

Proyecto de Ley ___ de 2019 Cámara
“Por medio del cual se reglamenta la aspersión de sustancias tóxicas o probablemente tóxicas en el marco de la lucha contra los cultivos de uso ilícito”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTICULO 1. OBJETO DE LA LEY: La presente Ley tiene por objeto determinar y establecer los requisitos necesarios para la utilización por parte del Estado de la aspersión aérea de sustancias tóxicas o probablemente tóxicas, en el marco de la lucha contra los cultivos de uso ilícito, con el fin de combatir el narcotráfico y preservar la vida, la salud y el ambiente de todos los habitantes del territorio nacional.

ARTÍCULO 2. El Estado colombiano únicamente podrá realizar la aspersión aérea de sustancias tóxicas o probablemente tóxicas como la última opción, en el marco de la lucha contra el narcotráfico y los cultivos de uso ilícito, cuando grupos criminales controlen el territorio de manera tal que se genere un riesgo excesivo para las personas que realicen el procedimiento de erradicación, y siempre y cuando exista una necesidad militar o policial, se obtenga una ventaja militar o policial significativa luego de realizado el procedimiento, sea imposible la utilización de otros métodos de erradicación o de otras sustancias menos dañinas de los otros derechos constitucionales en tensión, y los daños colaterales de la operación sean proporcionales a la ventaja obtenida. La aspersión aérea sólo será procedente en el territorio estricta y previamente delimitado, y únicamente mientras el Estado recupera el control territorial que le permita erradicar mediante otros métodos.

PARÁGRAFO: La Fuerza Pública deberá determinar la necesidad, la ventaja y los daños colaterales en el planeamiento y en las órdenes de operaciones,

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

con el fin de determinar la forma más favorable de combatir el narcotráfico de acuerdo a la Constitución, el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

ARTÍCULO 3. El Gobierno Nacional deberá realizar obligatoriamente los procedimientos de consulta previa con las comunidades afectadas, con el fin de informar sobre los posibles perjuicios y afectaciones a su integridad cultural, social, ambiental, vital y económica que se pudieran generar con las aspersiones, y con el fin de dar a conocer los protocolos para mitigar los riesgos y los mecanismos y las rutas de compensación administrativa cuando el riesgo se materialice en un daño antijurídico.

ARTÍCULO 4. Antes de dar inicio a la aspersión aérea de sustancias tóxicas o probablemente tóxicas, el Gobierno Nacional deberá realizar estudios científicos que evalúen el riesgo que representa esta sustancia química para la salud y el medio ambiente. El Gobierno Nacional, además, deberá tener en cuenta todos los estudios científicos que genere la comunidad académica nacional e internacional, y dará aplicación al principio de precaución cuando de ellos se concluya que existe probabilidad de una afectación a la salud o al medio ambiente, suspendiendo el uso de la sustancia tóxica o probablemente tóxica hasta tanto se descarte el daño a la salud y al medio ambiente.

ARTÍCULO 5. La aspersión aérea de sustancias tóxicas o probablemente tóxicas deberá ser autorizada por el Congreso de la República mediante ley ordinaria que no podrá tener una vigencia superior a un año. Para el efecto, El gobierno nacional presentará el respectivo proyecto de Ley que deberá geo referenciar, señalar y delimitar expresamente las zonas del territorio nacional a tratar, y deberá informar sobre los posibles riesgos con el herbicida o sustancia utilizada, así como establecer los protocolos de mitigación del riesgo y los mecanismos de compensación administrativa. No

será permitido asperjar zonas que no hayan sido referenciadas y delimitadas de manera previa y expresa.

Igualmente, el Gobierno Nacional deberá presentar semestralmente y en audiencia pública, sendos informes a las Comisiones 2 y 5 del Senado y Cámara de Representantes. Para lo cual comparecerán las entidades nacionales y de orden territorial del sector salud, defensa, e interior, e igualmente a las autoridades ambientales y el Ministerio Público.

ARTÍCULO 6. El Congreso en cada una de sus cámaras conformará una comisión de seguimiento al programa de aspersion que estará integrada por representantes o senadores de los departamentos afectados. Dichas comisiones realizarán un monitoreo permanente sobre el uso de las sustancias e informará sobre posibles riesgos o afectaciones que se generen o se pudieran general a la salud o el medio ambiente con el uso del herbicida o sustancia utilizada.

ARTICULO 7. Cuando ocurran daños a bienes lícitos, a la salud, al medio ambiente, o cualquier otro daño antijurídico como consecuencia de la aspersion realizada, el Gobierno Nacional deberá reparar por vía administrativa a fin de evitar litigios en la jurisdicción Contencioso Administrativa. En caso de que algún afectado no reparado demandare ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se presumirá la responsabilidad estatal, se invertirá la carga de la prueba y el Estado colombiano tendrá el deber de demostrar lo no ocurrencia de dichas afectaciones, o bien tendrá la responsabilidad de reparar el daño causado. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará lo aquí dispuesto en la evaluación del daño antijurídico con ocasión de las aspersiones aéreas.

ARTICULO 8. Modifíquese el Artículo 91 de la Ley 30 de 1986, el cual quedará así:

ARTICULO 91. Son funciones del Consejo Nacional de Estupefacientes:

- a) Formular, para su adopción por el Gobierno Nacional, las políticas y los planes y programas que las entidades públicas y privadas deben adelantar para la lucha contra la producción, comercio y uso de drogas que producen dependencia. Igualmente, el consejo propondrá medidas para el control del uso ilícito de tales drogas;
- b) Conforme al ordinal anterior, señalar a los distintos organismos oficiales las campañas y acciones específicas que cada uno de ellos debe adelantar;
- c) Dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento de sus funciones y proponer al gobierno la expedición de las que fueren de competencia de éste;
- d) Supervisar la actividad de las entidades estatales y privadas que se ocupan de la prevención e investigación científica y de policía judicial, control y rehabilitación en materia de drogas que producen dependencia;
- e) Mantener contactos con gobiernos extranjeros y entidades internacionales en asuntos de su competencia y adelantar gestiones ante los mismos con el fin de coordinar la acción del gobierno colombiano con la de otros Estados, y de obtener la asistencia que fuera del caso;
- f) Disponer, de acuerdo con los indicios graves, que posea, proveniente de los organismos de inteligencia, sobre actividades de personas, aeronaves, embarcaciones, vehículos terrestres y uso de aeródromos o pistas, puertos, muelles o terminales marítimos, fluviales o terrestres, vinculados al tráfico de estupefacientes, la suspensión de las licencias para personal aeronáutico, marítimo, fluvial y terrestre, certificados y permisos de operación. Para tal efecto, impartirá a las autoridades correspondientes las instrucciones a que haya lugar, y

g) Disponer la destrucción de los 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. En el caso de la destrucción de cultivos de uso ilícito mediante aspersión aérea de sustancias, se requerirá la autorización del Congreso de la República mediante ley ordinaria que no podrá tener una vigencia superior a un año.

h) Presentar semestralmente y en audiencia pública, informes a las Comisiones 2 y 5 del Senado y Cámara de Representantes, sobre los posibles riesgos, protocolos de mitigación y los mecanismos de compensación administrativa, utilizados para la destrucción de cultivos de uso ilícito mediante aspersión aérea con el uso de sustancias tóxicas o probablemente tóxicas.

ARTICULO 9. Modifíquese el artículo 9º del DECRETO 2894 DE 1990 “*por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público*”, el cual quedará así:

Artículo 9º El Consejo Nacional de Estupefacientes, creado por el artículo 89 de la Ley 30 de 1986, tendrá la siguiente composición:

1. El Ministro de Justicia, quien lo presidirá.
2. El Ministro de Defensa Nacional, o su delegado.
3. El Ministro de Educación Nacional, o su delegado.
4. El Ministro de Salud Pública, o su delegado.
5. El Ministro de Relaciones Exteriores, o su delegado.

6. El Director Nacional de Estupefacientes, quien tendrá voz, pero no voto.

7. Un Representante de las juntas de acción comunal de los territorios afectados, que será elegido de acuerdo a la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio del Interior.

Parágrafo 1° La Junta Directiva del Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación del Consejo Nacional de Estupefacientes, estará integrada por las mismas personas.

Parágrafo 2° El Secretario General de la Dirección Nacional de Estupefacientes, ejercerá las funciones de Secretario del Consejo Nacional de Estupefacientes y de Secretario General del mencionado Fondo Rotatorio.

ARTICULO 10. VIGENCIA. La presente Ley rige a partir de su promulgación.

De los Honorables Congresistas,

H.R. CARLOS ARDILA ESPINOSA

Representante a la Cámara
Departamento de Putumayo

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY ___ de 2019 ***“Por medio del cual se reglamenta la aspersión de sustancias tóxicas o probablemente tóxicas en el marco de la lucha contra los cultivos de uso ilícito”***

1. ANTECEDENTES

En Colombia las zonas como parques nacionales, resguardos indígenas y comunidades afro descendientes, se han visto afectadas por la presencia de actividades ligadas al narcotráfico, en especial la siembra de cultivos de uso ilícito, lo que se relaciona con las particularidades propias de los territorios donde se localizan ya que son de difícil acceso.

El programa de erradicación de cultivos ilícitos es una respuesta por parte del Estado frente al incremento de la producción de drogas ilícitas en Colombia y la utilización de este mecanismo en la lucha contra el narcotráfico ha sido objeto de diferentes pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional y la Rama Ejecutiva que suspendió su uso a través de la Resolución 0006 de 2015.

Es importante mencionar que la suspensión de la aspersión aérea se realizó con el fin de amparar derechos fundamentales a comunidades indígenas y negritudes, como son a la consulta previa, la integridad étnica y cultural, la libre determinación, la salud en conexidad con la vida y el medio ambiente sano, entre otros.

Teniendo en cuenta que los cultivos ilícitos han aumentado en los últimos dos años y esto es un problema público que debe ser atendido de la mejor manera, pues causa enormes problemas como economías ilícitas, grupos

criminales, y gastos estatales en defensa, justicia, sistema penitenciario, programas de sustitución voluntaria, entre otros, EL Gobierno Nacional ha manifestado en repetidas ocasiones su deseo de reanudar las fumigaciones aéreas, por lo que se hace necesario regular y controlar la utilización de la aspersión aérea de sustancias tóxicas por parte del Estado, con el fin de combatir el narcotráfico y preservar la vida, la salud y el ambiente de todos los habitantes del territorio nacional, garantizando espacios de interlocución y participación que permitan tomar decisiones documentadas sobre este asunto público.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

La aspersión aérea se ha realizado en el territorio colombiano desde antes del Plan Colombia, con la Convención Única de 1961 de Naciones Unidas sobre Estupefacientes (enmendada por el Protocolo de 1972 y aprobada mediante la Ley 13 de 1974), junto con el Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 de Naciones Unidas, aprobado por la Ley 43 de 1980. Igualmente, se creó el Estatuto de Estupefacientes, y con él, el Consejo Nacional de Estupefacientes por medio del Decreto 1206 de 1973 reglamentado por el Decreto 1188 de 1974. Posteriormente, se expidió la Ley 30 de 1986.

El artículo 7o. de la Constitución Política señala que: "*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*".

Por su parte el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política establece: "*La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto*

de dicha explotación el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades".¹

De otro lado, el artículo 49 consigna el derecho a la salud y los deberes del Estado de atención a la población dependiente de las drogas, sin embargo, este artículo habla de un enfoque de salud pública más no de política criminal.

Así mismo, los artículos 79 y 80 que consignan el derecho a un ambiente sano y al correcto aprovechamiento de los recursos naturales, artículos que, podría argumentarse, son transgredidos por las cadenas productoras de estupefacientes. Pese a lo anterior, vale la pena resaltar nuevamente que no existe en la Constitución Política un mandato expreso hacia la Rama Ejecutiva de "lucha contra las drogas" o "lucha contra los cultivos ilícitos", sino que estos mandatos serían apenas tácitos al inferirse de los artículos citados y al hacer un ejercicio de interpretación de los textos constitución.

Adicionalmente el numeral 3o. del artículo 7o. de la Ley 21 de 1991, por la cual se aprobó el Convenio No. 169 de 1987 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, dispuso: *"Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas".²*

Es así como el numeral 2 del artículo 15 estableció que: *"En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo,*

¹ Constitución Política de Colombia

² Ley 21 de 1991

o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras".

A su turno, el artículo 7-1 del Convenio 169 prevé que las comunidades tienen derecho a:

"[...] decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente."

El artículo 7-3 del mismo convenio prevé la obligación de los Estados parte de:

"(...) velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas."

De otra parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas incorpora cuatro principios fundamentales respecto de los derechos de estos pueblos:

- i) *"El principio de no discriminación, según el cual las personas gozan de iguales derechos al resto de la población, pero su goce efectivo*

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

- asociado con la diversidad étnica no debe convertirse en un obstáculo para el ejercicio de los demás derechos humanos.*
- ii) El derecho a la autodeterminación*
 - iii) La relevancia del principio de no asimilación como derecho fundamental de las comunidades.*
 - iv) La participación, la consulta previa y el consentimiento libre e informado frente a las medidas que los afecten. Sobre este último, establece expresamente un estándar de protección frente a la utilización de sus tierras o territorios para actividades militares, y la limitación de estas últimas a razones de interés público pertinente, o a un acuerdo libre con los pueblos interesados, así:*

“Artículo 30: 1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado. 2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.”³

El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho de propiedad privada y sobre este derecho la corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que debe ser interpretado en el sentido que comprenda los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal en una perspectiva comunal y espiritual, por esta razón la corte ha protegido este derecho y afirmado lo siguiente:

“[...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las

³ Sentencia T-236/17

comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”⁴

Por otro lado, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 estipula que: *“La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.*⁵

El Decreto 1320 de 1998, reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Es decir, que la consulta previa se desprende del derecho consagrado en el artículo 7 de la CP6, entendida como el derecho que tienen las comunidades indígenas, tribales y afrocolombianas a ser consultadas sobre cualquier decisión que pueda afectarlas directamente. Derecho que va ligado con el de participación en el cual tienen la oportunidad de expresar su opinión, sobre la razón, la forma y el momento de medidas que incidan directamente en sus vidas.

El Decreto 1753 de 1994, el Ministerio de Ambiente, profirió la Resolución 1065 de 2001, mediante la cual se impuso el plan de manejo ambiental presentado por la Dirección Nacional de Estupefacientes para la actividad

⁴ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 149. Ver también Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 131.

⁵ Ley 99 de 1993

⁶ Constitución Política de Colombia. “Artículo 7º El Estado Reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.”

denominada “Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con Glifosato” –PECIG- en el territorio nacional.

3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos estableció algunas condiciones, para que el Estado pueda nuevamente usar el glifosato las cuales son:

1. Debe existir consulta previa con las comunidades étnicas con el fin de conocer si han sufrido afectaciones por el uso del glifosato.
2. Debe existir una investigación científica que certifique la ausencia de daño para la salud de las poblaciones aledañas y el medioambiente.
3. El Gobierno debe presentar pruebas a la Corte de que el herbicida no causará daños a la salud.
4. **Debe existir una regulación del uso del glifosato liderada y diseñada por un órgano diferente a las entidades que van a fumigar.** Dicha regulación también deberá evaluar los posibles riesgos a la salud y medio ambiente.
5. Deben existir monitoreo continuos y alertas sobre nuevos o posibles riesgos por el uso del herbicida. Como mínimo, el Gobierno debe incluir a las entidades nacionales y del orden territorial del sector salud, las autoridades ambientales y las entidades que conforman el Ministerio Público para los análisis.⁷

Es así, que en la sentencia T-300 de 2017 la Corte ordeno realizar los procedimientos de consulta previa con las comunidades afectadas con el fin de establecer “los perjuicios y afectaciones que dejó el programa de radicación de cultivos ilícitos mientras éste estuvo vigente”.

⁷Sentencia 236 de 2017

Así mismo, en la Sentencia T-080 de 2017 la Corte verificó que la realización de fumigaciones con glifosato en los territorios del pueblo Carijona del resguardo indígena Puerto Naré en el departamento de Guaviare “género graves afectaciones a los cultivos tradicionales, el bosque tropical y las viviendas de la zona” y concluye la Corte con que el uso del herbicida “repercutió en problemas de salud y contaminación para la comunidad indígena y su territorio”, manifestando así que el Estado debe tomar medidas que anticipen y eviten cualquier daño a la salud y el medio ambiente, adicional a ello indica la Corte que se debe encontrar por parte del Estado una forma alternativa de erradicación con una sustancia química que no esté catalogada como toxica.

Para finalizar, la última sentencia proferida por la Corte Constitucional. 236 de 2017, señala que los programas de erradicación de cultivos ilícitos con el uso de glifosato “*presentan un riesgo significativo para la salud humana y el medio ambiente*”, **y señaló que deben ser objeto de una regulación preferiblemente mediante Ley de la República “cuyo objetivo sea controlar dicho riesgo”.**

El día 18 de julio de 2019, la Corte Constitucional realizó un pronunciamiento en atención a la solicitud realizada por el Gobierno, en la que le solicitó al Gobierno Nacional concentrarse en cumplir los 6 condicionamientos que se le impusieron en 2017, e indica igualmente que el Consejo Nacional de Estupefacientes solo podrá modificar la decisión de no reanudar el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante aspersión aérea con el herbicida Glifosato cuando haya diseñado y puesto en marcha un proceso decisorio con las siguientes características mínimas:

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

Para finalizar y ante la necesidad del Estado en regular y controlar la utilización de la aspersion aérea de sustancias tóxicas que permitan combatir el narcotráfico y preservar la vida, la salud y el ambiente de todos los habitantes del territorio nacional, se hace necesario y pertinente en atención del deber constitucional, expedir el presente ley, la cual ofrece normas claras y precisas sobre el asunto, y así contribuir a la seguridad

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

jurídica de los diferentes actores intervinientes en la lucha contra los cultivos de uso ilícitos.

4. DEL ARTICULADO EN GENERAL

Con base en los fundamentos anteriores, se pone a consideración de los honorables Congresistas el texto del presente proyecto de ley que busca dar respuestas directas a los problemas de orden político, ético y jurídico que genera la aspersion aérea de sustancias tóxicas o probablemente tóxicas en el marco de la lucha contra el narcotráfico.

Es así como a lo largo del articulado se incorporan de manera explícita diversos principios generales del derecho que regulan la materia en el ámbito internacional. En concreto, en el artículo segundo se incorporan el principio de última ratio y los de necesidad militar, ventaja militar y proporcionalidad, como criterios para la planeación de las operaciones militares o de policía orientadas a la erradicación de cultivos de uso ilícito. Se trata de principios básicos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que reglamentan el uso legal de la fuerza. Estos principios se encuentran consignados en los convenios de Ginebra y diversos instrumentos internacionales, que prevalecen en el orden interno de acuerdo al artículo 93 de nuestra constitución.

El principio de Necesidad Militar ha sido definido por el Comité Internacional de la Cruz Roja como aquel que dicta que “no se deben causar al adversario males desproporcionados en relación con el objetivo del conflicto, que es vencer al enemigo”⁸ También se ha formulado como el deber de que “toda actividad de combate debe justificarse por motivos

⁸ Ver http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647079&_dad=portal30&_schema=PORTAL30

militares, por lo cual se entiende que está prohibidas las actividades que no sean militarmente necesarias”. Otros autores como Greenspan definen la necesidad militar como “el derecho a emplear la violencia en la forma y el grado necesarios para obligar al adversario a someterse cuanto antes con el menor costo posible en dinero y vidas humanas” (Zuluaga, 2015,). Como vemos, el criterio de eficiencia es parte integrante del principio de necesidad militar, y este a su vez, es un verdadero derecho universal que debe ser tenido en cuenta por la Rama Ejecutiva y por la Fuerza Pública en el planeamiento y ejecución de las operaciones contra el narcotráfico.

El criterio de ventaja militar o policial, por su parte, es aquel que condiciona la realización de una operación militar a la obtención de una ventaja frente al adversario. Según esto, se deben evitar las operaciones superfluas que causen daños a la vida e integridad humanas, pero que no generen ventajas militares concretas sobre el adversario.

Por su parte, el principio de proporcionalidad es aquel que “prohíbe las armas y los métodos que causen a las personas civiles y a sus bienes daños excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista.”⁹ De manera que se encuentran prohibidos los ataques que se prevé causaran muertos o heridos civiles o daños a los bienes civiles excesivos en relación a la ventaja militar obtenida.

Las aspersiones aéreas de sustancias tóxicas o probablemente tóxicas deben ceñirse a estos mandatos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y en ese sentido, la Fuerza Pública deberá tener en cuenta los principios de necesidad, ventaja militar y proporcionalidad al momento de planear y ordenar las operaciones, para así ajustar su conducta a los mandatos internacionales y disminuir los riesgos de producir daños antijurídicos.

⁹ *Ibidem*

En el artículo tercero se consigna el deber del Gobierno Nacional de realizar una consulta previa con las comunidades afectadas, a fin de informar sobre los posibles perjuicios y afectaciones, y sobre los protocolos para mitigar el riesgo. También se consigna en dicho artículo el deber de generar e informar las rutas de compensación administrativa para aquellos casos en los que se generen daños antijurídicos. La compensación administrativa se hace necesaria debido a que el Estado realizará una actividad que genera grandes riesgos de daño antijurídico, por lo que el Gobierno Nacional no debe esperar a ser condenado en la jurisdicción Contencioso Administrativa para reparar los daños causados, sino que debe procurar reparar a la brevedad los daños que llegare a ocasionar.

El artículo 5 señala que la aspersion aérea de sustancias tóxicas o probablemente tóxicas debe ser autorizada por el Congreso de la República mediante ley ordinaria. Se trata de una medida que busca poner en cabeza del Legislativo el control de esta actividad desplegada por el ejecutivo, y con ello fortalecer la separación de poderes y la colaboración armónica entre las ramas del poder público. Dado el carácter altamente riesgoso de esta actividad, las altas posibilidades de generar daños antijurídicos, y el carácter ciertamente excepcional que debe tener esta medida, cobra mucha relevancia que la decisión de asperjar sustancias tóxicas desde el aire no quede en cabeza de una sola rama del poder público, sino que se deba tomar con el concurso de la rama ejecutiva y legislativa, donde esta última tiene la mayor legitimidad democrática. Sólo de esta manera se garantiza un control juicioso del poder estatal en la lucha contra el narcotráfico, y se garantiza que las motivaciones para emplear el método de aspersion aérea de sustancias tóxicas sean los suficientemente fuertes y serias como para convencer a los parlamentarios de su necesidad.

En el mismo sentido, el artículo 6 propone el seguimiento y control parlamentario de las aspersiones que llegare a realizar la rama ejecutiva. Se trata de otra medida encaminada a fortalecer la rendición de cuentas de

la Rama Ejecutiva frente al legislativo y frente a la sociedad colombiana en general.

En el artículo séptimo se establecen algunos principios como el de la Inversión de la carga probatoria, que deberán ser tenidos en cuenta por la Jurisdicción Contencioso Administrativa al momento de evaluar los daños antijurídicos que se reclamen ante los jueces. Dado que la aspersion aérea es una actividad claramente riesgosa que realiza el Estado en la búsqueda de otros fines constitucionales, lo menos que debe ocurrir frente a un daño antijurídico es que se repare administrativamente, y en caso contrario, se repare judicialmente bajo unas reglas que le brinden a la ciudadanía una garantía probatoria que busca equilibrar las cargas desiguales entre el poder estatal y la ciudadanía.

De otro lado, en el artículo 8 se modifica la composición del Consejo Nacional de Estupefacientes, con el fin de acoger lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia 236 de 2017, en el sentido de que un integrante de las comunidades debe hacer parte de la mencionada Entidad.

Finalmente, el artículo 4 incorpora el principio de precaución y el deber de la Rama Ejecutiva de observarlo, suspendiendo las actividades de aspersion cuando la evidencia científica y la comunidad académica encuentren que la actividad genera riesgos para la salud pública y el medio ambiente. Por supuesto, se trata de un principio que debe ser aplicado de buena fé, y para que dicho principio sea plenamente operativo se requiere del concurso de las distintas ramas del poder público, a fin de que se generen entre ellas los debidos pesos y contrapesos.

Con todo, el presente proyecto busca regular la actividad estatal de la aspersion de sustancias tóxicas o probablemente tóxicas en el marco de la lucha contra el narcotráfico, mediante una ley ordinaria, tal y como lo indicó la Corte Constitucional, que establezca los mecanismos interinstitucionales

que regulen el poder estatal. Se trata de una serie de medidas que, en nuestra opinión, contribuyen a que esta herramienta contra el narcotráfico sea utilizada de manera ponderada y ajustada a las obligaciones internacionales de Colombia en materia militar y policiva, esto es, como última opción, siempre que exista una verdadera necesidad militar, genere una ventaja similar, y con pleno respeto del principio de proporcionalidad.

De los Honorables Congresistas,

CARLOS ARDILA ESPINOSA

Representante a la Cámara
Departamento del Putumayo

REFERENCIAS:

Constitución Política de Colombia
Ley 21 de 1991
Ley 99 de 1993
Decreto 1753 de 1994
Convenio No. 169 de 1987
Sentencia 236 de 2017
Sentencia T-300 de 2017
Sentencia T-080 de 2017

Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85
Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, párr. 118, y Caso de la
Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 131. Corte IDH. Caso de la
Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 149. Ver también Caso
Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas.
