



La salud
es de todos

Minsalud



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 1 de 16

Bogotá D.C.,

Doctora
AMPARO YANETH CALDERÓN PERDOMO
Comisión Primera Constitucional
Cámara de Representantes
Carrera 7ª N° 8 – 68
Bogotá D.C.

ASUNTO: Concepto sobre el **PL 129/20 (C)** *“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”*.

Cordial saludo,

Si se tiene en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir primer debate en esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la Gaceta del Congreso N° 958 de 2020. Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3° del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, sin perjuicio de los comentarios que estimen pertinente realizar otras autoridades para las cuales este tema resulte sensible, formula las siguientes observaciones¹:

1. CONTENIDO

La propuesta además de especificar el objeto (art. 1º) y definición de sustancias (art. 2º), establece los requisitos necesarios para la utilización, por parte del Estado, en la

¹ Un proyecto de ley análogo cursó en la legislatura pasada bajo el número **112/19 (C)** *“por medio [de la] cual se reglamenta la aspersión de sustancias tóxicas o probablemente tóxicas en el marco de la lucha contra los cultivos de uso ilícito”*. Sobre dicha iniciativa esta Cartera se pronunció mediante radicado N° 201911401722801, de ahí que se retomem algunos puntos en tanto resulten procedentes.



La salud
es de todos

Minsalud



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 2 de 16

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. En cuanto a su estructura se destaca:

- 1.1. En el artículo 3º, el planteamiento de los escenarios en los que se aceptaría la aspersión aérea de sustancias tóxicas como última opción, dentro de los que se incluyen:
 - Control del territorio por parte de grupos criminales que represente riesgo para quienes realizan la actividad de erradicación.
 - Imposibilidad de utilización de otros métodos de erradicación u otras sustancias menos dañinas.
 - Obtención de una ventaja militar o policial significativa luego de realizado el procedimiento.
 - Los daños colaterales de la operación serán proporcionales a la ventaja obtenida
 - Solo se efectuará el territorio estricta y previamente delimitado
 - Se ejecutará solamente mientras se recupera el control territorial que permita erradicar mediante otros métodos

Igualmente, se señala que la fuerza pública será la que determine la necesidad, las ventajas y los daños colaterales en la planeación y ejecución de las operaciones.

- 1.2. Por su parte, el artículo 4º se enfoca en la necesidad de la ejecución obligatoria de consulta previa con las comunidades del área afectada, con el fin de informar los posibles perjuicios y afectaciones de diferente índole y divulgar los protocolos para mitigar el riesgo, así como los mecanismos para la compensación administrativa en caso de materialización del riesgo.
- 1.3. En el artículo 5º se solicita que, previo al inicio de la aspersión aérea, se ejecuten estudios científicos que evalúen el riesgo de la sustancia para la salud y el ambiente, considerando los estudios científicos nacionales e internacionales y aplicando el principio de precaución cuando se documente probabilidad de afectación a la salud o al medio ambiente, en el artículo 6º se especifica el control de ese mecanismo y en los artículos 7º y 8º se alude a Comisiones de estudio y monitoreo.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 3 de 16

- 1.4. En el artículo 9º se hace referencia a las medidas reparativas por la vía administrativa en los casos en que se presente algún daño a bienes lícitos, salud o medio ambiente, previendo que, en el caso en que algún afectado demande ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se deberá demostrar por parte del Estado la no ocurrencia de las afectaciones y en el evento en que esto no se logre, se requerirá asumir la responsabilidad para reparar el daño causado.
- 1.5. Por último, en los artículo 10 y 11 se describen modificaciones a la Ley 30 de 1986 (Consejo Nacional de Estupefacientes), adicionando el literal h), que corresponde al requisito de presentar los protocolos de mitigación y mecanismos de compensación administrativa, considerados para la aspersion aérea con sustancias tóxicas o probablemente tóxicas, a las Comisiones Segunda y Quinta del Senado y de la Cámara de Representantes, respecto a los posibles riesgos. En lo atinente a la composición del Consejo se incorpora a un representante de las juntas de acción comunal de los territorios afectados, como miembro.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

Dado que los cultivos a partir de los cuales se obtienen las sustancias estupefacientes que están siendo objeto de tráfico ilegal, son arbustos de tipo natural, el interrumpir el ciclo de proliferación, crecimiento y subsistencia de la planta se convierte en la principal alternativa para atacar la problemática. Este resultado se puede lograr utilizando sustancias herbicidas de diferentes familias químicas, las cuales están diseñadas para que al ser aplicadas sobre las hojas, afecten la fisiología vegetal y eviten su proliferación, crecimiento y subsistencia. Su aplicación terrestre resulta efectiva y segura cuando la cantidad de terreno a tratar es pequeña; en caso de requerir intervención sobre grandes extensiones o en casos de falencia en la seguridad de la operación terrestre, la aplicación por aspersion aérea en condiciones específicas puede incrementar su efectividad, siempre y cuando su aplicación se realice bajo las condiciones operativas que reduzcan al máximo, la posibilidad de exposición accidental fuera del blanco. De acuerdo con lo anterior, los productos asperjables con mejor desempeño para el control de los arbustos, serían los herbicidas.

El proyecto de ley pretende fortalecer la lucha antidrogas rescatando la estrategia de aspersion aérea, y proponiendo una operación supeditada a una revisión previa de los riesgos para la salud y el ambiente (relacionados con la sustancia seleccionada), así como la clara delimitación de las áreas a intervenir y una temporalidad definida. Todo



La salud
es de todos

Minsalud



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 4 de 16

esto, con un seguimiento estricto por parte del Congreso de la República y el seguimiento y verificación por la Comisión de expertos. Así, resultan útiles las aspersiones aéreas para los lugares en los cuales no es factible el ingreso de personal a causa de problemáticas de orden público o riesgo de afectación del nivel de seguridad para los operadores. La definición del periodo de ejecución puede ser efectiva para controlar la problemática en áreas delimitadas, sin que la ejecución se convierta en una actividad de largo plazo y rutinaria.

Es importante resaltar que en la iniciativa presentada, solamente se considera la aspersión aérea de cultivos y no propone alternativas adicionales para el control del cultivo. Adicionalmente, se debe destacar que no se cuenta con experiencias regulatorias previas que permitan analizar elementos relacionados con la materia.

3. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Muy ligado con la garantía del derecho fundamental a la salud, es preciso tener en cuenta que en aras de la protección de la diversidad e integridad del ambiente se ha distinguido los principios de precaución y prevención ambiental, a saber:

[...] El **principio de prevención** se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que el **principios de precaución** o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos [...]². [Énfasis fuera del texto].

Desde esta óptica, se ha encontrado en la política ambiental alemana *vorsorgeprinzip* de la década de los 70's uno de los antecedentes de aplicación del principio de precaución a nivel europeo³. Dicho principio se incorpora al Derecho internacional en la Carta

² CORTE CONSTITUCIONAL, sent. T-204 de 2014 MP. Alberto Rojas Ríos.

³ Ana María Moure, "El principio precaución en el derecho internacional", *Dilemata* año 5 (2013), número 11, (21-37). Igualmente en *Editorial, Gaceta Sanitaria*, 2002, 16 (5); 371-3. Un rastreo aún más antiguo se **Carrera 13 N° 32 - 76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C.**



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 5 de 16

Mundial de la Naturaleza de 1982, la Declaración de Londres de 1987, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, los Convenios sobre Cambio Climático y Diversidad Biológica de 1992 y el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad adoptado en Montreal el 29 de enero de 2000⁴. A través del mismo se previenen los potenciales daños que se puedan producir por el avance tecnológico.

El Principio de Precaución fue contemplado en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo⁵, así:

Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. [Énfasis fuera del texto].

Aunado a esto, un análisis desde el derecho comparado, ha permitido fortalecer la posibilidad de utilizar este principio en tratándose de la protección del derecho a la salud, tal y como se presenta en el caso de las disposiciones establecidas en la Comunicación de la Comisión Europea (CE) sobre el principio de precaución COM (2000) 1 de 2 de febrero de 2000⁶. Este documento señala importantes consideraciones ante la utilización del principio de precaución en la toma de decisiones de política económica por parte de los países de la Unión Europea. En primer lugar, señala que este principio no puede ser empleado arbitrariamente, justificando o encubriendo políticas proteccionistas, para lo cual reseña que:

[...] Encontrar el equilibrio correcto para que pueda llegarse a decisiones proporcionadas, no discriminatorias, transparentes y coherentes, y que al mismo tiempo proporcionen el nivel elegido de protección, requiere un proceso de toma de decisiones estructurado, basado tanto en la información científica, como en otras informaciones detalladas y objetivas. Esta estructura la proporcionan los tres elementos del análisis de riesgo: la

encuentra en la tesis doctoral de Elcio Luiz Bonamigo, *El principio de precaución: un nuevo principio bioético y biojurídico*, Madrid 2010.

⁴ *Ibid.*

⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, 1992. Brasil, Río de Janeiro. En este documento se contempló, dentro de los 27 principios ambientales, el de la precaución.

⁶ Comunicación de la Comisión de 2 de febrero de 2000 sobre el recurso al principio de precaución, *cfr.* <http://www.lugo.es/ws/telefonía/docs/04-COMUNICACION DE LA UE SOBRE PRINCIPIO DE PRECAUCION FEB.pdf>.



La salud
es de todos

Minsalud



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 6 de 16

evaluación del riesgo, la elección de la estrategia de gestión de riesgo y la comunicación del riesgo [...]⁷.

Gracias a la extensión de la aplicación del principio de precaución a la protección de la salud de los seres humanos, se ha generado la necesidad de ajustarlo con las realidades y requerimientos actuales; esta actualización entonces se genera en la medida en que decisores deben regular temas que puedan tener potencial de riesgo para las personas. El documento del CE señala, por ejemplo, cómo el contenido del principio de precaución “*va más allá de las problemáticas asociadas a los riesgos a corto o medio plazo, puesto que se refiere también a cuestiones a largo plazo e incluso ligadas al bienestar de las generaciones futuras*”.

Frente al artículo 5º del proyecto de ley que se examina en el que se pretende que, previo al inicio de la aspersión aérea, se ejecuten “[...] estudios científicos que evalúen el riesgo que representa [la] sustancia química para la salud y el ambiente [...]”, considerando los estudios científicos nacionales e internacionales y **aplicando el principio de precaución cuando se documente probabilidad de afectación a la salud o al medio ambiente**, se tiene que, se desconoce el alcance y aplicación del principio de precaución, este se acoge cuando se documente la probabilidad de afectación a la salud o al ambiente mediante estudios científicos, es más, este principio ha señalado que *la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.*

Debe considerarse que todas las sustancias tienen un grado de nocividad determinada por su peligrosidad, como elemento intrínseco a su naturaleza, sin embargo, el riesgo es determinado en función del peligro y la exposición, el peligro se materializa en un riesgo, entorno de las acciones de manipulación inadecuada de las sustancias, cuyo peligro no se materializa si no se da una exposición efectiva.

4. COMENTARIOS ESPECÍFICOS

Con base en lo anterior, frente al articulado *sub examine*, es pertinente manifestar las siguientes observaciones:

⁷ *Ibid.*



La salud
es de todos

Minsalud



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 7 de 16

4.1. Sobre el artículo 2º. Definición de sustancia tóxica

Cabe aclarar que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima) no es la entidad competente para desarrollar acciones de Inspección, Vigilancia y Control (IVC) para los plaguicidas químicos de uso agrícola como los herbicidas usados en erradicación de cultivos. Adicionalmente, no es correcto afirmar que se puedan utilizar solventes, aditivos y cualquier sustancia, para este fin.

Se requiere utilizar la definición adecuada para el objeto del proyecto de ley con la palabra “Herbicida”, que de acuerdo con la Decisión Andina 804, establece que un herbicida es: “un agente químico que elimina, controla o previene la presencia o crecimiento de plantas no correspondientes al cultivo (malezas)” o, de manera general, es pertinente usar la definición de la palabra plaguicida de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la cual refiere:

[...] cualquier sustancia o mezcla de sustancias destinadas a prevenir, destruir o controlar cualquier plaga, incluyendo los vectores de enfermedades humanas o de los animales, las especies de plantas de animales indeseables que causan perjuicio o que interfieren de cualquier otra forma en la producción, elaboración, transporte o comercialización de alimentos, productos agrícolas, madera o productos de madera o alimentos para animales que puedan administrarse a los animales, para combatir insectos, arácnidos u otras plagas en o sobre sus cuerpos. El término incluye las sustancias destinadas a utilizarse como reguladoras del crecimiento de las plantas, defoliantes, desecantes, agentes para reducir la densidad de fruta, o agentes para evitar la caída prematura de la fruta y las sustancias aplicadas antes o después de la cosecha para proteger el producto contra la deterioración durante el almacenamiento y transporte [...].

4.2. Sobre el artículo 3º. Requisitos para la aspersión aérea

En relación con la determinación de los requisitos para la aspersión aérea, es oportuno señalar que, en la aplicación del Glifosato, si bien existe una serie de pronunciamientos de Altas Corporaciones que concluyen en la prohibición del uso de una sustancia⁸, existe

⁸ Cfr. **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, 27 de enero de 2012, CP. Carlos Alberto Zambrano, radicación 18001-23-31-000-1999-00397-01(22219). En igual sentido, **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, 20 de febrero de 2014, CP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, radicación 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028). **CORTE CONSTITUCIONAL**, Auto 073 de 27 de marzo de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; ST-080 de 7 de febrero de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 8 de 16

un pronunciamiento judicial que entraña un cambio de posición de la línea de la Corte Constitucional sobre el particular. Así, en el marco de la Sentencia T-236 de 2017⁹, se analizó el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos por Aspersión Aérea con Glifosato, indicando que el mismo maneja un nivel de aceptación del riesgo demasiado alto y, en consecuencia, ordenó al Consejo Nacional de Estupefacientes (CNE) *“no reanudar el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con Glifosato (PECIG)”*. Precisó que solo era posible la reanudación del PECIG por parte del CNE *“[...] cuando haya diseñado y se haya puesto en marcha, por medio de las medidas legales y reglamentarias que sean pertinentes, un proceso decisorio con las siguientes características [...]”*¹⁰:

- Regulación imparcial y enfocada en los riesgos a la salud.
- Evaluación continua del riesgo que genera la aspersión aérea, en un proceso participativo y técnicamente fundado.
- Revisión automática de las decisiones (alertas).
- Investigación científica con garantías de rigor, calidad e imparcialidad.
- Procedimientos de queja comprensivos, independientes, imparciales y vinculados con la evaluación del riesgo.
- Decisión basada en evidencia objetiva que demuestre ausencia de daño.

De esta manera, los artículos analizados y, en general, todo el proyecto no sería necesario. Se impondría una serie de obligaciones que no prevé la sentencia T-236, desbordando su alcance.

Adicionalmente, la Sala Plena de esa Corporación, mediante Auto 387 de 2019, resolvió la solicitud de modulación en la audiencia de seguimiento realizada en abril de ese mismo año, y precisó el ordinal cuarto, numeral 6º de la parte resolutive de la sentencia T-236 de 2017, en los siguientes términos:

[...] (ii) La previsión del numeral 6º del ordinal cuarto de la parte resolutive de la Sentencia T-236 de 2017, en cuanto expresa que la decisión debe fundarse en *“evidencia objetiva y concluyente que demuestre ausencia de daño para la salud y el medio ambiente”* ha de entenderse en los términos del apartado final del numeral 5.4.3.6. de la parte motiva de la sentencia, es decir, que *“no equivale a demostrar, por una parte, que existe certeza absoluta e incuestionable sobre la ausencia de daño. Tampoco equivale a establecer que la ausencia*

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, ST-236 de 21 de abril de 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

¹⁰ Cfr. Ibid.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 9 de 16

de daño es absoluta o que la actividad no plantea ningún riesgo en absoluto". En consecuencia, al momento de decidir acerca de la reanudación del PECIG, el Consejo Nacional de Estupefacientes deberá considerar y ponderar, en los términos previstos en la parte considerativa de la sentencia, toda la evidencia científica y técnica disponible en lo que se refiere, por un lado, a la minimización de los riesgos para la salud y el medio ambiente, y, por otro, a la solución al problema de las drogas ilícitas, conforme a los instrumentos de política pública [...] ¹¹.

Frente al uso de otros herbicidas tampoco se estima necesario lo trazado en la iniciativa, como pasará a argumentarse en relación a la aplicación de la Ley 9 de 1979, y el registro de herbicidas en el país.

4.3. Sobre el artículo 4º. Participación de las comunidades

Se enfoca en la necesidad de la ejecución obligatoria de la consulta previa con las comunidades del área afectada, con el fin de informar los posibles perjuicios y afectaciones de diferente índole y divulgar los protocolos para mitigar el riesgo, así como los mecanismos para la compensación administrativa en caso de materialización del riesgo.

En lo tocante a este precepto es importante aclarar que la consulta previa de acuerdo a su gran desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial es un derecho fundamental de las comunidades indígenas, tribales y afrocolombianas. Está estrechamente relacionada con el derecho a la participación y al respeto a la diversidad étnica y cultural y, mediante el ejercicio de este derecho, los grupos étnicos tienen la oportunidad de *"expresar su opinión, sobre la forma, el momento y la razón de medidas decididas o ya aplicadas que inciden o incidirán directamente en sus vidas"* ¹².

Por su parte, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales 169 de junio de 1989, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, se basa en el respeto de las culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias de las comunidades étnicas. Así, el mismo estableció en su literal a) del artículo 6 el derecho de las comunidades étnicas a: *"a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en*

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 387 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, sents. T-462A de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SPV Luis Ernesto Vargas Silva) y T-213 de 2016 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Alberto Rojas Ríos; SV Luis Ernesto Vargas Silva). En estas sentencias la Corte Constitucional reiteró que el derecho a la consulta previa es desarrollo mismo del derecho a la autodeterminación de los pueblos y a la participación.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 10 de 16

particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". A su turno, el artículo 7-1 del Convenio 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.

La consulta previa también ha sido caracterizada por la Corte Constitucional, la cual ha indicado que la misma debe tener en cuenta la prevención de las afectaciones, la información adecuada y suficiente y la buena fe de las partes. Ha señalado además que para saber qué debe consultarse se deben tener en cuenta dos niveles de afectación: (i) uno general que deriva por ejemplo de las políticas y programas que de alguna manera conciernen a las comunidades indígenas y afrocolombianas, y (ii) uno directo que se desprende de las medidas que pueden afectarlos específicamente¹³. Ha dicho que debe consultarse siempre que exista una afectación directa sobre los intereses del pueblo indígena involucrado, es decir cuando la comunidad vaya a recibir una intromisión intolerable en sus dinámicas sociales, económicas y culturales¹⁴.

Para especificar aún más los supuestos en los que se produce tal afectación, la Corte ha fijado los siguientes criterios: (i) cuando la medida administrativa o legislativa altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios¹⁵, (ii) cuando las medidas son susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas como tales y no aquellas decisiones que son generales y abstractas¹⁶, (iii) cuando se trata de aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169, por ejemplo la regulación de explotación de yacimientos de petróleo ubicados dentro de los pueblos indígenas¹⁷ y, (iv) cuando las medidas a implementar se traten sobre explotación y

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-882 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterada en la T-800 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. T-745 de 2010 (MP Humberto Sierra Porto).

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-030 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil).

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-030 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil).

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-175 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SV Nilson Pinilla Pinilla; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Cristina Pardo Schlesinger; SV Humberto Sierra Porto).



La salud
es de todos

Minsalud



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 11 de 16

aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas¹⁸. Concretamente la Corte ha identificado la presencia de una afectación directa en los casos de medidas legislativas¹⁹, presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto general de la Nación²⁰, decisiones sobre prestación del servicio de educación que afecten directamente a las comunidades²¹, decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, como licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras entre otros²². Precisamente, relación con el uso del glifosato, la Corte Constitucional avaló la consulta previa y determinó lo siguiente:

[...] **Segundo.-** En consecuencia **ORDENAR** a la Presidencia de la República, a los Ministerios del Interior y la Justicia, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Consejo Nacional de Estupefacientes y a cada uno de sus integrantes, a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a la Policía Nacional, consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que las entidades mencionadas adelantan en sus territorios, en los aspectos que a cada una de dichas entidades compete, *“con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”*, con plena observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

Tercero.- El procedimiento de consulta deberá iniciarse y culminar en el plazo de tres (3) meses, contados a partir de la notificación de esta decisión. Las entidades antes nombradas deberán someter a consideración de las autoridades de los pueblos indígenas y de las organizaciones que los representan, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de esta providencia, entre otros temas, i) el procedimiento y los términos en que se adelantarán las consultas, ii) el ámbito territorial de las mismas, y iii) la determinación de los medios adecuados para adelantar en el ámbito territorial respectivo la erradicación de los cultivos

18 Corte Constitucional, sentencias C-030 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-175 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SV Nilson Pinilla Pinilla; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Cristina Pardo Schlesinger; SV Humberto Sierra Porto), C-366 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; AV María Victoria Calle Correa; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SPV Humberto Sierra Porto; SPV Luis Ernesto Vargas Silva), C-196 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa; SV Jorge Iván Palacio Palacio; SV Nilson Pinilla Pinilla; SV Luis Ernesto Vargas Silva) y C-317 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa; AV Luis Ernesto Vargas Silva; SV Mauricio González Cuervo; SPV Nilson Pinilla Pinilla; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

¹⁹ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-030 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-175 de 2009

²⁰ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-461 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

²¹ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-208 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil).

²² **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. SU-039 de 1997 (MP Antonio Barrera Carbonell; SV Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa, Fabio Morón Díaz y Jaime Vidal Perdomo).



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 12 de 16

ilícitos ya sea mediante la aspersión aérea o por otro método alternativo, siempre y cuando que uno y otros garanticen en forma efectiva y eficiente los derechos fundamentales que mediante esta providencia se amparan.

Cuarto.- Las autoridades a las que se refiere la presente decisión, deberán, en la adopción de las medidas pertinentes, como resultado de las consultas a los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana, considerar y ponderar la efectiva protección de los derechos fundamentales amparados, así como la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, el interés general de la nación colombiana y las potestades inherentes al Estado colombiano para definir y aplicar de manera soberana y autónoma la política criminal y dentro de ella planes y programas de erradicación de los cultivos ilícitos [...] ²³.

Ahora bien, aunque es un tema propio del licenciamiento ambiental, la Ley 99 de 1993 establece un esquema general de intervención a toda persona natural o jurídica (arts. 69 y 70). Es, sin embargo, en las audiencias públicas ambientales y previo a la adopción de una licencia o permiso ambiental (art. 72), o como mecanismo de seguimiento de la autorización (art. 3° del Decreto 330 de 2007, compilado en el Decreto 1076 de 2015, artículo 2.2.2.4.1.3), donde realmente puede afirmarse que se concreta un derecho de participación cualitativamente importante. Tratándose del uso de una sustancia con el fin de combatir cultivos ilícitos, la consulta previa a las personas potencialmente afectadas, que no tuvieran el carácter de grupos étnicos, podría convertirse en una medida contradictoria que desbordaría lo previsto en la sentencia SU-383 de 2003.

4.4. Sobre el artículo 5°. Obligación de información científica

Dicha norma plantea que, previo al inicio de la aspersión aérea, se ejecuten estudios científicos que evalúen el riesgo de la sustancia para la salud y el ambiente, considerando los estudios científicos nacionales e internacionales y aplicando el principio de precaución cuando se documente probabilidad de afectación a la salud o al medio ambiente.

Teniendo presente que, para el uso de los herbicidas en el país, se debe contar con Registro para uso agrícola expedido por el ICA, los estudios científicos que evalúan el riesgo de la sustancia para la salud y el ambiente son agotados en esta etapa, pues los

²³ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sent. SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis. SV Clara Inés Vargas Hernández y los Magistrados Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 13 de 16

fabricantes han debido suministrar toda la información disponible sobre los riesgos del producto frente a la salud, al ambiente, así como las medidas de precaución para su uso, con base en los estudios internacionales que determinan su grado de toxicidad, las recomendaciones de aplicación, dosis, precauciones y posibles efectos adversos, información que es inherente al proceso de Registro para uso agrícola en el país.

Por otra parte, la aplicación del principio de precaución de manera taxativa como está señalado en el artículo que se examina, no desarrolla de manera acertada ese concepto y limita seriamente el potencial uso de cualquier sustancia, ya que todas las sustancias (herbicidas) diseñadas para el control y destrucción de plantas y malezas, tienen la probabilidad de originar afectaciones a la salud y al ambiente, dependiendo la cantidad y la exposición, más aún en escenarios en los cuales es difícil controlar la variable de exposición.

4.5. Sobre el artículo 7º. Comisión Accidental de seguimiento

En cuanto a esta disposición, se encuentra inconveniente asignar una competencia técnica a la comisión de seguimiento. La información que permite establecer que los riesgos o afectaciones reportadas se relacionan con la actividad, debe ser analizada por las entidades con la capacidad técnica para interpretar los diferentes factores que puedan estar relacionados o no, con las afectaciones atribuibles a la actividad de aspersion aérea.

Al revisar este artículo y confrontarlo con la Ley 9ª de 1979, se observa que esta norma contiene un esquema completo de protección frente a los factores que generan riesgo a la población y, además, señala unas condiciones para evitarlos y mitigarlos en los diferentes espacios en que se desarrolla la sociedad y el individuo. Al respecto, en el Título III, en relación con la exposición a agentes químicos y plaguicidas, se establece:

ARTICULO 130. En la importación, fabricación, almacenamiento, transporte, comercio, manejo o disposición de sustancias peligrosas deberán tomarse todas las medidas y precauciones necesarias para prevenir daños a la salud humana, animal o al ambiente, de acuerdo con la reglamentación del Ministerio de Salud.

ARTICULO 131. El Ministerio de Salud podrá prohibir el uso o establecer restricciones para la importación, fabricación, transporte, almacenamiento, comercio y empleo de una sustancia o producto cuando se considere altamente peligroso por razones de salud pública.

[...]



La salud
es de todos

Minsalud



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 14 de 16

ARTICULO 133. El Ministerio de Salud reglamentará lo relacionado con la clasificación de las sustancias peligrosas, los requisitos sobre información, empaque, envase, embalaje, transporte, rotulado y demás normas requeridas para prevenir los daños que esas sustancias puedan causar.

ARTICULO 134. El Ministerio de Salud determinará las sustancias peligrosas que deben ser objeto de registro.

ARTICULO 135. El Ministerio de Salud deberá efectuar, promover y coordinar las acciones educativas, de investigación y de control que sean necesarias para una adecuada protección de la salud individual y colectiva contra los efectos de sustancias peligrosas.

Como se advierte, la Ley 9 de 1979 es una regulación comprensiva e integral que, si bien ha sido ajustada por ciertas normas, como es el caso bajo estudio, conserva su vigencia, eficacia y exigibilidad. Vale indicar que, por su estructura, comprensión del riesgo y forma de regular y de abordar los problemas de orden sanitario y ambiental, se ha mantenido en el tiempo.

Contempla, los aspectos que ahora se proponen, de una manera general, dúctil y flexible, con base en lo cual se estima que la propuesta, en el ámbito de la salud, no agrega una protección adicional o especial y, por ende, con base en las facultades que ya tiene el Ministerio en la materia, no resulta necesaria.

4.6. Sobre el artículo 9º. Daños a bienes lícitos

Sin perjuicio de las observaciones que estimen pertinente realizar otras autoridades para las cuales este tema resulte sensible, se considera que las medidas reparativas por la vía administrativa en los casos en que se presente algún daño a bienes lícitos, a la salud o al ambiente, previendo que, en el caso en que algún afectado demande ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se deberá demostrar por parte del Estado la no ocurrencia de las afectaciones y en el evento en que esto no se logre, se requerirá asumir la responsabilidad para reparar el daño causado.

Frente a esta disposición, no se establece en la exposición de motivos fundamento legal alguno para radicar la carga de la prueba en cabeza del Estado, responsabilidad que no se estima viable jurídicamente, debido a que en relación con la carga de la prueba, el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que refiere al objeto y los principios de la jurisdicción contencioso administrativa, dispone que “[...] quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 15 de 16

funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código”.

Adicionalmente, la Constitución Política, en su artículo 90, estipula que el Estado responderá únicamente por los daños antijurídicos que le sean imputables bajo los criterios y requisitos que impone la declaración de la responsabilidad extracontractual.

4.7. Sobre el artículo 11. Modificación del Consejo Nacional de Estupefacientes

Respecto de la composición del CNE, incorporando el numeral 12, dando cabida a un representante de las juntas de acción comunal de los territorios afectados, no se estima conveniente hacerlo debido a las funciones que la Ley 30 de 1986 le ha conferido al Consejo, entre las cuales está formular para su adopción por el Gobierno Nacional las políticas, 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. Así mismo, se contemplan medidas para el control del uso ilícito de tales drogas.

De igual manera, el CNE, señala para los distintos organismos oficiales, las campañas y acciones específicas que cada uno de ellos debe adelantar relacionadas con la prevención, producción, tráfico y consumo de sustancias psicotrópicas, y dicta las normas necesarias para el debido cumplimiento de sus funciones y proponer al Gobierno la expedición de las que fueren de competencia de este.

Como se percibe las funciones del CNE están a cargo del Estado y no podrían ser ejercidas por particulares. Es más, no se debe desconocer que la toma de decisiones para la formulación y ejecución de la política de control de cultivos ilícitos, involucra atender medidas que son de seguridad del Estado.

5. CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, el curso del proyecto de ley devendría inconveniente puesto que desconoce, por un lado, el marco de aplicación del principio de precaución y la adopción de medidas ante un riesgo de salud y del ambiente y, por otra parte, las atribuciones que por la Constitución Política están en cabeza de la rama ejecutiva para la construcción, definición y ejecución de políticas y las normas que en la actualidad existen sobre autorización y uso de sustancias químicas.



La salud
es de todos

Minsalud



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202111400086601

Fecha: 20-01-2021

Página 16 de 16

Desde este sector, se considera que la propuesta no agrega una protección adicional o especial y desborda los lineamientos previstos en las sentencias SU-383 de 2003 y T-236 de 2017 de la Corte Constitucional.

En estos términos se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia.

Atentamente,



LUIS ALEXÁNDER MOSCOSO' OSORIO

Viceministro de Salud Pública y Prestación de Servicios



Aprobó:
Viceministerio de Salud Pública y Prestación de Servicios.
Dirección Jurídica.

