tanto si nos encontramos frente al daño consumado directo, la persona puede instaurar tanto la acción popular, la acción de tutela o buscar se declare la responsabilidad por vía del medio de control de reparación directa o, en materia civil, acudir a la responsabilidad que establece el código civil mientras que el daño consecutivo indirecto solo deja como alternativas la acción de tutela, medio de control de reparación directa; o, en materia civil, acudir a la responsabilidad del derecho privado.

Para el caso en concreto, el consejo de estado definió que:

si bien se pueden presentar ciertos impactos ambientales que pueden ser jurídicos, en la medida que se fundamentan en intereses públicos legítimos, necesidades plenamente justificadas, políticas públicas acordes con el ordenamiento jurídico y tratados internacionales, en especial de derechos humanos, como por ejemplo el aprovechamiento racional de los recursos naturales que permita garantizar su desarrollo sostenible, la construcción de vías, rellenos sanitarios o el manejo de residuos, entre otros, en el caso de los perjuicios particulares o “impuros” derivados de la lesión ambiental, es indispensable que se acredite la existencia de un daño antijurídico (Guerrero, 2014, p. 32).

Es decir que, trata de encuadrar su primera tesis en la concepción de daño antijurídico que responde más a la teoría de la falla del servicio, pero, como la misma jurisprudencia lo ha reconocido, la concepción de daño antijurídico es un género que contiene otras especies, es decir, otros títulos de imputación jurídica, para lo cual desde este punto de vista hace un análisis de todos los elementos para poder esquematizar el daño.

Además, en este punto es bueno recordar que la misma jurisprudencia, y parte de la doctrina en Colombia, tiene como punto de partida el daño antijurídico como lo señala Gil Botero (2011, p. 21) al manifestar que “es la lesión de un derecho o de un interés legítimo que conlleva a una aminoración en el patrimonio de la persona afectada”, idea que se basa en el artículo 90 de la constitución nacional.

Ahora bien, dentro de la concepción que maneja el concejo de estado para dar solución al caso en comento, podemos apreciar cómo se da un doble matiz a la relación hombre-medio ambiente, ya que se reconoce la visión antropocéntrica de este tipo de relaciones, es decir, “De un lado la facultad individual, que se identifica con el interés privado de sacar provecho de los recursos naturales; del otro lado, una facultad reconocida al sujeto como miembro de la colectividad para asegurar el mantenimiento del ecosistema” (Córdoba, 2013, p. 17); es decir, se distingue la necesidad del ser humano de explotar en debida forma los recursos naturales, pero que esté en desarrollo de esta actividad debe primero soportar el cumplimiento de deberes constitucionales que el Estado imponga y las regulaciones propias sobre los derechos colectivos, lo que genera una doble protección que mucha de las veces es vulnerada.

EN QUÉ CONSISTEN LAS ASPERSIONES AÉREAS CON GLIFOSATO Y CUAL ES INCIDENCIA Y CONSECUENCIAS EN LA SOCIEDAD

En una primera medida, se debe advertir que este proceso de fumigación o de rocío de un herbicida sobre unas coordenadas delimitadas previamente por los órganos de control del estado nace de la lucha contra el narcotráfico, especialmente de la intervención con el plan Colombia en donde se dio origen a esta nefasta práctica que se desarrolla en este país industrializado como una manera de control de plagas sobre los grandes cultivos.

Ahora bien, con el fallo que se analiza también debemos tener en cuenta la incidencia del principio de precaución en el desarrollo de esta práctica que en un momento determinado, debido al alcance de la ciencia y la técnica, elementos que determinan tangencialmente el instituto de la responsabilidad, encontramos que existían estudios por parte de agencias de E.E.UU. que afirmaban que el uso del herbicida era seguro y que no generaba consecuencias para los humanos.

Esto se mantuvo por una década, tiempo dentro del cual se desarrollaron estos rocíos de herbicida de manera permisiva por el estado amparado en el estado de la ciencia y de la técnica que brindaban cierta seguridad en la utilización de los mismos.

Pero, como advertimos al inicio, dentro de la conceptualización del elemento daño encontramos que este elemento va de la mano con el fenómeno de la contaminación, y se concluyó que este puede ser acumulativo o continuado.

Aunado a lo anterior, y debido a la dinámica social a la que nos vemos avocados dentro de la sociedad del riesgo en la que vivimos, hemos venido aceptando ciertos parámetros que consideramos permisibles o riesgos socialmente aceptados que de la mano de los encuentros socialmente ocasionales fundan el instituto de la responsabilidad extracontractual.

En este modelo social, el derecho como órgano de control social no se puede quedar anquilosado bajo los antiguos paradigmas de la responsabilidad y por eso que en materia ambiental hace uso del principio de precaución para adelantarse a los problemas y dar solución a los mismos de una manera diferente, ya que la norma jurídica es casi estática en su evolución y esta se debe interpretar de una manera que dé solución a los conflictos sociales que se presentan ante el juez para que este, mediante un sistema jurídico decantado y firme, le dé solución.

Así, teniendo esto como parámetro, tenemos que, para tomar la decisión de la suspensión y de esta manera también llegar a la reparación del daño ambiental y ecológico, se tuvo en cuenta diferentes informes de la organización mundial de la salud (OMS) en los que se clasificó al glifosato como probablemente cancerígeno para los humanos.

Entonces, tenemos que las fumigaciones aéreas, en un principio, se consideraron beneficiosas bajo la teoría de la interdependencia y bajo un estado de la ciencia y la técnica que se pronunciaban a favor del uso de este herbicida, pero, con el pasar del tiempo y la evolución de la ciencia y la técnica, se pudo establecer lo contrario y el derecho al ser una ciencia social se debe ayudar de otras ciencias para poder dar respuesta a los problemas sociales que él regula.

Pasemos pues al estudio de los elementos que configuran la responsabilidad del estado por este tipo de eventos.

ESTABLECER PARA EL INTER FACTUM EN COMENTO QUÉ INCIDENCIA TIENE ESTE FRENTE A LA CARACTERÍSTICA PRIMIGENIO DEL DAÑO (ELEMENTO DAÑO CIERTO)

Respecto de este punto, es necesario recalcar que este es uno de los problemas más recurrentes en desarrollo de la responsabilidad ambiental y esta se ha valido de varios mecanismos, para que el derecho como ciencia pueda dar mejor respuestas a las regulaciones de las relaciones sociales que le es propia en su función de control social, de donde se derivan tanto imperativos legales, manifestaciones de la administración en sus diversas clases y pronunciamientos jurisprudenciales que tratan de sintonizar al derecho frente a los vertiginosos cambios propios de las ciencias y los avances tecnológicos, en donde aparece a la vanguardia del problema el principio de precaución; ya que esta legado la incertidumbre que apareja los avances de los diferentes campos debido al tipo de sociedad en la que nos encontramos, “la sociedad del riesgo”.

Otro problema que se vislumbra en torno al contenido de la providencia que se analiza es: cómo mediante diferentes estudios científicos se vale para argumentar la decisión de fondo, característicos estos del principio de precaución en donde se problematiza los diferentes escenarios en los cuales el elemento o sustancia química que se utiliza para las aspersiones puede resultar nocivo para el ambiente (generación de daños ambientales y ecológicos) y para el ser humano (Daño).

Aunado a lo anterior, Córdoba (2013) afirma que:

[...] también se condiciona el carácter cierto del daño, esto es, la certidumbre sobre la producción de una disminución o lesión en el patrimonio de quien lo sufre, por lo cual no es posible resarcir el daño hipotético o eventual. La obligación de indemnizar daños futuros se cimienta ineludiblemente sobre la probabilidad, sobre la veracidad del desarrollo normal de una conducta y de las consecuencias que de la misma se desprenden (p. 17).

Para el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, como lo podemos ver en las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección tercera (10 de mayo de 2001); Sentencia 20001-23-31-000-1993-0273-01. [C.P Ballesteros Jesús María] Consejo de Estado, Sección tercera. (28 de mayo de 1998); Sentencia 5200-123-31-00020000-827-1. [C.P Duque Hoyos Ricardo] en donde la *ratio decidendi* siempre ha gravitado bajo este núcleo:

La certeza del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia independientemente de que sea presente o futura, mientras que la eventualidad precisamente se opone a aquella característica, es decir, es incierto el daño cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no. Duque (2000, p. 15).

Lo cual evidencia que se acepta, por parte de la jurisdicción de cierre, cierto estado de incertidumbre en el derecho, debido a los diferentes avances de la ciencia y la tecnología que no solo permean a una parte del derecho sino en general a toda la ciencia jurídica, y esta se vale de ciertos elementos para fincar nuevos conceptos en los cuales hace evolucionar al derecho y estar a la vanguardia.

Comparto la opinión del Dr. Henao cuando afirma que (Henao 2009) “el procedimiento para como cierto el daño dependerá en esta hipótesis de la proyección que se puede hacer en el futuro de una situación que ya ha proporcionado todos sus datos concretos Vrg. daño ecológico consecutivo”.

Siguiendo los parámetros establecidos, analizamos cómo dentro de la legislación colombiana aparecen los diferentes escenarios propios de la sociedad del riesgo, como son: la amenaza de daño, el peligro de daño y el riesgo de daño; tipología que nos

ayuda a entender el elemento de certeza del daño cómo calificamos cada uno de estos escenarios y el elemento de la probabilidad en la ocurrencia o no del daño: por eso, Henao (2009b) afirma que “La probabilidad de lo real, también se presenta, entonces para definir la certeza a partir de una amenaza”. (p. 195)

En el caso que analizamos, luego de tener este pequeño abre bocas acerca de las nociones de cada uno de los elementos que están en juego, encontramos que la jurisprudencia funda su teoría en que:

[...] la fumigación aérea con glifosato es una actividad que engendra un riesgo para el ambiente, por lo cual al Estado le asiste un deber de guarda material sobre este tipo de sustancias que opera, obligación que se origina del poder de instrucción, dirección y control del cual está investido (Pazos, 2014b, p. 39).

Es decir, el elemento certeza del daño se desarrolla por etapas, Henao (2009 c) “en primer lugar el riesgo de daño (Lesión arbitraria del derecho), en segundo lugar la amenaza de daño (lesión inminente del derecho) y por último el daño consumado (lesión definitiva del derecho)”. (p. 217)

Así entonces, el juez que decide el caso finca la responsabilidad en la teoría del riesgo, puesto que esta da una probabilidad y eventualidad de la ocurrencia de aquellos y para ello echa mano del principio de precaución debido al doble papel que le da a la responsabilidad, ya que esta en materia ambiental no pretende solo compensar el daño, sino también prevenirlo.

Por tanto, es conducente afirmar que el principio de precaución ha introducido varios cambios en este instituto, ya que como lo afirma Mazeaud (citado por Henao, 2009b)

Se trataría de no volver a conjurar la responsabilidad únicamente en pasado relegándola a su papel tradicional de indemnización de daños, ya padecidos, sino mas bien de proyectarla en el futuro para que pueda detener los riesgos de daños colectivos, graves e irreversibles para el medio ambiente y la salud. En sí bajo el efecto del principio de precaución, además de su función clásica de indemnización, la responsabilidad tendría a su cargo una nueva misión de anticipación, de evitación. Se trataría entonces, ni más ni menos, de trasladar el centro de gravedad de la responsabilidad: del perjuicio se pasa al riesgo de daño, en eventos de actos susceptibles de generar daños fatales para

la especie humana o su medio ambiente. De retrospectiva, la responsabilidad también se pasaría también a ser prospectiva, estudiando no solo los perjuicios causados, sino también los riesgos susceptibles de daños graves e irreversibles. (p. 207).

Para concluir, debemos afirmar que existen riesgos sociales que no son indemnizables, en cambio hay otros que sí, ya que superar la teoría de las cargas públicas, en tanto que la amenaza o alteración al goce pacífico de un derecho puede derivar en la declaratoria de responsabilidad y qué decir del daño consumado que ya es la última faceta de cómo se presenta el daño.

PROBLEMATIZACIÓN DE LOS ELEMENTOS (PERSONAL, DIRECTO) DEL DAÑO FRENTE AL FENÓMENO DE CONTAMINACIÓN POR ASPERSIONES AÉREAS CON GLIFOSATO

Carácter personal

Dentro de la concepción de la responsabilidad civil extracontractual tenemos que, el perjuicio sea sufrido por la víctima que solicita la reparación, lo cual responde a un principio elemental de la responsabilidad.

En últimas, acá nos preguntamos ¿Quién sufre un daño es quien está legitimado para?:

1. Si yo puedo acudir o no al proceso.
2. Si yo puedo acudir directamente, tengo que pedir exclusivamente la reparación para mí.
3. Si se causa un daño a una universalidad jurídica, también se debe pedir petición expresa.

Consecuencia de esto tenemos que, el carácter personal presenta dificultades respecto del tema probatorio. Para algunos doctrinantes como el Dr. Henao manifiesta que existe una primera etapa de evolución en lo que respecta al elemento personal del daño que corresponde a la moral victoriana, (Fallos Rucheton, Fallo Savelli, Fallo Goussard) dentro de la cual se tenían concepciones morales y religiosas dentro del sistema de responsabilidad en donde se paso a la teoría laica del interés jurídicamente protegido.

Bajo esta última óptica, la segunda etapa que se presenta el interés jurídicamente protegido como el daño que puede estar o no regulado por el derecho, y que debe ser protegido si no trasgrede el derecho; esto es así, ya que, tal como afirma Henao (1998),

[...] el daño es personal cuando quien demanda la reparación es la persona que lo sufrió, con independencia de que se encuentre o no de manera abstracta en una situación jurídicamente protegida, que se presume, salvo prueba de que el título que sustenta el derecho para obtener la indemnización del daño es ilegal (p. 104)

Este elemento, como lo indica el consejo de Estado colombiano, incorpora un régimen procesal, a esta conclusión se llega si:

Los perjuicios demandados se derivan del hecho de la retención del vehículo por el periodo comprendido del 5 de junio de 1983 al 14 de mayo de 1984 y que durante dicho término se demostró que el automotor no era de propiedad de la mandante, como se afirmó en demanda, deduce la sala que esta no se encontraba legitimada para reclamar el pago de dichos perjuicios. Si el demandante adquirió la propiedad del vehículo luego de ocurrido el hecho que produjo el daño, circunstancia que como ya se dijo no fue debidamente acreditada, ello no la legitimaba para reclamar los perjuicios, *pues esta acción no es real sino personal*. (Jaramillo, 1995, p. 25)

El carácter personal del daño es uno de los:

Elementos ineludibles del esquema tradicional de responsabilidad, toda vez que desde el punto de vista procesal se identifica con el requisito de legitimación en la causa por activa, en la definición de quien puede reclamar, en la determinación de quien es el perjudicado por haber sufrido una aminoración en su patrimonio; pero dicho planteamiento se ve revaluado frente al hecho de la lesión ya que esta la recibe es el medio ambiente directamente, pero la lesión recae en la comunidad lo cual le da un carácter antropocéntrico al daño (Córdoba, 2013, p. 31).

Así pues, encontramos que dentro del régimen procesal colombiano que podemos incoar acciones ante la jurisdicción para sí mismo o para otro, lo que lleva a la siguiente afirmación:

Tabla 1. De la legitimación por activa para incoar la acción o medio de control

PETICIÓN PARA SÍ	PETICIÓN PARA OTRO
1. Si una persona actúa en nombre propio o si lo hace como heredero.	1. Son los eventos en los cuales estoy legitimado para solicitar un daño, pero el destinatario de esa persona es otro.
2. La acción de responsabilidad extracontractual se coincide como una acción personal y no real.	2. Petición para el grupo: es la consagrada en la ley 472 de 1998 en la cual se hace una simbiosis entre los derechos del individuo y los derechos del grupo.
3. No se excluye la acumulación alternativa de títulos para pedir la reparación.	3. Petición para el colectivo: se radica en la acción popular, la cual va encaminada a la protección y defensa de derechos e intereses colectivos. Con los cuales se pretende evitar el daño contingente, es decir cesar o impedir el agravamiento del daño.
4. Se otorga la indemnización a pesar de que el título con el que se compareció al proceso no se logre establecer.	4. La reparación para este último tipo de acción va encaminada a la satisfacción del colectivo, no puede ser apropiada para sí.
5. Se observa que la persona que pide para sí indemnización de un daño debe identificar el título que le sirve para desatar su derecho y de probarlo, con la advertencia de que no solo se pide para sí, sino también para su representado.	5. Al concebir esta nueva faceta dentro del sistema de responsabilidad, aflora también la faceta preventiva del sistema.
6. El daño personal cuando deriva de los derechos que tiene el demandante sobre el bien que sufrió el menoscabo, debiéndose establecer la titularidad jurídica sobre el derecho que tiene sobre el bien menguado.	6. Mediante la resolución 1989 /I3 del 2 de julio 1993, en el comentario THEO VAN BOBEN especifica que: “es necesario que además de los medios de obtener reparación de que disponen los individuos, se adopten medidas adecuadas, para que los grupos de víctimas, tengan derecho a reclamar por los daños y perjuicios sufridos y a recibir la correspondiente reparación colectiva”.
7. La titularidad jurídica depende del tipo de acción que se inicie.	7. Existe una diferenciación entre el derecho colectivo y los interés difusos, y en la manera como la jurisdicción de lo contencioso-administrativo le da su tratamiento.

Fuente: autor.

Tenemos que, dentro del proceso de reparación directa que adelantó el perjudicado en el caso que se analiza, la acción se adelantó en nombre propio y sobre un daño que eventualmente causó la aspersión de glifosato en un predio de propiedad del susodicho.

Carácter directo

En la gran mayoría de los textos editados por la doctrina, encontramos que este elemento no tiene su razón de ser, ya que el perjuicio directo es aquel que proviene de la acción del demandado, estamos aludiendo a un tema de causalidad, no a un tema de daño. Lo que sí es cierto es que el perjuicio debe ser consecuencia de la lesión del derecho, es decir, el perjuicio debe ser consecuencia directa del daño, debe haber una relación directa entre daño y perjuicio.

Siguiendo las líneas que anteceden, podemos afirmar que de acuerdo con la tradición francesa y colombiana se puede llegar a la conclusión de,

Como lo enuncia Rougevin-Baville es tradicional afirmar, que el perjuicio sea indemnizable, debe ser real personal, directo y cierto, sin embargo se excluirá la característica de directo de daño, en acuerdo con el precitado autor, porque plantea en realidad un problema de imputación. En efecto el daño directo se relaciona con el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona (Henaó, 1998c, p. 104).

IMPUTACIÓN Y SUS PROBLEMAS FRENTE A LOS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PARA EL FENÓMENO DE CONTAMINACIÓN POR ASPERSIONES AÉREAS CON GLIFOSATO

Dentro de este aspecto, se estudia la asimetría de las partes en el proceso de responsabilidad, es el segundo elemento de la responsabilidad y responde al interrogante de quien debe indemnizar, el artículo 90 de la Constitución Nacional establece el concepto de imputación y el concepto de causalidad.

Tabla 2. Distinciones entre la atribución fáctica y la atribución

CAUSALIDAD	IMPUTACIÓN
1. Se entiende como la constante material naturalística y fenomenológica de una relación causa efecto.	1. Responde a una atribución jurídica que supera los conceptos eminentemente naturalística y que ameritan estudio normativo más que un sentido metafísico.
2. Esta constante se mantiene dentro de las ciencias naturales físicas, pero que por sí solo no establece una consecuencia jurídica.	2. Al ser diferente el juicio e imputación, este es el que resulta relevante para el derecho, el cual tiene relevancia, supera la vinculación causal.
3. Se demuestra una relación naturalista fáctica.	3. Se extiende la responsabilidad al estado, ya que este a pesar de no causar el daño puede resultar responsable, no hay participación causal.
	4. Imputación hace relación a un juicio de normas vs. el resultado.

Fuente: autor.

Así las cosas, tenemos que la “imputación es así un fenómeno jurídico que consiste en la atribución a un sujeto determinado (d) el deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquel y este” (Gómez, 2004, p. 35). Es decir, la imputación es la atribución jurídica y no material, lo cual se explica a partir de la observancia o del análisis, de las obligaciones del estado. Dichas obligaciones pueden ser transgredidas por acción u omisión.

La definición que nos brinda el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa-administrativa se desprenden los siguientes elementos: (Patiño)

1. La imputación es una atribución normativa.
2. Es la atribución a una o varias personas.
3. Atribución a una o varias personas que en principio deben responder bajo los diferentes matices en los que se presenta el daño y sus diferentes fundamentos.
4. Que exista imputación no quiere decir que exista responsabilidad, es un elemento más de la responsabilidad, y
5. Existen eventos en los cuales se causa un daño imputable a una entidad pública, pero puede resultar en daño justo. No antijurídico. (p. 35).

Para el caso en concreto,

La fumigación aérea con glifosato es una actividad que engendra un riesgo para el ambiente, por lo cual al Estado le asiste un deber de guarda material sobre este tipo de sustancias que opera, obligación que se origina del poder de instrucción, dirección y control del cual está investido; en consecuencia, es pertinente analizar el *sub lite* a partir del título de imputación del riesgo excepcional, el cual se enmarca en la responsabilidad objetiva del Estado. (Pazos, 2014c, p. 40).

Así las cosas, el órgano de cierre establece que el desarrollo de esta actividad se finca en las teorías de responsabilidad objetiva, precisamente en la responsabilidad por actividades peligrosas, y debido a la guarda que ejerce la administración sobre esta actividad y sobre los productos que se utilizan para las fumigaciones.

En consecuencia, “el estado responde cuando utiliza cosas peligrosas para cumplir sus funciones frente a quien no ha asumido los riesgos de esa actividad y sufre un daño, dada su calidad de guardián de ellas” (Hoyos, 1998, p. 25). En últimas, “quién ejerce la guarda material sobre la actividad o la cosa peligrosa, teoría del riesgo excepcional” (Pazos, 2014d, p. 57)

En este capítulo también se debe estudiar la guarda de la actividad peligrosa y las características propias de este título de imputación, como lo es la guarda material y la guarda jurídica sobre los elementos que recae la responsabilidad, ya que en varias jurisprudencias al respecto ha manifestado el consejo de estado mediante un ejemplo cómo se da este tipo de título jurídico de imputación (Gómez, 2004):

En este caso el arma era de dotación para el servicio de celaduría a cargo de la demanda dada, y en virtud de un contrato de prestación de servicios celebrado por esta con otras personas naturales, se desprendió de su tenencia y guarda material, en forma consiente y voluntaria; si bien la guarda material fue trasladada al agente (celador) la demandada mantenía la guarda jurídica pues era la propietaria, se beneficiaba y se servía de ella y principalmente tenía el poder y el deber jurídico de dirección y de control ya que desde el punto de vista contractual era ella quien impartía las instrucciones (poder de dirección) y suministraba el arma (poder de entrega, disposición y de consentimiento en la salida de la órbita material de aprensión, p. 35).

Dentro de la sentencia que estableció la responsabilidad derivada de las aspersiones con glifosato, se cita como referencia a la doctrina francesa, es así como encontramos que –respecto a la fundamentación– los:

Hermanos Mazeaud, han sostenido que tratándose de los daños derivados del ejercicio de una actividad peligrosa, el criterio imperante es el de guarda material, y que, de manera subsidiaria, habrá lugar a acudir a los conceptos de guarda jurídica o guarda provecho, esta última asociada al concepto de riesgo beneficio. (Pazos, 2014e, p. 39)

Para el caso que se analiza, estamos en frente de la guarda material y provecho de la actividad peligrosa que se censura a título objetivo, es decir, se deja de lado el elemento volitivo para examinar el resultado o manifestación en el mundo fenomenológico, por tanto es dable afirmar que:

Tratándose de actividades peligrosas, al establecer el juicio de imputación, en principio, no es necesario un análisis subjetivo, como elemento para estructurar el juicio de responsabilidad del Estado, sino, a partir de un régimen de responsabilidad objetivo, determinar si la actividad peligrosa, en este caso la erradicación de cultivos de uso ilícito, implicó la generación objetiva de una amenaza de lesión para los bienes, derechos y/o intereses de una persona, y que tuvo la capacidad de concretar un riesgo-creado. (Pazos, 2014f, p. 40)

Frente a este régimen objetivo se ha establecido por parte de la jurisprudencia que procede los eximentes de fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho del tercero de difícil concreción o configuración probatoria para el demandado, ya que se está mirando es el resultado del daño y no los elementos volitivos que llevaron a la concreción del daño, lo cual genera tanto un beneficio a la parte demandada, ya que está supeditada a probar el acaecimiento del hecho dañoso basado en su supuesto fáctico y consecuencia jurídica debidamente acreditadas en la litis en tanto que para el demandado le queda como alternativas demostrar que el hecho ocurrió debido a la víctima y, por tanto, se debe aplicar el artículo 2357 del Código Civil o en su defecto demostrara dentro del proceso el acaecimiento de la fuerza mayor establecida en el artículo 64 del Código Civil o la ocurrencia del hecho generador del daño recae en un tercero y que tienen efectos exoneratorios totales frente a la responsabilidad que para el caso en comento ninguna de las hipótesis fue probada.

FUNDAMENTO DE RESPONSABILIDAD PARA EL CASO EN COMENTO

Uno de los fundamentos sobre los cuales se puede fundar la responsabilidad y que el juez puede elegir bajo el principio IURIA NOVIT CURIA, es la teoría de la falla del servicio en la que la autoridad pública debe responder por incumplir el contenido obligacional que es establecido por una norma jurídica que puede estar dentro del ordenamiento jurídico en el bloque de constitucionalidad o en el bloque de convencionalidad.

Para el estudio de este fundamento de responsabilidad, se precisa advertir que la línea decantada en el debate se torna frente al contenido de la obligación y del incumplimiento de la norma:

La falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. (Gómez, 2011, p. 10)

En el caso en comento, se puede tomar como fundamento también este régimen, pero, como se observó dentro del capítulo de la imputación, se optó por fincar este tipo de responsabilidad en un ámbito objetivo y no subjetivo propio de este fundamento, pero el fallo que se analiza trae como *orbiter dictum* el siguiente planteamiento:

Falla en el servicio cuando se demuestra de manera ostensible negligencia, imprudencia y/o impericia del ejercicio de competencias administrativas de quien está encargado de llevar a cabo una actividad, como lo es la erradicación de cultivos de uso ilícito con glifosato. (Pazos, 2014 g 40).

Por tanto, podemos concluir que la falla en el servicio para el caso en concreto respondería a la transgresión de una norma genérica o concreta que contiene una obligación de medio o de resultado.

El fundamento que se utilizó para terminar el análisis del caso fue el de riesgo excepcional, en donde se obliga a reparar el daño generado por la concreción de un riesgo, cuando el demandado ha generado un daño en ejercicio de la actividad riesgosa.

Es por tanto que, el desarrollo de este tipo de actividades le es inherente:

El régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo anormal y grave, sigue siendo de carácter objetivo. En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. (Hernández, 2001, p. 45)

Para el caso en comento, las aspersiones con glifosato se fincan en la teoría del “riesgo excepcional para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado” (Pazos, 2014h, p. 50)

Como conclusión de este acápite, tenemos que la teoría del riesgo excepcional:

Se aplica a actividades generadoras del riesgo.

1. Se requiere que el riesgo se concrete por el azar, no por culpa de quien ejerce la actividad evento en el cual estaríamos frente a la falla en el servicio.
2. No tiene ningún tipo de consideración la culpa o la falla en el servicio.
3. El demandado solo se puede exonerar demostrando causa extraña como se indicó en el capítulo de imputación.

CONCLUSIONES

Se tiene por conclusiones que, dentro del esquema tradicional en el que se analizan los supuestos de hecho que generan responsabilidad, este sistema clásico se ve revaluado, ya que la responsabilidad ambiental con sus diferentes facetas hace que el papel del estado sea más dinámico dentro de una sociedad en riesgo en donde se permiten conductas socialmente riesgosas como desarrollo mismo de la sociedad globalizada en la que vivimos.

Se tiene que, el sustento fáctico de la responsabilidad es la contaminación y que de este *inter factum* o fenómeno se derivan varias manifestaciones de la noción daño, como lo es el daño ambiental y el daño ecológico, ambos diferentes con connotaciones propias y efectos propios y cauces procesales diferentes.

Así mismo, identificamos cómo el principio de precaución insta a la sociedad del riesgo a valerse de nuevos estudios, tendencias en el estado del arte o ciencia y los avances tecnológicos y su vertiginoso asenso y, a la par, cómo la ciencia jurídica a través de este mecanismo trata de dar respuesta a problemas complejos que se derivan necesariamente de la relación hombre-medio ambiente.

En lo que respecta a la imputación, observamos cómo los diferentes regímenes pueden entrar a determinar la atribución del daño a determinada persona para, de esta manera, dar respuesta al interrogante del elemento directo del daño que a mi opinión es en este escenario en donde se desarrolla.

Por último, nos encontramos frente al fundamento y al abanico que al juez del caso se le abre en pro de garantizar la pronta justicia a las partes que se ven avocadas a un juicio, en donde encontramos que para el caso en comento si se aplicara un régimen subjetivo para la solución del caso, sería pues fundamentar la decisión sobre la teoría de la falla en el servicio, en tanto que si se opta por un régimen objetivo, debemos fincar nuestra mirada hacia el campo del régimen del riesgo excepcional en el que se sitúa la guarda de actividades peligrosas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Referencias doctrinarias

- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, España: Paidós iberoamérica.
- Botero, E. G. (2011). *Responsabilidad extracontractual del estado*. Bogotá, Colombia: Temis.

- Chávez, A. M. (2009). Aproximación a los conceptos de daño ecológico y ambiental. En *Daño ambiental* (pp. 38-39). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cupis, A. d. (1975). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona, España: Bosch.
- Henao, A. F. (2009). *Responsabilidad extracontractual del estado XVI jornadas internacionales de derecho administrativo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C. (2009). De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. En *Daño Ambiental* (Vol. II). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C. (s.f.) (2010) . Perspectiva constitucional del derecho al ambiente sano en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Corte Constitucional*. Número 1. Páginas 100.
- Henao, J. C. 1998 *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en el derecho Colombiano y Francés*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (1955). *Derecho civil obligaciones*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Real Academia de la Lengua Española. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, España: Espasa calpe.
- Torres, G. C. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Tunc, H. y. (1962). *Tratado teorico practico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Juridicas Europa-America.

Referencias Jurisprudenciales

- Consejo de Estado, Sección tercera. (10 de mayo de 2001). Sentencia 20001-23-31-000-1993-0273-01. [C.P. Ballesteros Jesús María].
- Consejo de Estado, Sección tercera. (28 de mayo de 1998). Sentencia 5200-123-31-00020000-827-1. [C.P. Duque Hoyos Ricardo].
- Consejo de Estado, Sección tercera. (19 de julio de 2001). Sentencia. 5209-23-31-000-1995-6703-01 [C.P. Hernández Enríquez Alier].

- Consejo de Estado, Sección Quinta. (22 de abril de 2004). Sentencia 0800-12-33-1000-2000-2145. [C.P. Gómez Giraldo María Elena].
- Consejo de Estado, Sección tercera. (7 de abril de 2011). Sentencia. 52001-23-31-000-1999-00518-01 [C.P. Gómez Fajardo Mauricio].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (30 de julio de 1998). Sentencia 10053. [C.P. Hoyos Duque Ricardo].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (17 de febrero de 1995). Sentencia 9170. [C.P. Jaramillo Betancur Carlos].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (29 de febrero de 2014). Sentencia. 410001-23-31-000-2000-02956-01[C.P. Pazos Guerrero María de Jesús].