

TEMAS DE DERECHO AMBIENTAL: una mirada desde lo público

Gloria Amparo Rodríguez
Iván Andrés Páez Páez
-editores académicos-





UR

Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público

Gloria Amparo Rodríguez

Iván Andrés Páez Páez

-editores académicos-



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2012 Editorial Universidad del Rosario
© 2012 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© 2012 Jorge Agudo González, Jairo Cabrera Pantoja, Zelba Nidia Castro de Pérez, Luis Adolfo Diazgranados Quimbaya, Andrés Gómez Rey, Leonardo Güiza Suárez, Giovanni J. Herrera, Marlybell Ochoa Miranda, Martha Lucia Ovalle Bracho, Gloria Amparo Rodríguez, Mauricio Rueda Gómez

ISBN: 978-958-738-262-4

Primera edición: Bogotá D.C., junio de 2012
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Leonardo Holguín Rincón
Diseño de cubierta: Miguel Ramírez, Kilka DG
Diagramación: María del Pilar Palacio
Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501 • Tel: 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito de la Editorial Universidad del Rosario

Fecha de evaluación: 5 de octubre de 2010 Fecha de aprobación: 11 de abril de 2012

Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público / Gloria Amparo Rodríguez e Iván Andrés Páez Páez, editores académicos.—Universidad del Rosario.—Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.
380 p. (Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-262-4

Derecho ambiental – Legislación - Colombia/ Derecho publico – legislación – Colombia / Política Ambiental – legislación – Colombia / I. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia / II. Rodríguez, Gloria Amparo / III. Páez Páez, Iván Andrés / IV. Título. / V. Serie.

344.046 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

dcl

Marzo 27 de 2012

Hecho el depósito legal que marca el decreto 460 de 1995

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Presentación.....	ix
<i>Gloria Amparo Rodríguez</i>	
La consagración de los derechos ambientales en las constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia	1
<i>Gloria Amparo Rodríguez</i>	
Introducción al principio de precaución	55
<i>Martha Lucía Ovalle Bracho, Zelba Nidia Castro de Pérez</i>	
El ambiente y los servidores públicos. Una aproximación desde la responsabilidad y la gestión pública	89
<i>Luis Adolfo Diazgranados Quimbaya</i>	
Contratación pública e integración de la variable ambiental.....	111
<i>Jorge Agudo González</i>	
Ley 1333 de 2009. Muchos problemas, pocas soluciones.....	153
<i>Mauricio Rueda Gómez</i>	
Aproximaciones a la problemática de la responsabilidad por daño ambiental en el contexto internacional	179
<i>Jairo Cabrera Pantoja</i>	
El daño a los bosques naturales. Régimen de responsabilidad y derechos humanos.....	199
<i>Leonardo Güiza Suárez</i>	

La concesión de aguas superficiales. Una mirada desde la tradición dogmática del derecho público	239
<i>Andrés Gómez Rey</i>	
El espacio público como uno de los componentes del medio ambiente urbano. Análisis de su protección judicial vía acciones populares	279
<i>Giovanni J. Herrera Carrascal</i>	
La gestión integral de residuos hospitalarios y similares en Colombia. Introducción al análisis desde la perspectiva del derecho administrativo ...	323
<i>Marlybell Ochoa Miranda</i>	

Presentación

El cambio ambiental, entendido como el paso de una sociedad esencialmente depredadora, como es la sociedad en que vivimos, a una sociedad que se estructura en torno a la idea del desarrollo sostenible, es para mí un cambio posible, es decir, realizable

Raúl Brañes*

En los últimos tiempos el derecho ambiental ha ganado un puesto importante en el ámbito jurídico, hecho que refleja la preocupación que hoy se tiene por la relación del hombre con su entorno.

Desde hace quince años, la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, por intermedio de su Facultad de Jurisprudencia y concretamente de la Especialización y la línea de investigación en Derecho Ambiental, ha propuesto, a través de diversos proyectos, avanzar en el conocimiento y análisis del ordenamiento jurídico ambiental, aportando así al desarrollo, estructura y consolidación de esta rama jurídica.

Bajo estos parámetros, el objetivo de esta publicación es hacer algunas reflexiones en torno a distintos temas que dentro del derecho público impactan o influyen al derecho ambiental y responder a los enormes desafíos que se presentan en la materia. Por tanto, el programa quiere contribuir desde la academia al diálogo crítico y propositivo que permita dar solución a los problemas encontrados en la aplicación del derecho ambiental.

En el primer capítulo, Gloria Amparo Rodríguez describe los ordenamientos jurídicos constitucionales de Colombia, Ecuador y Bolivia a fin de

* Palabras de Raúl Brañes en la presentación de su libro *Manual de derecho ambiental mexicano* en noviembre de 1994 en Ciudad de México.

analizar la forma en que cada uno de ellos consagra el derecho a un ambiente sano. A continuación, Martha Ovalle y Zelba Nidia Castro de Pérez realizan un estudio de los principios de precaución y prevención, exponiendo su alcance, su fundamento desde el derecho internacional y cómo vienen siendo entendidos por nuestro ordenamiento jurídico, tanto jurisprudencial como legal. Luis Adolfo Díazgranados se ocupa de la responsabilidad de los funcionarios públicos en materia ambiental, para lo cual realiza un análisis de los deberes consagrados en la normatividad vigente.

Continuando con esta temática, el profesor Jorge Agudo González, de la Universidad Autónoma de Madrid, explora la incidencia del ambiente y los recursos naturales en los procesos contractuales, a fin de mostrar cómo estas materias se han constituido en variable fundamental en el devenir de la formación, celebración y ejecución de los contratos, sean estos de índole pública o particular. Mauricio Rueda Gómez analiza, desde un punto de vista crítico, los aspectos importantes del proceso sancionatorio ambiental, evidenciando las falencias y vacíos de la Ley 1333 de 2009.

Jairo Cabrera plantea algunas reflexiones sobre la responsabilidad, valiéndose de la doctrina internacional, sobre la problemática de la reparación por daño ambiental. Por su parte, Leonardo Güiza Suárez explica el régimen general de la responsabilidad ambiental en el ordenamiento jurídico a partir del daño de los bosques naturales y su incidencia sobre los derechos humanos. Andrés Gómez Rey, desde la teoría del acto administrativo, desarrolla el análisis crítico del régimen jurídico de las aguas superficiales en el derecho ambiental.

Giovanni J. Herrera Carrascal realiza una disertación sobre los recursos naturales y el ambiente como elementos del espacio público que a su vez se constituye en un componente del medio ambiente urbano a partir de la jurisprudencia y de las competencias respectivas. Por último, Marlybell Ochoa Miranda trata el tema de los residuos hospitalarios en Colombia, exponiendo su régimen jurídico, las competencias de las autoridades ambientales, los deberes que en estos asuntos tienen los ciudadanos, proponiendo lineamientos para avanzar en la consolidación de la gestión integral de residuos hospitalarios y similares.

Agradecemos la contribución de todos los autores a esta obra que esperamos se constituya en un referente de consulta obligatoria y un aporte indispensable para la reflexión de la rama del derecho que nos ocupa, por parte

de la Especialización y la línea de investigación en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Desde la academia, y por medio de la investigación, pretendemos lograr el fortalecimiento de capacidades y conocimientos que permitan impulsar el desarrollo sostenible en Colombia. Como lo planteaba Brañes en el epígrafe de esta presentación, el cambio es posible y puede ser realizable, para lograr con ello el mejoramiento de la calidad ambiental y de las condiciones de vida de la población colombiana.

Gloria Amparo Rodríguez

Directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental

Universidad del Rosario

La consagración de los derechos ambientales en las constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia

Gloria Amparo Rodríguez*

El derecho ambiental coadyuvará a mitigar la crisis global del ambiente sólo en cuanto contribuya a hacer históricamente posible la superación de la pobreza absoluta, de la inequidad entre pueblos e individuos y de la violencia contra la naturaleza y los seres humanos.

José M. Borrero Navia¹

Introducción

La protección del ambiente es un tema relativamente reciente y de gran interés (en especial después de los años sesenta), que obedece al hecho de que la sociedad y los Gobiernos cada vez son más conscientes de los problemas ambientales y de la necesidad de establecer mecanismos para darles solución. Los avances tecnológicos y la utilización de recursos naturales, como los combustibles fósiles, han producido situaciones que ponen en riesgo la salud de las personas y el entorno, que requieren el establecimiento de acciones que permitan no solo conocer las causas y las consecuencias de estas problemáti-

* Directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
Correo electrónico: gloria.rodriguez@urosario.edu.co

¹ José María Borrero Navia. *Los derechos ambientales. Una visión desde el sur*. Argentina: FIPMA-CELA, 1994, p. 9.

cas, sino también la manera de prevenirlas y solucionarlas, con un papel muy importante de los aspectos jurídicos.

Según el profesor Luis Fernando Macías,² el derecho ambiental hace referencia a varios aspectos: la protección de la naturaleza, o recursos naturales renovables; la contaminación; el ordenamiento territorial; la protección de las identidades culturales de las etnias; el sistema institucional de la administración y control, entre otros aspectos, que van desde lo nacional hasta lo internacional. Es un derecho que debe ser multidisciplinario, participativo, abierto, en constante movimiento y, sobre todo, de ruptura frente a las teorías jurídicas tradicionales.

El derecho ambiental busca regular las relaciones entre la sociedad y la naturaleza, el entorno o ambiente; su misión es incitar el uso racional de los recursos naturales y promover, a través de un aparato administrativo eficaz y de una normatividad idónea, la compatibilidad entre el desarrollo y la protección del ambiente. La calidad de vida de la población actual y de las futuras generaciones depende del logro de ese objetivo.³

Esta nueva disciplina jurídica implica nuevos retos que parten de entender que cualquier regulación en la materia requiere de un trabajo interdisciplinario previo, porque no es posible hacer normas ambientales sin tener en cuenta otros conocimientos, especialmente aquellos que provienen de las ciencias naturales. Este tipo de regulación debe tener un carácter preventivo y restaurativo, con el fin de evitar posibles daños o de minimizar, compensar, corregir o mitigar los impactos de las actividades desarrolladas por el hombre, especialmente aquellas que demanda el modelo de desarrollo globalizado que hoy impera en el planeta.

El ordenamiento jurídico ambiental tiene que ver con múltiples intereses, y se caracteriza por una tensión constante entre los programas o proyectos de desarrollo económico y la normatividad ambiental. También se presentan confrontaciones entre derechos (al desarrollo, a la libre empresa, entre otros). Este conflicto debe ser analizado con el fin de buscar la implementación de mecanismos de conciliación que permitan entender, entre otras cosas, que en Colombia contamos con un importante patrimonio natural y cultural que debe

² Luis Fernando Macías Gómez. *Introducción al derecho ambiental*. Bogotá: Legis, 1998, p. 22.

³ Oscar Darío Amaya Navas. *La Constitución ecológica de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 22.

ser protegido para beneficio tanto de las generaciones presentes como de las próximas. Se debe avanzar entonces hacia el logro del equilibrio entre lo que significa el desarrollo económico y la protección del ambiente.⁴

Para ello, es necesario tener presente que le corresponde al Estado la dirección general de la economía, la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, así como su conservación, restauración o sustitución. La normatividad ambiental desempeña un papel fundamental en este aspecto; por tanto, lograr que mejoren la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo supone establecer un marco jurídico adecuado que posibilite el derecho de todos a gozar de un medio ambiente sano.⁵

Aunque son varios los países que han reconocido el derecho a un ambiente sano en sus marcos jurídicos,⁶ este texto sólo presenta los casos de Colombia, Ecuador y Bolivia. La Constitución Política de Colombia de 1991 ha sido importante; no obstante, ha sido superada por las cartas políticas de Ecuador y Bolivia en consagración de derechos, especialmente porque estas han consagrado el derecho a la naturaleza como fundamental para la vida. Por otro lado, se debe resaltar que los aportes normativos y jurisprudenciales más importantes se encuentran principalmente en Colombia, pues desde la expedición de la Carta han pasado veinte años, mientras que en los otros dos países aún falta el desarrollo jurisprudencial –por ser constituciones muy recientes– que permita establecer y fortalecer la implementación y cumplimiento de dichas constituciones políticas.

Este capítulo expone la situación referida a la consagración de los derechos ambientales en estos 3 países. Es preciso aclarar que no pretende ser un trabajo de derecho comparado con las técnicas establecidas para este tipo de

⁴ En este sentido, se ha instituido el principio del desarrollo sostenible, entendido como aquel que conduce al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades. Para alcanzar el desarrollo sostenible para todas las personas, los Estados deben reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas (Declaración de Río de Janeiro de 1992 y Ley 99 de 1993).

⁵ Colombia, Constitución Política de Colombia, art. 334.

⁶ Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Venezuela, México, Salvador, Nicaragua, Honduras, Costa Rica, Portugal, España, Francia, Bulgaria, Polonia, Yugoslavia han reconocido este derecho. Estados Unidos y Canadá no tienen consagrado este derecho en el marco constitucional.

análisis. La primera parte presenta los antecedentes del derecho ambiental en el orden internacional; la segunda menciona los avances en la consagración del derecho a gozar de un medio ambiente sano en las constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia, evidenciando los principales logros que en este orden se han alcanzado especialmente en los dos últimos países mencionados; la tercera se refiere a los avances normativos y jurisprudenciales de Colombia en cuanto a los principios normativos generales en materia ambiental; por último, se presenta una reflexión sobre los retos que enfrenta el derecho ambiental tanto hoy como en el futuro.

1. Principales antecedentes

Instrumentos jurídicos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de los Derechos Sociales y Culturales (1961) hacen parte de los antecedentes de la consagración constitucional de los derechos ambientales.⁷ En la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano de 1972, en la que se expidió la Declaración de Estocolmo, se manifiesta la preocupación por la problemática ambiental, introduciéndose entonces en la agenda política internacional la dimensión ambiental como herramienta que permite condicionar y limitar el modelo tradicional de crecimiento económico y del uso de los recursos naturales.⁸ Esta declaración establece que el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar. Adicionalmente, sostiene que todos tenemos la solemne obligación de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras.

Sumado a lo anterior, la Declaración de Estocolmo señaló que debe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad

⁷ Entre otros hechos que deben resaltarse como antecedentes están: 1. La publicación titulada *La primavera silenciosa* (1962), escrita la bióloga y ecóloga Rachel Carson, sobre la conexión del cáncer y los pesticidas. A este trabajo se le atribuye el nacimiento del movimiento ecologista. 2. El texto *La tragedia de los comunes*, de Harding Garret, sobre el tema de los bienes público o los recursos naturales. 3. El informe de el Club de Roma, conformado por académicos, científicos y políticos, “Los límites del crecimiento” (1972), en el cual muestra sus preocupaciones por la situación ambiental del planeta y plantea que “el mundo se constituye en un sistema finito que no puede ilimitadamente responder a la demanda que sobre él ejerce el crecimiento indefinido de la población”. Ramón Martín Mateo. *Tratado de derecho ambiental*. Vol. I. Madrid: Editorial Trivium S.A., 1991.

⁸ Véase: <http://www.oarsoaldea.net/agenda21/es/node/6>.

de la tierra para producir recursos vitales renovables; para ello, se considera que las políticas ambientales de todos los Estados deben estar encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en desarrollo y no debe coartarlo ni obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida para todos.

Desde la conferencia mundial de 1972 hasta hoy se han producido muchos cambios, y a partir de tal evento comienzan a consagrarse normas que hacen referencia especial a los temas ambientales (en nuestro país, la Ley 23 de 1973).

En 1982, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la declaración internacional de principios conocida como la Carta Mundial de la Naturaleza,⁹ según la cual en los procesos de adopción de decisiones se debe reconocer que no es posible satisfacer las necesidades de todos a menos que se asegure el funcionamiento adecuado de los sistemas naturales.

En el ámbito americano, se redactó el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, que en el art. 11, sobre el Derecho a un Medio Ambiente Sano, señala que: “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

En el orden mundial, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, o Cumbre de la Tierra, realizada en Río de Janeiro en 1992, también influyó de forma positiva en el desarrollo tanto de la institucionalidad como de la normatividad ambiental en Colombia, expidiéndose normas como la Ley 99 de 1993, mediante la cual se crea el Ministerio de Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), y se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA) para asegurar la adopción y ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos respectivos en orden a garantizar el cumplimiento de los deberes y derechos del Estado y de los particulares en relación con el ambiente y con el patrimonio natural de la nación.

La Cumbre de la Tierra se ha constituido en un hito histórico en materia ambiental por sus resultados significativos, que incluyen dos instrumentos internacionales (Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Convención

⁹ Adoptada por Naciones Unidas mediante Resolución 37/3 de la Asamblea General del 28 de octubre de 1982. Doc. A/37/51.

Marco sobre el Cambio Climático), el Programa Agenda 21 y las Declaraciones de Río y de Bosques.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, que contiene los principios generales, señala específicamente que los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus políticas ambientales y de desarrollo. Además, tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas en su jurisdicción o bajo su control no causen daños al ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Consagra que el derecho al desarrollo debe ejercerse de tal forma que responda equitativamente a las necesidades ambientales y de desarrollo de las generaciones presentes y futuras.

En el ámbito mundial, y particularmente en Colombia, las dos conferencias (Estocolmo y Río de Janeiro)¹⁰ representan el comienzo de un proceso normativo en asuntos ambientales. Hoy se cuenta con un marco jurídico mediante el cual se busca la protección, el manejo, el uso adecuado y la recuperación del ambiente y de los recursos naturales, como los convenios internacionales suscritos y ratificados, además de una amplia legislación interna que consideramos debe ser accesible a todas las personas para que su contenido sea conocido y pueda dársele una aplicación real y efectiva.

El derecho internacional, y en especial los tratados, han sido fuente principal del derecho ambiental el cual ha obtenido un espacio en el ordenamiento jurídico que le ha permitido posicionarse como una nueva rama importante del derecho y que hoy lo convierte en objeto de estudio indispensable, de cara a los retos que sobre protección de los recursos naturales afronta el mundo globalizado.

Hoy se considera que el “derecho al ambiente sano es un derecho humano, fruto de reivindicaciones sociales surgidas ante la grave crisis ambiental. Como derecho humano debe ser protegido y garantizado por los medios idóneos y en condiciones iguales a los demás derechos humanos, en orden a garantizar el respeto de la dignidad humana”.¹¹

¹⁰ Es importante señalar que también está la Declaración de Johannesburgo de 2002.

¹¹ Luis Fernando Sánchez Supelano. *El derecho al ambiente sano. Esquemas de reconocimiento constitucional y mecanismos judiciales de protección del derecho comparado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2012, p. 68. (Documento inédito).

2. La tutela constitucional

Se debe insistir sobre la importancia de la adopción efectiva de instrumentos jurídicos apropiados en el plano internacional y nacional, con vistas a una protección eficaz del medio natural y del ambiente. El derecho ambiental no es un simple apéndice de políticas ambientales, es el medio privilegiado para toda política a favor del medio

Ramón Martín Mateo¹²

Existe consenso mundial sobre la necesidad de regular jurídicamente la protección del ambiente y de los recursos naturales. Durante los últimos años se pueden evidenciar cambios significativos en esta materia, tanto en el orden constitucional como en el establecimiento de instrumentos legales de protección ambiental. Es pertinente destacar que en el ámbito latinoamericano las constituciones políticas han avanzado en cuanto a la protección ambiental y el derecho a gozar de un ambiente sano, especialmente con en las cartas políticas colombiana, ecuatoriana y boliviana.

2.1. Constitución Política de Colombia (1991)¹³

La Constitución colombiana de 1991 consagra por primera vez¹⁴ el ambiente como un derecho y su protección como una función tanto del Estado como de los particulares. La Carta establece derechos y deberes mediante los cuales pretende proteger el ambiente y garantizar calidad de vida adecuada a los ciudadanos.¹⁵ El Constituyente de 1991 se preocupó de manera especial por

¹² Ramón Martín Mateo. *Tratado de derecho ambiental...*, op. cit., p. 21.

¹³ La Constitución Política de Colombia ha sido considerada como una “Constitución ecológica”, atribuyéndole la Corte Constitucional una triple dimensión: “De un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la Constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares”. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ La Constitución Política de 1886 no consagraba disposiciones ambientales.

¹⁵ Para ampliar este tema, véase: Gloria Amparo Rodríguez. “El derecho a gozar de un medio ambiente sano. ¿Utopía o realidad?” En: *Controversias constitucionales*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

consagrar normas específicas respecto de la conservación y el disfrute de un ambiente sano; de la promoción y preservación de calidad de vida, de la protección de los bienes y riquezas ecológicas y naturales necesarias para el desarrollo sostenible y la promoción del bienestar general. Por ello, la Carta Política reconoce el ambiente como derecho constitucional de carácter colectivo, sobre el cual recae de manera inmediata el interés general.¹⁶

El enfoque constitucional del ambiente que maneja la Carta Constitucional es holístico; por su origen interdisciplinario, ha de ser interpretado en coherencia con las ciencias naturales y las ciencias sociales.¹⁷ Como un aporte fundamental de la nueva Carta Política, el art. 79 consagró que todas las personas tienen el derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantiza la participación de la comunidad en las decisiones que pueden afectar este derecho.¹⁸

La Corte Constitucional¹⁹ ha destacado en su jurisprudencia que el derecho al medio ambiente como derecho humano, y de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²⁰ se compone de tres tipos de obligaciones: “respetar”, “proteger” y “cumplir”.

- a) La *obligación de respetar* implica el deber por parte del Estado de abstenerse de interferir, obstaculizar o impedir el ejercicio de cualquier derecho, es decir que este ente “no adopte medidas que impidan el acceso a los derechos o menoscaben el disfrute de los mismos”.
- b) La *obligación de respeto*, en lo que respecta al derecho al ambiente, se configura como un deber de abstención por parte del Estado, con el objetivo de que se abstenga de interferir directa o indirectamente de

¹⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-423 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁷ Oscar Darío Amaya Navas. *La Constitución Ecológica de Colombia...*, op. cit., p. 146.

¹⁸ El derecho a gozar de un ambiente sano está consagrado en la Constitución Política como un derecho colectivo, una clase especial de derechos que buscan hacer efectivas garantías para la totalidad del género humano, por lo cual también son llamados “derechos solidarios” y cuya formulación acontece principalmente en los últimos treinta años por la vía del Derecho Internacional con la puesta en vigencia de diversos tratados públicos. Su titular ya no es la persona individual ni grupos de personas, sino el yo colectivo, el género humano, incluso se habla de los “derechos de las generaciones futuras” Manuel Fernando Quinche Ramírez. *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

¹⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-851 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: observación general 12, observación general 14, entre otras.

manera negativa en el disfrute del derecho a disponer de un ambiente sano. Lo que significa que los Estados no podrán realizar acciones que conlleven “daños irreversibles a la naturaleza” o el sometimiento de personas a situaciones ambientales de insalubridad.

- c) La obligación de *proteger* implica el deber de “adoptar las medidas que sean necesarias y que, de acuerdo a las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de esos derechos e impedir la interferencia de terceros”; es decir, esta obligación se concreta en un deber del Estado de regular el comportamiento de terceros, ya sean individuos, grupos, empresas u otras entidades, con el objetivo de impedir que interfieran o menoscaben el disfrute del derecho. Esta obligación implica el deber de los Estados de generar un sistema normativo que obligue a los particulares a no dañar el ambiente, así como de instituir políticas que permitan el control del cumplimiento de tales disposiciones.
- d) La *obligación de cumplir* está encaminada a que el Estado realice acciones positivas con el fin de facilitar, proporcionar y promover la plena efectividad del derecho por medio de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales que posibiliten a los individuos y comunidades el disfrute del derecho al ambiente e impone al Estado la obligación de adoptar medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y a las comunidades a ejercer este derecho. Además, el Estado debe adoptar medidas para que se difunda información adecuada sobre la conservación del ambiente, su protección y los métodos para reducir la contaminación ambiental.²¹

Además del derecho a un ambiente sano, la Carta Política consagra que el deber de proteger las riquezas culturales y naturales de la nación,²² la diversidad e integridad del ambiente y la conservación de las áreas de especial importancia ecológica está en cabeza tanto del Estado como de los particu-

²¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-851 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²² Colombia, Constitución Política de Colombia, art. 8.º Sobre el particular, véase en especial las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-216 de 1996; T-469 de 1993; C-137 de 1996; C-495 de 1996; C-221 de 1997; C-1042 de 2003; C-115 de 2005.

lares. Para el logro de esta tarea se cuenta con procesos de planificación, con políticas públicas y con mecanismos de participación en materia ambiental.²³

2.1.1. La función social y ecológica de la propiedad

En relación con la propiedad, en la Carta Política se hace referencia a que esta es una función social que implica obligaciones y a la que le es inherente una función ecológica (art. 58). El Constituyente de 1991 fue más allá de la función social de la propiedad, al consagrar en la Carta Política la función ecológica de la propiedad, lo que demuestra su preocupación por los temas ambientales y su intención de reconocer que el derecho de propiedad no es absoluto, además, que no se puede abusar de su explotación en contra de los principios que tienen que ver con la protección del ambiente y de los recursos naturales.²⁴

Por otro lado, el art. 333 constitucional señala los límites que debe tener la propiedad privada, al establecer que “(...) la ley debe delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”. Las limitaciones de orden ambiental a la libertad económica deben tener presentes los conceptos de función ecológica de la propiedad y de desarrollo sostenible.²⁵

El desarrollo legislativo sobre la función ecológica de la propiedad incluye la viabilidad de la expropiación de bienes necesarios para la ejecución de obras públicas ambientales. La Ley 99 de 1993 declaró de utilidad pública e interés social la adquisición por negociación directa o por expropiación de bienes de propiedad privada, o la imposición de servidumbres, que sean necesarias para ejecutar obras públicas destinadas a la protección y manejo del ambiente y los recursos naturales renovables. Entonces, se pueden imponer obligaciones a la propiedad en desarrollo de la función ecológica de la propiedad.

Por su parte, la Ley 388 de 1997 sobre ordenamiento territorial hace mención especial a la función ecológica de la propiedad, y establece que el ordenamiento del suelo se fundamenta en los principios de la función social y

²³ Véase la Sentencia de la Corte Constitucional C-423 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁴ Gloria Amparo Rodríguez. “La función ecológica de la propiedad en la ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas”. En: *Propiedad, conflicto y medio ambiente*. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, p. 112.

²⁵ Oscar Darío Amaya Navas. *La Constitución ecológica de Colombia...*, op. cit., p. 202.

ecológica de la propiedad, la prevalencia del interés general sobre el particular y la distribución equitativa de las cargas y beneficios.

La Ley 793 de 2002, modificada por la Ley 1453 de 2011 (Ley de Seguridad Ciudadana), hace referencia a la posibilidad de extinguir el dominio por el incumplimiento de la función ecológica de la propiedad, cuando la explotación se adelante con violación de las normas sobre conservación, mejoramiento y utilización racional de recursos naturales renovables y el ambiente.

Asimismo, se ha reglamentado el cumplimiento de la función ecológica de la propiedad en las reservas de la sociedad civil (Decreto 1996 de 1999), en los casos de titulación de territorios colectivos de comunidades afrodescendientes (Ley 70 de 1993 y Decreto 1745 de 1995) y en el caso de ampliación, restructuración y saneamiento de resguardos indígenas (Decreto 2164 de 1995).²⁶

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que:

Por lo que respecta a la función ecológica de la propiedad, puede afirmarse que su consagración constitucional constituye una novedosa respuesta del Constituyente a la problemática planteada por la explotación y uso indiscriminado de los bienes y derechos particulares en contra de la preservación del medio ambiente sano, considerado como un derecho y un bien de la colectividad en cuya protección debe estar comprometida la sociedad entera (C.P., art. 79). Es decir, que con la introducción de la nueva función ecológica se ha incorporado una concepción del ambiente como límite a su ejercicio, propiciando de esta manera una suerte de “ecologización” de la propiedad privada, “porque así como es dable la utilización de la propiedad en beneficio propio, no es razón o fundamento para que el dueño cause perjuicios a la comunidad como por ejemplo con la tala indiscriminada de bosques, la contaminación ambiental, que van en detrimento de otros derechos de los asociados como lo son el de gozar de un medio ambiente sano, que en últimas, se traducen en la protección a su propia vida”.²⁷

²⁶ Beatriz Londoño Toro, Gloria Amparo Rodríguez, Klaus Schutze Páez, Adriana Lagos, Ruth Gutiérrez. *Función ecológica de la propiedad en resguardos indígenas de Colombia*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, pp. 22 y ss.

²⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1172 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas.

En este marco, la función ecológica de la propiedad pretende generar las condiciones necesarias para poder garantizar que todas las personas disfruten efectivamente de un ambiente sano, así como la protección de la diversidad e integridad del ambiente y la conservación de las áreas de especial importancia ecológica. De esta forma se busca evitar prácticas degradantes del ambiente, a través del cumplimiento de las normas ambientales, garantizando así su disfrute por parte de las generaciones presentes y futuras, en virtud del principio del derecho internacional ambiental conocido como la solidaridad intergeneracional en materia ambiental.²⁸

Por otro lado, es importante indicar que la Constitución Política de Colombia señala que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63).

En relación con el saneamiento ambiental, la Carta Política colombiana hace referencia a los servicios públicos a cargo del Estado (art. 49), integrando el conjunto de acciones técnicas y socioeconómicas de salud pública que tienen por objetivo alcanzar niveles óptimos de crecimiento de salubridad ambiental. Para ello se incluyen labores relacionadas con el agua potable y residual, las excretas, los residuos sólidos y el comportamiento higiénico.

Oscar Darío Amaya plantea que

corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados por la ley.²⁹

²⁸ Giovanni Herrera Carrascal. "La función ecológica de la propiedad y de la empresa". En: Beatriz Londoño Toro, Gloria Amparo Rodríguez, Giovanni Herrera Carrascal. *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

²⁹ Oscar Darío Amaya Navas. *La Constitución ecológica de Colombia...*, op. cit., p. 150.

2.1.2. La planificación de los recursos naturales

Uno de los aportes de mayor importancia de la Carta del 91 fue establecer, en su art. 80, que es deber del Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.³⁰ En este marco, en el Plan Nacional de Desarrollo que trata la Constitución (art. 339) se plantea la necesidad de planificar la acción del Estado en lo que hace referencia al ambiente y al manejo de los recursos naturales a fin de garantizar el desarrollo sostenible. Asimismo, entre los principios generales ambientales contenidos en la Ley 99 de 1993, se establece que el proceso de desarrollo económico y social del país se orienta según los principios universales y de desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río.

De igual forma, le corresponde al Estado colombiano prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer, a través de la autoridad ambiental, sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (art. 80, inc. 2). En Colombia también está prohibida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas,³¹ biológicas y nucleares,³² así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos (art. 81 C.N.). Adicionalmente, según nuestra Carta Magna, corresponde al Estado regular el ingreso y la salida del país de los recursos genéticos³³ y su utilización de acuerdo con el interés nacional (art. 81, inc. 2).

³⁰ La Corte Constitucional ha señalado que “la planificación ambiental debe responder a los dictados de una política nacional, la cual se adoptará con la participación activa de la comunidad y del ciudadano, y la misma debe ser coordinada y articulada entre la Nación y las entidades territoriales correspondientes. El derecho a gozar de un ambiente sano les asiste a todas las personas, de modo que su preservación, al repercutir dentro de todo el ámbito nacional –e incluso el internacional–, va más allá de cualquier limitación territorial de orden municipal o departamental. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-495 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.

³¹ Véase la Ley 525 de 1999, “por medio de la cual se aprueba la ‘Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción” y la Sentencia de la Corte Constitucional C-328 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³² Véase Ley 559 del 2 de febrero de 2000, “por medio de la cual se aprueba la Convención sobre prerrogativas e inmunidades del organismo para la proscripción de las armas nucleares en la América Latina (OPANAL)” y la sentencia de la Corte Constitucional C-1333 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Véase también la Ley 660 del 30 de julio de 2001, “por medio de la cual se aprueba el Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares” y la sentencia de la Corte Constitucional C-287 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³³ Los principios, definiciones y lineamientos de procedimientos y reglamentación para el acceso a

2.1.3. Mecanismos de protección ambiental

Es relevante señalar que para la protección de los derechos colectivos el Constituyente estableció las acciones populares que se constituyen en un instrumento para defender los intereses de la comunidad, especialmente para la protección de los derechos de tipo colectivo. Según el profesor Juan Carlos Esguerra Portocarrero, el Constituyente de 1991 logró plasmar en la Carta un esquema normativo inspirado en un notable espíritu de avanzada y muy a tono con las necesidades de los tiempos que corren. Hoy, la realidad muestra que en Colombia comienza a perfilarse una clara conciencia colectiva sobre la existencia de instrumentos jurídicos que le permiten a cualquier persona demandar la protección de unos derechos que son de todos y en los que todos tenemos interés.³⁴

Consideramos que el derecho al ambiente sano es uno fundamental, afín con el derecho a la vida y la salud, que ha sido de primer orden como uno humano. Si se tiene en cuenta que según la teoría constitucional los derechos fundamentales son un intento de positivación de los derechos humanos, que el art. 93 de la Constitución señala que sus disposiciones deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y que el art. 94 permite el reconocimiento de nuevos derechos inherentes a la naturaleza humana como derechos fundamentales, existen argumentos para abogar por la naturaleza fundamental del derecho a un ambiente sano.³⁵ No obstante,

La Carta de 1991 consagra al goce de un ambiente sano, no como un derecho constitucional fundamental, sino como un derecho y un interés constitucional de carácter colectivo. Se señala de modo indubitable que este derecho constitucional colectivo puede vincularse con la violación de otro derecho constitucional de rango o naturaleza fundamental, como la salud, la vida o la integridad física entre otros, para obtener por vía de tutela el amparo de uno y otro derecho de origen constitucional, pues en estos casos prevalece la protección del

recursos genéticos en Colombia se encuentran contenidos en el Convenio de Diversidad Biológica (Ley 165 de 1994) y la Decisión 391 de 1996 de la Comisión Andina de Naciones.

³⁴ Juan Carlos Esguerra Portocarrero. *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2004, pp. 210-213.

³⁵ Gloria Amparo Rodríguez. "El derecho a gozar de un medio ambiente sano. ¿Utopía o realidad?"..., op. cit., p. 468.

ambiente constitucional fundamental y es deber del juez remover todos los obstáculos, ofensas y amenazas que atenten contra éste.³⁶

En este contexto, dado el riesgo que enfrenta el medio ambiente y los factores perturbadores que pueden ocasionar daños irreparables e incidir negativamente en la existencia de la humanidad, la Corte ha sostenido el carácter de *derecho fundamental por conexidad*, al resultar ligado con los derechos individuales a la vida y a la salud de las personas.³⁷ La Corte Constitucional señala que:

No obstante que la acción de tutela ha sido consagrada para proteger los derechos constitucionales fundamentales de carácter individual, es procedente intentar esta, cuando se trata de la presunta vulneración o amenaza de un derecho relativo al ambiente sano, pues en estos casos, en presencia de la conexidad de los derechos colectivos y fundamentales vulnerados, prevalece la acción de tutela sobre las acciones populares, convirtiéndose así en el instrumento judicial adecuado para el amparo oportuno de los derechos amenazados. Este derecho se concibe como un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo cual garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social. En este sentido, el ambiente sano es un derecho fundamental para la supervivencia de la especie humana; sin embargo, la vulneración del mismo conlleva en determinados casos, al quebrantamiento de derechos constitucionales fundamentales como la vida o la salud. Por consiguiente, como lo dispuso el constituyente de 1991, el Estado debe garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano y adoptar las medidas encaminadas a obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general, a fin de evitar que se causen daños irreparables a la persona,

³⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-528 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

³⁷ Véanse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-092 de 1993; C-432 de 2000; C-671 de 2001; C-293 de 2002; C-339 de 2002; T-760 de 2007 y C-486 de 2009.

ya que en tales circunstancias, dicho derecho es susceptible de ser protegido, a través del ejercicio de la acción de tutela.³⁸

Para la Corte Constitucional el derecho a gozar de un ambiente sano es un derecho fundamental:

El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental.³⁹

2.1.4. Sobre los pueblos indígenas

Colombia es un Estado social de derecho democrático, participativo y pluralista que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación. Los territorios indígenas colombianos son gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, donde se debe velar por la preservación de los recursos naturales, cuya explotación debe efectuarse 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 debe propiciar la participación de los representantes de sus comunidades.⁴⁰

2.1.5. El derecho fundamental al agua

En Colombia el derecho humano al agua no fue consagrado en el texto constitucional; no obstante, las cortes de cierre han desarrollado el tema hasta el

³⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-442 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

³⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-671 de 2001 y T-055 de 2011.

⁴⁰ Colombia, Constitución Política de Colombia, arts. 7, 8 y 300. sobre el particular, véase las siguientes sentencias: C-418 de 2002; T-605 de 1992; C-530 de 1994; T-342 de 1994; C-139 y C-262 de 1996; T-523 de 1997; SU 039 de 1997; SU-525-98; T-154 de 2009; T-381 de 2009; T-769 de 2009; T-129 de 2010; T-547 de 2010; T-1045 A de 2010.

punto de reconocerlo como un derecho fundamental cuando se trate de agua para consumo humano, como el servicio público domiciliario de acueducto.⁴¹ En este sentido, el derecho al agua ha sido protegido por medio de acción de tutela. En la Sentencia T-381 de 2009,⁴² la Corte fijó las condiciones para su imposición, así:

(i) el derecho al agua sólo tiene el carácter de fundamental cuando está destinada al consumo humano, pues únicamente entonces está en conexión con el derecho a la vida en condiciones dignas y a la salud; (ii) por lo anterior, la acción de tutela resulta procedente para hacer efectivo el derecho fundamental al agua potable, solamente cuando ella es necesaria para preservar la vida, la salud o la salubridad de las personas, pero no cuando está destinada a otras actividades, tales como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados; (iii) cuando el agua es necesaria para preservar a la vida, la salud o la salubridad de las personas, el derecho fundamental que recae sobre ella puede ser protegido a través de la acción de tutela, que resulta procedente tanto contra la autoridad pública como contra el particular o particulares que estén afectando arbitrariamente el derecho; (iv) el derecho al consumo humano de agua potable puede ser protegido por vía de tutela, que desplaza la acción popular, cuando existe afectación particular del derecho fundamental en cabeza de una, varias o múltiples personas, o cuando existe la amenaza de consumación de un perjuicio irremediable en la órbita de este derecho fundamental; (v) de conformidad con los criterios interpretativos sentados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el contenido del derecho fundamental al agua implica la disponibilidad continua y suficiente de agua para los usos personales y domésticos, la calidad salubre del agua, y la accesibilidad física, económica e igualitaria a ella.⁴³

⁴¹ Para profundizar sobre los diferentes pronunciamientos en relación con este tema, véase las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-410 de 2003; T-1104 de 2005; T-270 de 2007; T-022 de 2008; T-888 de 2008; T-546 de 2009.

⁴² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

⁴³ Sin embargo, el desarrollo del derecho fundamental al agua es puramente antropocéntrico y posee algunas falencias como: a. Se presenta únicamente en sede del servicio público domiciliario de acueducto, ya que requiere de un prestador que sea obligado a reconocer el derecho. En casos de población que no

2.2. Constitución ecuatoriana (2008)

*Concebir la Naturaleza como sujeto de derechos
rompe los paradigmas tradicionales contruidos
desde las visiones occidentales.
Tradicionalmente ha sido concebir un derecho
como atributo exclusivo de las personas,
sobre todo de los individuos*

Alberto Acosta, expresidente de la Asamblea Constituyente ecuatoriana⁴⁴

El Constituyente ecuatoriano inició el preámbulo celebrando la naturaleza, la *Pacha Mama*, de la que se considera parte el pueblo y que es vital para su existencia. De esta forma, la nueva Constitución Política busca construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*,⁴⁵ que en lengua quichua significa “vida armoniosa: armonía entre nosotros y armonía con la naturaleza, que nos engendra, nos alimenta y nos abriga y que tiene vida propia, y valores propios, más allá de nosotros”.⁴⁶

El art. 1.º de la nueva Carta señala que Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, in-

cuenta con el servicio no es efectivamente reconocido y se habla de un derecho colectivo a la salubridad; b. Su concreción como derecho fundamental implica que sea posible ser protegido vía acción de tutela, sin embargo en la práctica no es de común aplicación por los jueces; c. Por lo anterior, y aunque parezca increíble, no todos los ciudadanos poseen este derecho fundamental. Verbigracia: aquel que se conectó a la red de acueducto por medios fraudulentos.

⁴⁴ Alberto Acosta. “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces”. En: *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 15.

⁴⁵ Alberto Acosta, expresidente de la Asamblea Nacional Constituyente, define este término como “condición para alcanzar una verdadera calidad de vida, trascendiendo la sobrevivencia, dejando a un lado la opulencia y el consumismo insaciable, del que, como es conocido, se aprovechan unos pocos... y que tiene como fundamento el respeto y el reconocimiento del otro. Pone por lo tanto en práctica aquel principio básico de la libertad, de que mi libertad tiene como límite la libertad del otro. De ese otro con el que constituimos una comunidad social, además de política, en tanto procesamos nuestros acuerdos y desacuerdos. Pero también con ese otro diferente, que pertenece a otra forma o comunidad de vida, que no nos puede ser ajena y debemos respetar. Todas esas formas de entender la vida, sin embargo, no son posibles sin la base de su origen: la Naturaleza”. Disponible en: www.asambleaconstituyente.gov.ec

⁴⁶ Eduardo Galeano. “La Naturaleza no es muda”. En: *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora...* op. cit., p. 28.

tercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, que se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Entre los deberes primordiales del Estado están garantizar sin discriminación alguna el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes; fortalecer la unidad nacional en la diversidad; planificar el desarrollo nacional; erradicar la pobreza; promover el desarrollo sustentable, la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir, y proteger el patrimonio natural y cultural del país.

La Constitución hace referencia a los derechos del buen vivir entre los cuales está el derecho al agua y a un ambiente sano. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado hacen parte de su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

2.2.1. Derecho humano al agua

El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, reiterando que es inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida (art. 12 y 13). “En Ecuador, el derecho a la salud se entiende explícitamente vinculado con los derechos a la alimentación, la cultura, el trabajo, el ambiente y el agua, entre otros. El acceso al agua en tanto derecho también es reconocido como derecho de libertad, junto con la garantía de la vida digna, la salud, la alimentación, la vivienda, el saneamiento ambiental, el trabajo, la seguridad social y otros servicios sociales necesarios”.⁴⁷

Por ser patrimonio nacional estratégico de uso público, un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos, la Constitución prohíbe toda forma de privatización del agua y establece que su gestión es exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego son prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias. El Estado debe fortalecer la gestión

⁴⁷ Gloria Amparo Rodríguez, Carlos Lozano Acosta, Andrés Gómez Rey. *Protección jurídica del agua en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez-Universidad del Rosario, 2011, p. 131.

y el funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos mediante el incentivo de alianzas entre lo público y lo comunitario para la prestación de servicios.

El Estado ecuatoriano, a través de la autoridad única del agua, es el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinan, en orden de importancia, a: 1. Consumo humano; 2. Riego que garantice la soberanía alimentaria; 3. Caudal ecológico y 4. Actividades productivas. Se requiere autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores públicos, para concretar el régimen del buen vivir previamente mencionado.

Según el art. 411, el Estado ecuatoriano debe garantizar la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Además, debe regular toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano son prioritarios en el uso y el aprovechamiento del agua.

La autoridad a cargo de la gestión del agua es responsable de su planificación, regulación y control. Esta autoridad debe cooperar y coordinar con la que tenga a su cargo la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque ecosistémico.

2.2.2. Derecho a un ambiente sano

El art. 14 de la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Son deberes del Estado promover, en el sector público y en el privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La Constitución ecuatoriana señala que la soberanía energética no se alcanza en detrimento de la soberanía alimentaria, ni puede afectar el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares; de contaminantes orgánicos per-

sistentes altamente tóxicos y agroquímicos internacionalmente prohibidos; las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos, organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional ecuatoriano.

2.2.3. Derecho a la ciudad y al espacio público

El art. 31 considera que las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad y en el ejercicio pleno de la ciudadanía.

2.2.4. Derechos colectivos

En su art. 57, la Constitución Política reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre otros, los siguientes derechos colectivos:

- Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
- La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.
- Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado debe establecer y ejecutar programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.
- Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que

contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; así como el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

- Participar, mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.
- Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

La Constitución Política ecuatoriana reconoce y garantiza a las personas el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.

2.2.5. Derechos de la naturaleza⁴⁸

El art. 71 de la Carta Política ecuatoriana consagra que la naturaleza, o *Pacha Mama*, donde se reproduce y se realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad puede exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos, se observan los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado debe incentivar a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, a que protejan la naturaleza y promuevan el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

⁴⁸ El expresidente de la Asamblea Constituyente señala que Ecuador es el primer país en el mundo en proclamar los derechos de la naturaleza en su Constitución, hecho que se constituyó en un estímulo para los asambleístas y para el país entero. Alberto Acosta. “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces” ..., op. cit., p. 16.

Se consagra además que la naturaleza tiene derecho a la restauración (art. 72), independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado debe establecer mecanismos eficaces para alcanzar la restauración, y adoptar las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Según el art. 73, el Estado debe aplicar medidas de precaución y restricción de las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Por último, el art. 74 señala que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tienen derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no son susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento son regulados por el Estado.

2.2.6. Recursos naturales

En relación con los recursos naturales no renovables, el art. 317 señala que pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado y que en su gestión debe priorizar la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales, y minimizar los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.

Los recursos naturales no renovables –reitera el art. 408– son de propiedad del Estado, con carácter inalienable, imprescriptible e inembargable, y en general los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; la biodiversidad y su patrimonio genético, así como el espectro radioeléctrico. Estos bienes solo pueden ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales. El Estado debe participar en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no puede ser inferior a los de la empresa que los explota. El Estado debe garantizar que

los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.

Con esta consagración de la Constitución ecuatoriana de 2008, “la naturaleza gozaría del derecho fundamental a su existencia y a mantener sus ciclos evolutivos junto con los derechos a la reparación integral cuando esta haya sido degradada, restringida en sus actividades, tecnologías o políticas que representen una amenaza a la integridad del ecosistema”.⁴⁹

2.2.7. Deberes en materia ambiental

El art. 83 de la Constitución ecuatoriana establece que son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos defender la integridad territorial del Ecuador y sus recursos naturales, respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano, utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible, conservar el patrimonio cultural y natural del país, cuidar y mantener los bienes públicos, entre otros.

2.2.8. Promoción de la participación

Las ecuatorianas y los ecuatorianos gozan del derecho a participar en los asuntos de interés público y a ser consultados. Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejerce sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales.

También se garantiza el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas; a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza.

El art. 95 señala que las ciudadanas y los ciudadanos, en forma individual y colectiva, pueden participar de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación, gestión de los asuntos públicos, así como en el control popular

⁴⁹ Esperanza Martínez. “Los derechos de la naturaleza en los países amazónicos”. En: *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora...*, op. cit., p. 92.

de las instituciones del Estado y de la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orienta por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho que se ejerce a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

Por su parte, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (art. 207) tiene la función de promover e incentivar el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, debe impulsar y establecer mecanismos de control social en los asuntos de interés público y designar a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley.

Para la consecución del buen vivir, según el art. 278 les corresponde a las personas y a las colectividades y sus diversas formas organizativas: 1. Participar en todas las fases y espacios de la gestión pública, de la planificación del desarrollo nacional y local, así como en la ejecución y control del cumplimiento de los planes de desarrollo en todos sus niveles; 2. Producir, intercambiar y consumir bienes y servicios con responsabilidad social y ambiental.

Un elemento importante relacionado con lo ambiental tiene que ver con el derecho a la información: “El derecho a la información está en el corazón de la democracia. Sólo una ciudadanía que está bien informada sobre las intenciones y acciones de sus líderes electos, puede contribuir de forma efectiva al proceso de toma de decisiones que afecta su futuro”.⁵⁰

En este sentido, el art. 18(2) de la Constitución de Ecuador decreta que todos, ya sea de forma individual o colectiva, tienen el derecho a acceder a la información de entidades públicas o privadas que reciban recursos del Estado o que lleven a cabo funciones públicas. Este derecho no será limitado más que por decreto de ley y no se podrá limitar en absoluto en el contexto de violaciones a los derechos humanos. El art. 91 extiende la acción legal para proteger el derecho a la información cuando este se ha denegado, por completo o en parte, ya sea de forma explícita o informal.⁵¹

⁵⁰ Toby Mendel. *El derecho a la información en América Latina. Comparación jurídica*. Quito: Unesco, 2009, p. 1.

⁵¹ *Ibidem*, p. 77.

2.2.9. Desarrollo económico

Para los ecuatorianos, el régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*.

El Estado debe planificar el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propicia la equidad social y territorial, promueve la concertación, y es participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente. En este sentido, la Carta Política considera que el buen vivir requiere que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades y de la convivencia armónica con la naturaleza.

El régimen de desarrollo ecuatoriano tiene, entre otros objetivos, mejorar la calidad y esperanza de vida y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución; construir un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable; fomentar la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y la promoción de su representación equitativa en todas las fases de la gestión del poder público; recuperar y conservar la naturaleza; mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, al aire, al suelo y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural; proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio; recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural.

2.2.10. Principios ambientales

La Constitución Política ecuatoriana reconoce los siguientes principios ambientales:

1. El Estado garantiza un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de

- los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.
2. Las políticas de gestión ambiental se aplican de manera transversal y son de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.
 3. El Estado garantiza la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.
 4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, estas se aplican en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

Según el art. 396 constitucional, el Estado ecuatoriano debe adoptar las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado debe adoptar medidas protectoras eficaces y oportunas. La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implica la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas. Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios debe asumir la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales son imprescriptibles.

En el caso de daños ambientales, según el art. 397 de la Constitución, el Estado ecuatoriano debe actuar de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado puede repetir contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recae sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el

control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recae sobre el gestor de la actividad o el demandado.
2. Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales.
3. Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente.
4. Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas. El manejo y la administración de las áreas naturales protegidas está a cargo del Estado.
5. Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad.

En el caso de alguna decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente, el art. 398 constitucional señala que debe ser consultada a la comunidad, a la cual se informa amplia y oportunamente. El sujeto consultante es el Estado. La ley debe regular la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado debe valorar la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar el proyecto o no hacerlo debe ser adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

El art. 399 de la Constitución ecuatoriana consagra que el ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación se deben articular a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tiene a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza.

2.2.11. Biodiversidad

El art. 400 de la Constitución ecuatoriana establece que es deber del Estado ejercer la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realiza con responsabilidad intergeneracional. Adicionalmente, declara de interés público la conservación de la biodiversidad y de todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país.

Además, en el art. 401 de su Constitución, el Estado de Ecuador se declara libre de cultivos y semillas transgénicas y señala que excepcionalmente, y sólo en caso de interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional, se puede introducir semillas y cultivos genéticamente modificados. El Estado debe regular, bajo estrictas normas de bioseguridad, el uso y el desarrollo de la biotecnología moderna y sus productos, así como su experimentación, uso y comercialización. Se prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales.

La Constitución prohíbe en su art. 402 el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional. Adicionalmente, en el art. 403 se establece que el Estado ecuatoriano no se compromete en convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza.

2.2.12. Patrimonio natural y ecosistemas

En el art. 404, la Constitución señala que el patrimonio natural del Ecuador único e invaluable comprende, entre otras, las formaciones físicas, biológicas y geológicas cuyo valor, desde el punto de vista ambiental, científico, cultural o paisajístico exigen su protección, conservación, recuperación y promoción. Adicionalmente, señala que su gestión se sujeta a los principios y garantías

consagrados en la Constitución y se lleva a cabo de acuerdo con el ordenamiento territorial y una zonificación ecológica, establecida por la ley.

El sistema nacional de áreas protegidas ecuatorianas tiene como función garantizar la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. Este sistema está integrado por los subsistemas estatal, autónomo descentralizado, comunitario y privado; su rectoría y regulación es ejercida por el Estado que además debe asignar los recursos económicos necesarios para su sostenibilidad financiera y fomentar la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades que han habitado ancestralmente las áreas protegidas en su administración y gestión. Las personas naturales o jurídicas extranjeras no pueden adquirir a ningún título tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas, de acuerdo con la ley.

Según del art. 406, le corresponde al Estado ecuatoriano regular la conservación, manejo y uso sustentable, así como la recuperación y limitación de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados, entre otros, los páramos, humedales, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos, manglares, ecosistemas marinos y marinos-costeros.

Está prohibida la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente, dichos recursos se pueden explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República ecuatoriana y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional que, de estimarlo conveniente, puede convocar a consulta popular (art. 407).

2.2.13. Sobre el suelo

El art. 409 hace referencia a la conservación del suelo que es de interés público y prioridad nacional, en especial su capa fértil. Se debe establecer un marco normativo para su protección y uso sustentable que prevenga su degradación, en particular la provocada por la contaminación, la desertificación y la erosión. En áreas afectadas por procesos de degradación y desertificación, el Estado debe desarrollar y estimular proyectos de forestación, reforestación y revegetación que eviten el monocultivo y utilicen, de manera preferente, especies nativas y adaptadas a la zona.

Es compromiso del Estado ecuatoriano brindar a los agricultores y a las comunidades rurales apoyo para la conservación y restauración de los suelos,

así como para el desarrollo de prácticas agrícolas que los protejan y promuevan la soberanía alimentaria.

2.2.14. Biosfera, ecología urbana y energías alternativas

Según el art. 413 constitucional, le corresponde al Estado ecuatoriano promover la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua. También es su deber adoptar medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica, tomar medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y proteger a la población en riesgo.

A su vez, según el art. 415 de la Constitución, el Estado central ecuatoriano y los gobiernos autónomos descentralizados deben adoptar políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo que permitan regular el crecimiento urbano, el manejo de la fauna urbana e incentiven el establecimiento de zonas verdes. Los gobiernos autónomos descentralizados deben desarrollar programas de uso racional del agua, así como de reducción, reciclaje y tratamiento adecuado de desechos sólidos y líquidos. Se incentiva y facilita el transporte terrestre no motorizado, en especial mediante el establecimiento de ciclo-vías.

2.3. Constitución Política de Bolivia (2009)

La Carta Política de Bolivia es el resultado de un proceso colectivo de discusión a través de la Asamblea Constituyente. En su preámbulo, Bolivia se reconoce como un pueblo de composición plural, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre; en las luchas por la tierra y el territorio. Un Estado basado en el respeto y la igualdad, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomina la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política

y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, al trabajo, a la educación, a la salud y a la vivienda para todos.

Esta Constitución señala que el pueblo boliviano deja en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal para asumir el reto histórico de construir colectivamente el Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

2.3.1. Recursos naturales

Esta Carta comienza por señalar que entre los fines y las funciones esenciales del Estado boliviano está promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales e impulsar su industrialización a través del desarrollo, del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

La Constitución Política Boliviana establece en su art. 30 que pueblos indígenas originarios campesinos gozan del derecho a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas. Adicionalmente, tienen derecho a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios, a la gestión territorial indígena autónoma y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.

El art. 33 constitucional consagra que las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado; el ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y las colectividades de las generaciones presentes y futuras, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente. Para garantizarlo, el art. 34 reza que cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

El art. 348 de la Constitución boliviana considera que son recursos naturales, los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, el aire, el suelo y el subsuelo, los bosques, la biodiversidad, el espectro electromagnético

y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. Estos son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país.

Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, correspondiéndole su administración en función del interés colectivo, debiendo reconocer, respetar y otorgar derechos propietarios individuales y colectivos sobre la tierra, así como derechos de uso y aprovechamiento sobre otros recursos naturales (art. 349).

El Estado debe asumir el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos a través de entidades públicas, cooperativas o comunitarias, que a su vez pueden contratar a empresas privadas y constituir empresas mixtas. Además, el Estado puede suscribir contratos de asociación con personas jurídicas, bolivianas o extranjeras, para el aprovechamiento de los recursos naturales, debiendo asegurarse la reinversión de las utilidades económicas en el país.

La gestión y administración de los recursos naturales se realiza garantizando el control y la participación social en el diseño de las políticas sectoriales, pudiendo establecerse entidades mixtas, con representación estatal y de la sociedad, y se precautela el bienestar colectivo (art. 350 constitucional). Las empresas privadas, bolivianas o extranjeras, pagarán impuestos y regalías cuando intervengan en la explotación de los recursos naturales, los cobros a que den lugar no serán reembolsables. Las regalías por el aprovechamiento de los recursos naturales son un derecho y una compensación por su explotación y se debe regular.

Entre los deberes del Estado boliviano se encuentra desarrollar y promover la investigación relativa al manejo, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales y la biodiversidad (art. 354 constitucional).

El art. 355 de la Constitución considera que la industrialización y comercialización de los recursos naturales es prioridad del Estado. Las utilidades obtenidas de la explotación e industrialización de los recursos naturales serán distribuidas y reinvertidas para promover la diversificación económica en los diferentes niveles territoriales del Estado. La distribución porcentual de los beneficios deberá ser sancionada por la ley.

Según el art. 356, las actividades de exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales no renovables tienen el carácter de necesidad estatal y utilidad pública; además,

por ser propiedad social del pueblo boliviano, ninguna persona ni empresa extranjera ni ninguna persona o empresa privada boliviana pueden inscribir la propiedad de los recursos naturales bolivianos en mercados de valores ni utilizarlos como medios para operaciones financieras de titularización o seguridad. La anotación y registro de reservas es una atribución exclusiva del Estado (art. 357).

En relación con los derechos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales, deben someterse a lo establecido en la Constitución y la ley boliviana. Tales derechos están sujetos a control periódico del cumplimiento de las regulaciones técnicas, económicas y ambientales. El incumplimiento de la ley da lugar a la reversión o anulación de los derechos de uso o aprovechamiento, que debe ser sustentable, respetando las características y el valor natural de cada ecosistema.

Adicionalmente, la Constitución señala que para garantizar el equilibrio ecológico los suelos deben utilizarse conforme a su capacidad de uso mayor en el marco del proceso de organización del uso y ocupación del espacio, considerando sus características biofísicas, socioeconómicas, culturales y político-institucionales (arts. 358 y 359).

De acuerdo con el art. 344 de la Constitución, se prohíbe la fabricación y uso de armas químicas, biológicas y nucleares en el territorio boliviano, así como la internación, tránsito y depósito de residuos nucleares y desechos tóxicos. El Estado debe regular la internación, producción, comercialización y empleo de técnicas, métodos, insumos y sustancias que afecten a la salud y al medio ambiente.

El patrimonio natural es considerado de interés público y de carácter estratégico para el desarrollo sustentable del país boliviano (art. 346). Su conservación y aprovechamiento para beneficio de la población es responsabilidad y atribución exclusiva del Estado, y no compromete la soberanía sobre los recursos naturales.

Según el art. 347, les corresponde al Estado y la sociedad promover la mitigación de los efectos nocivos al medio ambiente y de los pasivos ambientales que afectan al país. Se declara la responsabilidad por los daños ambientales históricos y la imprescriptibilidad de los delitos ambientales. Quienes realicen actividades de impacto sobre el medio ambiente deben, en todas las etapas de la producción, evitar, minimizar, mitigar, remediar, reparar y resarcir los daños que se ocasionen al medio ambiente y a la salud de las personas, y establecer

las medidas de seguridad necesarias para neutralizar los posibles efectos de los pasivos ambientales.

2.3.2. Participación, información y control social

En materia de participación y control social, el art. 241 señala que el pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada, puede participar en el diseño de las políticas públicas, ejercer el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado y a las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales. La participación y el control social implica, entre otros aspectos, participar en la formulación de las políticas de Estado; apoyar al Órgano Legislativo en la construcción colectiva de las leyes; desarrollar el control social en todos los niveles del Gobierno y las entidades; generar un manejo transparente de la información y del uso de los recursos en todos los espacios de la gestión pública. La información solicitada por el control social no puede denegarse y debe ser entregada de manera completa, veraz, adecuada y oportuna, etc.

Por otro lado, el art. 342 señala que es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, y mantener el equilibrio del medio ambiente. La población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, a ser consultada e informada previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente (art. 343).

Adicionalmente, el art. 345 de la Carta Política establece que las políticas de gestión ambiental se basan en: 1. La planificación y gestión participativas, con control social; 2. La aplicación de los sistemas de evaluación de impacto ambiental y el control de calidad ambiental, sin excepción y transversal a toda actividad de producción de bienes y servicios que use, transforme o afecte a los recursos naturales y al medio ambiente; 3. La responsabilidad por la ejecución de toda actividad que produzca daños medioambientales y su sanción civil, penal y administrativa por incumplimiento de las normas de protección del medio ambiente.

En relación con la participación, el art. 352 señala que la explotación de recursos naturales en un territorio determinado está sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que debe ser libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promueve la conservación de los ecosistemas, de acuer-

do con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesino, la consulta tiene lugar respetando sus normas y procedimientos propios. La Constitución consagra que el pueblo boliviano tiene acceso equitativo a los beneficios provenientes del aprovechamiento de todos los recursos naturales. Se debe asignar una participación prioritaria a los territorios donde se encuentren estos recursos y a las naciones y pueblos indígenas originario campesinos (art. 353).

2.3.3. El derecho fundamental al agua

En Bolivia, en la nueva Constitución Política de 2009, el agua se menciona desde el preámbulo como inspiración para la promulgación de la Carta. El derecho a su acceso fue incluido junto con el derecho a la alimentación en el capítulo relativo a los derechos fundamentales, en tanto acceso universal y equitativo. El acceso al agua y al alcantarillado constituyen verdaderos derechos humanos. El servicio que los asegura a un régimen de control por parte del Estado, mediante licencias y registros y por vía de su consideración como recurso natural estratégico, cuya gestión es competencia privativa del nivel central.⁵²

En la Constituyente se discutió el tema del derecho al agua, que terminó por constituirse en uno de los derechos fundamentales (arts. 16 y 373). Se consagra que el agua es un derecho fundamental para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado tiene la obligación de promover el uso y el acceso al agua con base en los principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad.

Los recursos hídricos en todas sus presentaciones, superficiales y subterráneas, constituyen recursos finitos, vulnerables, estratégicos, y cumplen una función social, cultural y ambiental. Estos recursos no pueden ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no pueden ser concesionados; además, deben estar sujetos a un régimen de licencias, registros y autorizaciones.

⁵² Gloria Amparo Rodríguez, Carlos Lozano Acosta, Andrés Gómez Rey. *Protección jurídica del agua en Colombia...*, op. cit., p. 132.

Adicionalmente, el art. 374 constitucional consagra que el Estado boliviano debe proteger y garantizar el uso prioritario del agua para la vida, debiendo gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua a todos sus habitantes.

El Estado boliviano debe reconocer, respetar y proteger los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígenas originario campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua. Señala también que las aguas fósiles, glaciales, humedales, subterráneas, minerales, medicinales y otras, son prioritarias para el Estado, que debe garantizar su conservación, protección, preservación, restauración, uso sustentable y gestión integral; además, son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

En este sentido, es deber del Estado desarrollar planes de uso, conservación, manejo y aprovechamiento sustentable de las cuencas hidrográficas; regular el manejo y la gestión sustentable de los recursos hídricos y de las cuencas para riego, seguridad alimentaria y servicios básicos, respetando los usos y costumbres de las comunidades, y realizar los estudios para la identificación de aguas fósiles y su consiguiente protección, manejo y aprovechamiento sustentable.

La Constitución señala que los recursos hídricos de los ríos, lagos y lagunas que conforman las cuencas hidrográficas, por su potencialidad, por la variedad de recursos naturales que contienen y por ser parte fundamental de los ecosistemas, se consideran recursos estratégicos para el desarrollo y la soberanía boliviana. El Estado debe evitar acciones en las nacientes y zonas intermedias de los ríos que ocasionen daños a los ecosistemas o disminuyan los caudales, preservar el estado natural y velar por el desarrollo y bienestar de la población.

2.3.4. Diversidad biológica

La Constitución boliviana considera que las especies nativas de origen animal y vegetal son patrimonio natural (art. 381). El Estado debe establecer las medidas necesarias para su conservación, aprovechamiento y desarrollo. Además, debe proteger todos los recursos genéticos y microorganismos que se encuentren en los ecosistemas del territorio, así como los conocimientos asociados con su uso y aprovechamiento. Para su protección se debe establecer

un sistema de registro que salvaguarde su existencia, así como la propiedad intelectual a favor del Estado o de los sujetos sociales locales que la reclamen.

La Carta considera que es facultad y deber del Estado la defensa, recuperación, protección y repatriación del material biológico proveniente de los recursos naturales, de los conocimientos ancestrales y otros que se originen en el territorio; asimismo, que debe establecer medidas de restricción parcial o total, temporal o permanente, sobre los usos extractivos de los recursos de la biodiversidad. Las medidas estarán orientadas a las necesidades de preservación, conservación, recuperación y restauración de la biodiversidad en riesgo de extinción. Se debe sancionar penalmente la tenencia, manejo y tráfico ilegal de especies de la biodiversidad.

2.3.5. La coca

La coca es considerada como patrimonio cultural. El Estado debe protégerla, al ser considerada, de forma originaria y ancestral, como recurso natural renovable de la biodiversidad de Bolivia y como factor de cohesión social; en su estado natural, no es estupefaciente.

2.3.6. Áreas protegidas

Las áreas protegidas constituyen un bien común y forman parte del patrimonio natural y cultural de Bolivia. Cumplen funciones ambientales, culturales, sociales y económicas para el desarrollo sustentable. La Constitución boliviana considera que donde exista sobreposición de áreas protegidas y territorios indígena originario campesino, la gestión compartida se realiza con sujeción a las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesino, respetando el objeto de creación de dichas áreas.

2.3.7. Recursos forestales

Los bosques naturales y los suelos forestales son considerados de carácter estratégico para el desarrollo del pueblo boliviano (art. 386). El Estado debe reconocer derechos de aprovechamiento forestal a favor de comunidades y operadores particulares; asimismo, promover las actividades de conservación y aprovechamiento sustentable, la generación de valor agregado a sus productos, la rehabilitación y reforestación de áreas degradadas.

El art. 387 consagra que el Estado debe garantizar la conservación de los bosques naturales en las áreas de vocación forestal, su aprovechamiento

sustentable, la conservación y recuperación de la flora, fauna y áreas degradadas. De igual forma, el art. 388 de la Constitución señala que las comunidades indígenas originario campesinas situadas dentro de áreas forestales son titulares del derecho exclusivo de su aprovechamiento y de su gestión, de acuerdo con la ley.

2.3.8. Tribunal especializado

Es importante destacar que en Bolivia se ha creado, mediante el art. 186, el Tribunal Agroambiental, siendo el máximo especializado de su jurisdicción, que se rige en particular por los principios de función social, integralidad, inmediatez, sustentabilidad e interculturalidad.

Es evidente que la Carta Política de Bolivia otorga un papel protagónico al tema ambiental. En ella aparecen conceptos importantes como “vivir bien”, y se resalta la protección ambiental como un componente importante no solo para las generaciones presentes, sino también para las futuras y para todos los seres vivos.

En esta Constitución el tema hídrico es principal. El derecho al agua se constituye en un derecho fundamental y se establecen mecanismos para proteger este recurso. Hace énfasis en la protección de la biodiversidad, de los conocimientos ancestrales y de la coca, considerada patrimonio cultural; adicionalmente, establecen normas precisas sobre la protección de las áreas protegidas y los recursos forestales.

La Constitución boliviana considera que los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público, además de ser propiedad y dominio del pueblo. Menciona que las actividades relacionadas con los recursos naturales no renovables tiene el carácter de necesidad estatal y de utilidad pública, y son plenamente controladas.

Se hace énfasis tanto en la necesidad de promover el derecho a la participación y a la información como al control social en la formulación de políticas y de expedición de normas, creando además un tribunal especializado en temas agroambientales.

En el orden jurídico internacional, las constituciones de Ecuador y de Bolivia han pasado a ser hitos e instrumentos importantes de proyección del patrimonio natural y cultural. Son las constituciones políticas más avanzadas en estas temáticas y por primera vez las normas ambientales constitucionales

están encaminadas no solo a la protección de la vida humana, sino también de todas las formas de vida existentes en el planeta.

Las constituciones de Ecuador y de Bolivia hacen especial énfasis en los derechos de la naturaleza, constituyéndose en un avance con relación a la Constitución colombiana. Esta conceptualización parte de la noción de *Su-mak Kawsay* o buen vivir, una noción ancestral que enmarca la cosmovisión de los pueblos indígenas que habitan estos países.

Al hacer referencia a la naturaleza como sujeto de derechos se generan diversas reacciones, “las más de las cuales apuntan a caracterizarlo como un imposible jurídico –dogmáticamente hablando–; como una amenaza a la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales –desde discursos políticos institucionales–; o como una invención simbólica del ecologismo ecuatoriano sin mayor aplicabilidad real”.⁵³

3. Desarrollo de la normatividad ambiental en Colombia

El Estado colombiano, para dar cumplimiento a su deber de proteger las riquezas naturales de la nación y la diversidad e integridad del ambiente, de conservar las áreas de especial importancia ecológica, de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible y de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, ha tenido que expedir una normatividad ambiental específica, que viene desarrollándose, como ya se mencionó, a partir de la Ley 23 de 1973 y de la expedición del Código de Recursos Naturales y del Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974.

Fue así como en 1993 se estableció que el Sistema Nacional Ambiental (SINA), que integra el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales. Para ello se consagró que al actual Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible le corresponde, entre otras funciones, formular la política nacional en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, estableciendo las reglas y los criterios de ordenamiento ambiental de uso del territorio y de los mares adyacentes para asegurar el aprovechamiento sostenible. Además, está encargado de dictar regulaciones

⁵³ Diana Murcia. *El sujeto naturaleza: elementos para su comprensión*. Serie: Derechos de la Naturaleza. Quito: Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo, 2009, p. 1.

de carácter general tendientes a controlar y reducir la contaminación geosférica, hídrica, del paisaje, sonora y atmosférica en todo el territorio nacional.

Según el art. 5.º de la Ley 99 de 1993, el actual Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es el encargado de regular las condiciones generales para el saneamiento del medio ambiente, así como el uso, manejo, aprovechamiento, conservación, restauración y recuperación de los recursos naturales, a fin de impedir, reprimir, eliminar o mitigar el impacto de actividades contaminantes, deteriorantes o destructivas del patrimonio natural, siendo las autoridades ambientales las encargadas del manejo, protección y control de los recursos en su respectiva jurisdicción, de aprobar la implantación y ejecución de dichos programas en coordinación con otras corporaciones autónomas que compartan las fuentes que abastecen los diferentes usos, además de realizar reglamentaciones para ello. Sobre este particular, la Corte Constitucional ha señalado que:

Con el fin de dar una protección integral y coherente al medio ambiente y a los recursos naturales renovables y armonizar los principios de Estado unitario y autonomía territorial, la Constitución Política establece en materia ambiental una competencia compartida entre los niveles central y territorial, de modo que le corresponde al legislador expedir la regulación básica nacional y les corresponde a las entidades territoriales, en ejercicio de su poder político y administrativo de autogobierno o autorregulación, así como también a las corporaciones autónomas regionales, dictar las normas y adoptar las decisiones para gestionar sus propios intereses, dentro de la circunscripción correspondiente.

Con base en este reparto de competencias, es claro que las corporaciones autónomas regionales y las entidades territoriales al dictar normas y adoptar decisiones deben acatar las normas y las decisiones de superior jerarquía, en primer lugar las disposiciones contenidas en la Constitución Política y en la ley, por exigirlo así en forma general la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico colombiano, como

presupuesto de validez de las mismas, y exigirlo también en forma específica el componente jurídico del Sistema Nacional Ambiental.⁵⁴

La legislación ambiental ha sido prolija y variada en los últimos años en Colombia, caracterizándose por ser muy dispersa y a veces confusa. Muchas de las normas introducidas a partir del Código de Recursos Naturales y del Ambiente tienen que ver, entre otros temas, con la protección de recursos como la fauna y la flora, el agua, con áreas protegidas y con la participación en materia ambiental.

Colombia es líder y pionera en América Latina en la expedición de este tipo de normas. Por ejemplo, nuestro Código de Recursos Naturales Renovables fue de los primeros en expedirse (1974),⁵⁵ y la Constitución Política de Colombia, denominada como una “Constitución ecológica”,⁵⁶ fue de las primeras en consagrar el derecho a gozar de un medio ambiente sano.

El ordenamiento jurídico ambiental tiene que ver con los derechos e intereses colectivos, buscando prevenir y redimir los efectos que puedan generarse contra el ambiente y los recursos naturales.

El derecho ambiental incide sobre las alteraciones del medio. Este tipo de perturbaciones no son otras que las que se introducen en los ciclos básicos de la biosfera en virtud de conductas que sitúan en ellos sustancias o energías originadas como subproductos de actividades. En definitiva, se pretende controlar la contaminación efectuada por la descarga de desechos, residuos y materiales sin valor económico para el sujeto que se desprende de ellos y que se eliminan a costa de la colectividad al amparo de un defectuoso sistema de formación de precios.⁵⁷

⁵⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-554 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁵⁵ La Ley venezolana es de 1976; la Ley del Medio Ambiente de Brasil es de 1981 y la Ley Federal de Protección del Ambiente de México es de 1982.

⁵⁶ Para la Corte Constitucional, “la ‘Constitución Ecológica’ está conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación entre la sociedad con la naturaleza, y cuyo propósito esencial, es la protección del medio ambiente”. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-495 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁵⁷ Ramón Martín Mateo. *Tratado de derecho ambiental...*, op. cit., pp. 89-90.

3.1. Principios normativos generales en Colombia

Los principios, entendidos como aquellas directrices o lineamientos orientadores, han cobrado una gran relevancia a lo largo del desarrollo de la gestión ambiental colombiana, por cuanto la multiplicidad de actores e intereses involucrados en la protección del medio ambiente requieren unos principios generales de interpretación y aplicación de la normatividad, que constituyan unas claras “reglas de juego en materia ambiental”.⁵⁸

Los principios de la Declaración de Río han sido adoptados en nuestro marco jurídico a través del art. 1.º de la Ley 99 de 1993, el cual establece que los Estados deben cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger, restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que los Estados han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. En este sentido, son los que deben promulgar leyes eficaces sobre el ambiente para lograr los objetivos de ordenación y establecer las prioridades ambientales.⁵⁹

El art. 63 de la Ley 99 de 1993 incluye otros principios, uno de ellos es el ejercicio de las funciones en materia ambiental por parte de las entidades territoriales a fin de asegurar el interés colectivo de un medio ambiente sano y adecuadamente protegido, garantizando el manejo y la integridad del patrimonio natural de la nación, sujetándose a los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario.

3.1.1. Principio de armonía regional

Los departamentos, los distritos, los municipios, los territorios indígenas, así como las regiones y provincias a las que la ley diera el carácter de entidad territorial ejercen sus funciones constitucionales y legales relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables de manera coordinada y

⁵⁸ Angélica María Barrera Osorio. “El principio de rigor subsidiario en el derecho ambiental colombiano: la protección del ambiente desde el ámbito nacional, regional o local, ¿o al revés? En: *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia...*, op. cit., p. 253.

⁵⁹ Véase sobre su exequibilidad la Sentencia de la Corte Constitucional C-528 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

armónica, con sujeción a las normas de carácter superior y a las directrices de la política nacional ambiental, a fin de garantizar un manejo unificado, racional y coherente de los recursos naturales que hacen parte del medio ambiente físico y biótico del patrimonio natural de la nación. Para la Corte Constitucional,

es claro que las corporaciones autónomas regionales y las entidades territoriales al dictar normas y adoptar decisiones deben acatar las normas y las decisiones de superior jerarquía, en primer lugar las disposiciones contenidas en la Constitución Política y en la ley, por exigirlo así en forma general la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico colombiano, como presupuesto de validez de las mismas, y exigirlo también en forma específica el componente jurídico del Sistema Nacional Ambiental. En virtud del principio de armonía regional, las entidades territoriales deberán ejercer sus funciones relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables de manera coordinada, con sujeción a las normas de carácter superior y a las directrices de la política nacional ambiental, a fin de garantizar un manejo unificado, racional y coherente de los recursos naturales.⁶⁰

3.1.2. Principio de gradación normativa

En materia normativa, las reglas que dicten las entidades territoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables deben respetar el carácter superior y la preeminencia jerárquica de las normas dictadas por autoridades y entes de superior jerarquía o de mayor ámbito en la comprensión territorial de sus competencias. Las funciones en materia ambiental y de recursos naturales renovables, atribuidas por la Constitución Política a los departamentos, municipios y distritos con régimen constitucional especial, se ejercen con sujeción a la ley, los reglamentos y las políticas del Gobierno Nacional, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y las corporaciones autónomas regionales.

En breve, “conforme al principio de gradación normativa, las reglas que dicten las entidades territoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables deberán respetar las normas expedidas y las políticas fijadas por autoridades de superior jerarquía o de mayor ámbito territorial de

⁶⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-554 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería.

competencia”.⁶¹ Llama la atención la expresa consagración de este principio en una norma y un tema específico ya que el principio en mención es una regla general del derecho.

3.1.3. Principio de rigor subsidiario⁶²

Las normas y medidas de policía ambiental, es decir, aquellas que las autoridades ambientales expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables, o para la preservación del medio ambiente natural, bien sea que limiten el ejercicio de derechos individuales y libertades públicas para la preservación o restauración del medio ambiente o que exijan licencia o permiso para el ejercicio de determinada actividad por la misma causa, puede hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se desciende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias cuando las circunstancias locales especiales así lo ameriten.

Para la Corte Constitucional:

Según el principio de rigor subsidiario, las normas y medidas de policía ambiental, es decir, las que las autoridades expidan para la regulación del uso, manejo, aprovechamiento y movilización de los recursos naturales renovables o para la preservación del medio ambiente, podrán hacerse sucesiva y respectivamente más rigurosas, pero no más flexibles, por las autoridades competentes del nivel regional, departamental, distrital o municipal, en la medida en que se desciende en la jerarquía normativa y se reduce el ámbito territorial de las competencias, cuando las condiciones locales especiales así lo ameriten.⁶³

(...)

Puede observarse que este principio es una expresión clara del principio superior de autonomía y guarda total concordancia con

⁶¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-554 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁶² Véase también las sentencias C-534 de 1996, C-535 de 1996, C-596 de 1998, C-894 de 2003 de la Corte Constitucional.

⁶³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-554 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería.

el principio de gradación normativa, en cuanto respeta la jerarquía de normas y decisiones, y sólo tiene como efecto complementar o adicionar las normas y decisiones de superior jerarquía con normas y decisiones de las corporaciones autónomas regionales o de las entidades territoriales, en desarrollo de la gestión de sus propios intereses ambientales, lo cual es un elemento esencial del principio de autonomía. En este sentido cabe señalar que si se admitiera que las normas y decisiones de inferior jerarquía fueran más flexibles que las de superior jerarquía, el resultado sería que se desconocerían estas últimas, no obstante ser todas las normas ambientales de carácter imperativo por referirse al interés general

(...)

En este orden de ideas, del principio de rigor subsidiario se desprende que si la regulación o las medidas de superior jerarquía, con un ámbito de competencia territorial más amplio, son adecuadas y suficientes para la protección integral del medio ambiente y los recursos naturales renovables, las autoridades regionales o locales de inferior jerarquía no tendrían competencia para darle aplicación, por sustracción de materia. Por el contrario, si la regulación o las medidas de superior jerarquía no son adecuadas y suficientes, dichas autoridades sí tendrían competencia para aplicarlo, en ejercicio de su autonomía, por tratarse de la gestión de un interés propio, que desborda la competencia de las autoridades superiores.⁶⁴

Sobre esta base se ha dado la tutela de los recursos naturales en Colombia. Para ello se ha establecido un marco jurídico que contiene normas que hacen referencia al uso y manejo de los recursos naturales como el agua, la fauna y la flora; el saneamiento ambiental; el aire y el suelo; la biodiversidad y el acceso a los recursos genéticos; la participación y la planificación en materia ambiental, etcétera.

⁶⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-554 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Conclusión

Los avances que en materia constitucional se han dado en Colombia, Ecuador y Bolivia han sido muy significativos, hecho que evidencia la importancia que reviste el derecho ambiental en nuestros tiempos. En su momento, los postulados de la Carta Política colombiana de 1991 fueron muy importantes, al elevar al rango constitucional por primera vez el derecho a gozar de un medio ambiente sano y al incluir conceptos tan importantes para ese momento como el desarrollo sostenible y la función ecológica de la propiedad. Sin embargo, se debe resaltar que hoy las constituciones políticas de Bolivia y Ecuador son las más avanzadas en la consagración de derechos ambientales.

A continuación se destacan los aportes más importantes encontrados en las constituciones políticas mencionadas. Como común denominador se observan la consagración del derecho a gozar de un ambiente sano, a la participación, al deber-obligación de proteger las riquezas naturales y culturales, además de la integridad del ambiente, la planificación de los recursos naturales, de los recursos genéticos, la consagración de acciones especiales para la defensa del ambiente, entre otros.

Por otro lado, la Carta Magna ecuatoriana avanza de manera importante en la consagración de normas referentes a temas ambientales, resaltando la diversidad natural, cultural y económica, y consagrando amplios derechos en la materia. El concepto del *buen vivir* desarrollado en la norma se refiere a la relación entre el hombre y la naturaleza, la cual debe conciliarse y lograrse en armonía. Llama la atención el hecho de que rechaza expresamente cultivos y semillas transgénicas, salvo permiso en casos de interés nacional debidamente fundamentado por la Presidencia de la República y aprobado por la Asamblea Nacional. Adicionalmente, hace referencia puntual a la soberanía energética, alimentaria y sobre la biodiversidad, avanzando en nuevos derechos, como el derecho a la ciudad, que va más allá del derecho al espacio público, y hacia el equilibrio entre lo urbano y lo rural.

De igual manera, llama la atención que en las Cartas ecuatoriana y boliviana está consagrado como fundamental e irrenunciable el derecho humano al agua, recurso que además se considera patrimonio estratégico de uso público. Por su parte, en la Constitución colombiana el desarrollo de la jurisprudencia ha sido el encargado de reconocer este como un derecho fundamental por conexidad. Así, el agua, al igual que el territorio y los recursos naturales no

renovables, se constituye en patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

La Carta Política de Colombia hace referencia a temas importantes relacionados con los pueblos indígenas, temas que son ampliados de manera significativa en las constituciones de Perú y Bolivia, que consagran derechos colectivos para los pueblos indígenas en relación con la utilización de los recursos naturales, el territorio, conocimiento tradicional y la posibilidad de participación y consulta previa, avanzando hacia el consentimiento previo, libre e informado y en la protección intelectual del conocimiento colectivo.

Otra particularidad recurrente en las tres cartas políticas es el tema de la responsabilidad por daño ambiental, destacándose de manera especial la ecuatoriana, al señalar un régimen objetivo y la responsabilidad de los funcionarios frente al ambiente. De igual manera, se encuentra consagrado el principio de la duda a favor del ambiente y sobre los impactos ambientales, haciendo referencia a la prevención y gestión del riesgo por desastres naturales.

Si bien es cierto que en Colombia se consagra el derecho a gozar de un ambiente sano, las constituciones ecuatoriana y boliviana establecen los derechos de la naturaleza, o *Pacha Mama*, haciendo referencia especial al principio de precaución como elemento fundamental para reducir la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración de los ciclos naturales.

Como evidencia de estos postulados, la Constitución ecuatoriana se ha constituido en un ejemplo en lo que tiene que ver con los derechos de la naturaleza, tema que apenas empieza a discutirse en Colombia:

La postulación de los Derechos de la Naturaleza es parte de los nuevos temas del siglo XXI, y se inscribe en las actuales concepciones de justicia y de participación ciudadana. Una puesta seria a la justicia social requiere incorporar la justicia ambiental, y las formas sustantivas de ciudadanía también se expresan como ciudadanía ambiental (...). A partir de caminos como este se llega a la conclusión que la Naturaleza posee valores que le son propios, todos ellos entrelazados alrededor de la vida.⁶⁵

⁶⁵ Eduardo Gudynas. "Derechos de la naturaleza y políticas ambientales" ..., op. cit., p. 49.

Este panorama positivo de consagración de derechos implica grandes retos para hacerlos efectivos. Sin embargo, debemos señalar que se encuentran falencias. El profesor Gregorio Mesa plantea que

en el proceso de re-elaboración y producción de las normas ambientales, tanto a nivel nacional como internacional, se va apreciando con mayor nitidez la privatización del ambiente y de los derechos ambientales, ya que las grandes empresas empiezan a incrementar su poder e influencia, logrando que las normas de especial significación, debido a sus efectos sobre el ambiente y los derechos de las personas, sean concebidas en el estrecho marco de la reglamentación burocrática, donde pueden ejercer con menos dificultades el papel de “lobby” o de “elaboración conjunta de reglamentos”, dejando de lado el espacio ‘amplio del debate público y de los controles democráticos necesarios tanto en el nivel local, regional o nacional y global’.⁶⁶

Las dificultades planteadas por el profesor Mesa y las que actualmente se presentan en el marco jurídico nacional en el proceso de apropiación y cumplimiento de los derechos y las normas ambientales, nos lleva a proponer la realización de diferentes acciones y a asumir nuevos retos en la materia, los cuales parten de entender que existen obstáculos que debemos superar. Esto debe ser un compromiso de todos, del sector público, del sector privado y de la sociedad en general.

Requerimos avanzar en el establecimiento de una cultura legal y que la normatividad ambiental que se expida tenga en cuenta los compromisos que hemos adquirido a través la Constitución Política y de los convenios y tratados internacionales. Es necesario analizar la efectiva aplicación de las normas y entender que otra de las características del derecho ambiental es ser esencialmente político y no puramente normativo.⁶⁷

Es indispensable contar con una institucionalidad fortalecida tanto para realizar estas tareas normativas como para dar cumplimiento a las disposiciones legales. El desarrollo legislativo debe responder a la situación ambiental

⁶⁶ Gregorio Mesa Cuadros. “Ambiente, privatización y derechos”. En: *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia...*, op. cit.

⁶⁷ Luis Fernando Macías Gómez. *Introducción al derecho ambiental...*, op. cit., p. 54.

que vive nuestro país y la necesidad de conservar, proteger y conservar nuestros recursos naturales y el entorno.

Necesitamos normas que trabajen preferentemente sobre la protección ambiental y que privilegien la prevención frente a la sanción. El desarrollo de sus políticas debe buscar puntos de encuentro para dar cumplimiento a las normas ambientales y para tener en cuenta que este patrimonio natural del cual hoy es posible disfrutar debe garantizarse para las generaciones venideras, lo que se conoce como el principio de justicia entre generaciones o equidad intergeneracional en el uso de la oferta ambiental planetaria.

La agenda institucional ambiental debe abrir sus puertas para abordar algunos temas que han sido relegados, como los conflictos y problemas que hoy llegan a involucrar toda la órbita terrestre. Para ello, es importante avanzar no solo en el derecho ambiental, sino también en el establecimiento de programas de educación, siendo necesario tener claro temas como la responsabilidad, los aspectos económicos y de internalización de los costos y la valoración económica de los impactos ambientales. Adicionalmente, se debe legislar para una adecuada protección ambiental y el derecho de propiedad, el régimen de patentes y el conocimiento tradicional; el establecimiento de un régimen legal en los procesos biotecnológicos, entre otros.

Se deben promover espacios de participación, procesos de información y control social adecuados a la realidad social, ambiental y cultural que vive nuestro país; además, apoyar procesos de investigación a través de la financiación y de la divulgación de los resultados. Es necesario generar postulados a través de los cuales se compatibilice el desarrollo económico con la protección de los recursos naturales y del ambiente, armonizando las funciones y las competencias en estos asuntos. Para hacer posible todo lo anterior se requiere una institución fortalecida tanto en lo logístico como en materia de inversión pública, de instrumentos jurídicos preventivos y que garanticen la protección y la participación en materia ambiental.

Es responsabilidad de todos asumir un liderazgo conjunto para lograr avanzar en estos retos y hacer realidad el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente en un país considerado como uno de los más ricos en recursos naturales de todo el orbe.

Con base en estos planteamientos, concluimos que la tarea que tenemos es promover, en primer lugar, una educación ambiental que posibilite la toma de conciencia sobre la necesidad de cuidar nuestro entorno y, en segundo lugar,

conocer y hacer que las normas ambientales permitan cambiar la situación de deterioro de nuestros recursos naturales y del ambiente para que estas no se conviertan en “normas de papel”, por la cultura del incumplimiento de la leyes que ha sido la tradición colombiana a través de su historia.⁶⁸

Debemos ser conscientes de que “de nada sirve la vigencia sólo formal de cientos de normas administrativas, de todo rango, protectoras del medio, que casi nadie –ni siquiera la propia Administración– parece conocer, y que por supuesto, jamás se cumplen. De nada sirven tales normas si además no se dota a la Administración ambiental de los medios materiales y humanos necesarios para el eficaz desempeño de sus funciones”.⁶⁹

Bibliografía

- Acosta, Alberto. “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces”. En: *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- Amaya Navas, Oscar Darío. *La Constitución ecológica de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Blanco Lozano, Carlos. *La protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado*. Granada: Editorial Comares, 1997.
- Barrera Osorio, Angélica María. “El principio de rigor subsidiario en el derecho ambiental colombiano: la protección del ambiente desde el ámbito nacional, regional o local, ¿o al revés?” En: Londoño Toro, Beatriz; Rodríguez, Gloria Amparo; Herrera Carrascal, Giovanni. *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.
- Borrero Navia, José María. *Los derechos ambientales. Una visión desde el sur*. Argentina: FIPMA-CELA. 1994.
- Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis Editores S.A. 2004.
- Galeano, Eduardo. “La naturaleza no es muda”. En: *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- García Villegas, Mauricio. *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de normas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.

⁶⁸ Véase: Mauricio García Villegas. *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de normas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.

⁶⁹ Carlos Blanco Lozano. *La protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado*. Granada: Editorial Comares, 1997, p. xiii.

- Gudynas, Eduardo. “Derechos de la naturaleza y políticas ambientales”. En: *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- Herrera Carrascal, Giovanni. “La función ecológica de la propiedad y de la empresa”. En: Londoño Toro, Beatriz; Rodríguez, Gloria Amparo; Herrera Carrascal, Giovanni. *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.
- Londoño Toro, Beatriz; Rodríguez, Gloria Amparo; Schutze Páez, Klaus; Lagos, Adriana; Gutiérrez, Ruth. *Función ecológica de la propiedad en resguardos indígenas de Colombia*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.
- Macías Gómez, Luis Fernando. *Introducción al derecho ambiental*. Bogotá: Legis, 1998.
- Martín Mateo, Ramón. *Tratado de derecho ambiental*. Vol. I. Madrid: Editorial Trivium S.A., 1994.
- Martínez, Esperanza. “Los derechos de la naturaleza en los países amazónicos”. En: *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*. Quito: Ediciones Abya-Yala. 2009.
- Mendel, Toby. *El derecho a la información en América Latina. Comparación jurídica*. Quito: Unesco, 2009.
- Mesa Cuadros, Gregorio. “Ambiente, privatización y derechos”. En: Londoño Toro, Beatriz; Rodríguez, Gloria Amparo; Herrera Carrascal, Giovanni. *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.
- Murcia, Diana. *El sujeto naturaleza: elementos para su comprensión*. Serie: Derechos de la Naturaleza. Quito: Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo, 2009.
- Organización de Naciones Unidas. *La carta mundial de la naturaleza*. Resolución 37/3 de la Asamblea General del 28 de octubre de 1982. Doc. A/37/51. 1982.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- Rodríguez, Gloria Amparo. “El derecho a gozar de un medio ambiente sano. ¿Utopía o realidad?”. En: *Controversias constitucionales*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- Rodríguez, Gloria Amparo. “La función ecológica de la propiedad en la ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas”. En:

Propiedad, conflicto y medio ambiente. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.

Rodríguez, Gloria Amparo; Lozano Acosta, Carlos; Gómez Rey, Andrés. *Protección jurídica del agua en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez-Universidad del Rosario, 2011.

Sánchez Supelano, Luis Fernando. *El derecho al ambiente sano. Esquemas de reconocimiento constitucional y mecanismos judiciales de protección del derecho comparado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2012 (inédito).

Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional

Sentencia C-528 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-423 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-495 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-126 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-328 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-671 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-287 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-1172 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-851 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-055 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Introducción al principio de precaución

Martha Lucía Ovalle Bracho*

Zelba Nidia Castro de Pérez**

Introducción

Una de las características más significativa de la Constitución de 1991 consiste en que experimentó una potenciación cuantitativa en el plano de las instituciones jurídicas y de los organismos institucionales. La Fiscalía General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Constitucional, entre otras instituciones, constituyen apenas una muestra de nuevas formas de institucionalidad. Esta circunstancia también se puede rastrear en el plano cualitativo, pues de una estrecha carta de derechos contenida en el texto de 1886 se pasó a un texto generoso que contiene una amplia enumeración de derechos, acorde con las tendencias internacionales en materia de reconocimiento y protección. En este sentido, en el sistema nacional se discriminan por primera vez los derechos por unidades temáticas para plantear la categoría específica de los derechos colectivos.

Dos rasgos específicos pueden ser predicados de la implantación de los derechos colectivos en Colombia. El primero se refiere a su constitucionalización, pues pasan de las normas legales (relacionadas con los derechos de los consumidores, el ambiente, el espacio público, etc.) a las normas constitucionales; el segundo, a un marcado acento en materia ambiental, que llega hasta

* Abogada, especializada en Derecho Administrativo y en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional. Catedrática de la Especialización en Derecho Ambiental, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Asesora de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales, Procuraduría General de la Nación.

** Abogada, especializada en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional.

el punto de poder caracterizar una sección bien definida de nuestra Carta como “Constitución ecológica”.

Si se atiende a cómo fue construida la teoría de los derechos colectivos, se tiene que estos aparecen en el sistema a partir de la suscripción de diversos instrumentos internacionales, destacando la Declaración de Estocolmo de 1972. Esto hace que la normativa internacional resulte decisiva en la solución de problemas jurídicos concretos, en la medida en que por dicha vía se introduce en los sistemas internos el catálogo de los principios que regirán la solución de conflictos surgidos en atención a derechos de la totalidad del género humano, sin distinción de nacionalidades.

Entre los principios que hacen parte del sistema interno, el principio de precaución es sin duda determinante, en la medida en que su aplicación involucra varias dimensiones, pues, además del plano jurídico, es necesario atender, dentro de su comprensión y aplicación, aristas relacionadas con consideraciones científicas y con el diseño de las políticas públicas. En el caso colombiano, y en asuntos tan notorios como la fumigación de cultivos ilícitos, las actividades en los parques nacionales o la implantación de cultivos con semillas transgénicas, la estimación del principio de precaución es de primer orden, pues su consideración puede determinar el horizonte jurídico de aplicación de las políticas estatales sobre dichos temas.

Este capítulo pretende mostrar que la consideración adecuada del principio de precaución dará como resultado un marco jurídico preciso para la defensa pertinente de los derechos e intereses colectivos, tan necesaria hoy en Colombia.

1. El principio de precaución

1.1. Origen

César Cierco Seira¹ tiene en cuenta factores de carácter jurídico y social que representan un contexto idóneo para implantar la idea de cautela y precaución, donde nacen razones que explican la expansión del principio en cuestión. El primer caso se refiere al firme proceso de superación del carácter individualista de las instituciones normativas tradicionales occidentales, para dar paso a

¹ César Cierco Seira. “El principio de precaución”. En: *Temas Sociojurídicos*, vol. 21. Bucaramanga, diciembre de 2003, pp. 20-21.

una visión colectiva, dando lugar a la creciente pujanza de los bienes jurídicos colectivos. El autor cita la característica medular de estos bienes, esto es, la dificultad de revertir los daños causados, lo cual ha hecho pensar en anticipar las medidas jurídicas de protección, como forma de respuesta pública eficaz, de los intereses colectivos y difusos.

El segundo aspecto trata las profundas transformaciones ocurridas en el contexto social en las últimas décadas. La sociología, en su afán por definir el modelo de la sociedad actual, ha tocado, entre las diferentes coordenadas que delimitan el paradigma, la idea de riesgo. La denominación “sociedad del riesgo” ayuda a definir la sociedad posindustrial, que recibe este nombre precisamente por el gran número de riesgos: químicos, alimenticios, nucleares, informáticos, etc., así como por el comportamiento de los individuos y las instituciones frente a estos. Tales riesgos tienen como características: a. Tener su origen en la propia actividad humana ligada al progreso, distintos de aquellos cuya causa es la naturaleza; b. Buena parte de ellos tienen carácter global o transnacional, es decir, no tienen fronteras; c. Los riesgos tienen un “efecto igualador”, califica Cierco Seira, puesto que no existen distinguos de clase social frente al riesgo; d. Son invisibles, puesto que la persona expuesta no percibe su presencia; e. Como consecuencia de lo anterior, se crea la necesidad de acudir al criterio de expertos para determinar primero su existencia y luego los posibles efectos; f. Como última característica, pocas veces el conocimiento científico es capaz de ofrecer una explicación acabada y exacta. La denominada “sociedad del riesgo” ha dado lugar a una nueva necesidad de la comunidad: seguridad o protección frente a este tipo de riesgos. Según Cierco Seira, para satisfacer esta necesidad nada mejor que transformar el principio de precaución en principio jurídico cardinal.

De acuerdo con O’Riordan y Jordan,² el principio de precaución, o *vorsorgeprinzip*, tuvo origen en la década de los setenta en la antigua Alemania Federal, en un momento “en que la planificación social democrática estaba en boga” y se creía que el Estado buscaría evitar el deterioro ambiental mediante una planificación avanzada. La expresión *vorsorge* significa ‘previsión’

² Timothy O’Riordan y Jordan Andrew. “El principio de precaución en la política ambiental contemporánea”. En: *Environmental Values*, vol. 4, núm. 3, 1995, pp. 191-212. Traducido por Juan Sánchez García y revisado por Federico Aguilera. Disponible en: <http://www.istas.net/ma/areas/residues/escolar/aporta/aporta10.pdf>

o custodia, también implica “nociones de manejo prudente y ‘mejor práctica’ en la gestión ambiental, incluso ante la ausencia de riesgo”. Tal principio fue utilizado como una herramienta para justificar la aplicación de políticas tendientes a enfrentar la lluvia ácida, el calentamiento global y la contaminación del Mar del Norte en la segunda mitad de los ochenta. Para efectos de la fijación de estándares, *vorsorge* se constituyó en un requerimiento a las industrias para que adoptaran la mejor tecnología disponible que permitiera la disminución de las emisiones contaminantes en la fuente emisora. Para Hager y Weale,³ *vorsorge* es la manifestación de una orientación política general, de diferentes pautas calificadas como “modernización ecológica”. A pesar de tratarse de una noción vaga, en ese momento sugería la existencia de cierta compatibilidad entre la evolución de un cambio de valores posindustrialistas y las oportunidades proporcionadas por la tecnología de la información, así como por una cultura industrial flexible tendiente hacia una mayor afinidad entre la calidad ambiental y el crecimiento económico.

Otros autores fijan el origen del principio de precaución en la tradición sociopolítica germana surgida en el auge del socialismo democrático en 1930, fundamentado en el “principio del buen manejo doméstico”. La asociación entre el individuo, la economía y el Estado resultaba conveniente para mejorar la relación entre la sociedad y la naturaleza de la que se dependía para sobrevivir. Esta condición daba al principio precautorio una aptitud de administración o programación, que representaba un papel orientador para la futura acción política y regulatoria.⁴

Con arreglo a lo planteado por Boehemer, *Vorzorgeprinzip* va mucho más allá de la simple planificación preventiva, pues el concepto implica nociones de prevención de riesgo, costo efectividad –en un marco económico más flexible–, responsabilidades éticas para mantener la integridad de los sistemas naturales y de la falibilidad de la comprensión humana. Para los alemanes, la precaución es una medida de intervención, una justificación de la participación del Estado en la vida diaria de los actores sociales en nombre del buen gobierno.

³ Citados en: Timothy O’Riordan y Jordan Andrew. “El principio de precaución en la política ambiental contemporánea”..., op. cit.

⁴ Sonja Boehemer Christiansen. “The Precautionary Principle in Germany: enabling Government”. En: Tim O’Riordan y James Cameron (Ed.). *Interpreting the Precautionary Principle*. London: Earthscan Publications Ltd., 1994. Citado por Carmen Artigás. *El principio precautorio en el derecho y la política internacional*. Santiago de Chile: Naciones Unidas-CEPAL, 2001, pp. 7-8.

La planificación social en la economía, en la tecnología, en la moral y en las iniciativas sociales, puede justificarse por una interpretación amplia y abierta de la precaución.

Posteriormente, el principio de precaución fue consagrado en documentos, tratados y acuerdos internacionales, entre los cuales vale destacar la Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada por la Resolución de las Naciones Unidas del 28 de octubre de 1982, y la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en junio de 1992.

Aunque inicialmente el principio de precaución tuvo un contenido vago, nadie discute que su objeto es lograr que la intervención humana cause el menor daño posible al ambiente y a los recursos naturales a fin de garantizar un desarrollo sostenible. Para O’Riordan y Jordan, su eficacia radica en captar una duda fundamental sobre el progresivo carácter técnico de la gestión ambiental a costa de la ética, de los derechos ambientales en presencia de problemas de vulnerabilidad y de la manipulación que puede proporcionar el análisis costo-beneficio.⁵

César Cierco Seira⁶ señala que la lucha contra los riesgos ambientales –el calentamiento global del planeta y el correlativo cambio climático, el deterioro de la capa de ozono, la lluvia ácida, el avance de la desertización y la gestión de los residuos radiactivos, entre otros– exigía, y exige, el compromiso de la comunidad internacional, de tal modo que los Estados debían promover un cambio de actitud en sus políticas internas. En este punto, el principio de precaución estaba llamado a irrumpir con una función decisiva, pues algunos de ellos demoraban reiteradamente la aplicación de medidas de protección ambiental amparándose en la falta de certeza científica sobre las causas concretas de los citados riesgos ambientales. Hoy el principio de precaución goza de una amplia aceptación, cuyo estado podría calificarse de consolidado en el contexto internacional de protección del ambiente.

El mismo autor destaca la extensión del principio de precaución en dos direcciones: por un lado, se le ha dado aplicación en la protección de bienes jurídicos distintos al medio ambiente, que se han visto amenazados por ries-

⁵ Timothy O’Riordan y Jordan Andrew. “El principio de precaución en la política ambiental contemporánea”..., op. cit.

⁶ César Cierco Seira. “El principio de precaución”..., op. cit., pp. 13-65.

gos sobre cuyas causas no existe certeza científica plena. Tal es el caso de la salud humana y las repercusiones que la protección de este bien introduce en diferentes ámbitos como la alimentación, la lucha contra las enfermedades contagiosas, la exposición a sustancias químicas ambientales, etc. Por otro lado, el principio de precaución ha pasado del derecho internacional público a los derechos internos de los Estados; tal penetración varía de intensidad en cada Estado. El mecanismo a través del cual se hace efectivo también es diferente: en algunos casos la jurisprudencia da aplicación al principio de precaución; en otros, el legislador lo consagra en una norma. En este último caso también varía el rango de la fuente utilizada.

1.2. Núcleo esencial del principio de precaución

El principio de precaución presenta varias definiciones. Así, el Principio 11, b) de la Resolución de las Naciones Unidas del 28 de octubre de 1982, por la cual se aprobó la Carta de la Naturaleza, establece que “las actividades que puedan entrañar graves peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo, y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales”.

El Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en junio de 1992, señaló: “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”.

Olivier Godard, director de investigaciones en el CNRS, manifiesta que el derecho francés acoge en 1995 tal principio. En un artículo de la revista *Label France*, señala que dicho principio es aquel “según el cual, la ausencia de certezas, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe retrasar la adopción de medidas efectivas y adecuadas, de

cara a prevenir el riesgo de daños graves e irreversibles en el medio ambiente, con un coste económico razonable”.⁷

Por su parte, la Comisión Europea, frente a las dificultades para definir tal principio, en febrero del año 2000 elaboró una propuesta en la cual se señala que se aplicará para “garantizar un nivel adecuado de protección del medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal”, en los casos en que “los datos científicos no permiten una evaluación completa del riesgo”, determinando, así mismo, que este principio no debe ser utilizado como un “pretexto para acciones proteccionistas”.⁸

En Colombia, el art. 1.º de la Ley 99 de 1993 consagra los principios generales ambientales, entre ellos el principio de precaución, “conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente” (num. 6.º).

No obstante, el principio de precaución no tiene una definición comúnmente aceptada ni un conjunto de criterios que guíen su puesta en funcionamiento.⁹ El núcleo esencial de este principio se encuentra en la idea según la cual, frente a la posibilidad de que se produzca un daño, las decisiones políticas a la hora de proteger el medio ambiente, y con ello los intereses y el bienestar de las futuras generaciones, deberían tomarse adelantándose a la certidumbre científica. En esencia, requiere que en todo momento en que exista una duda razonable en relación con los posibles daños ambientales o a la privación social que puedan surgir de un determinado proceder, es preciso evitar que el riesgo llegue a ser una norma de decisión establecida. Al respecto, en la Conferencia de Desarrollo Sostenible de Bergen en 1990 se manifestó lo siguiente: “Teniendo en mente las consecuencias que ocasionaría una gran equivocación, es mejor tener algo de razón en el momento adecuado, que tenerla plenamente pero demasiado tarde”.

⁷ Citado por Kourilski Philippe. “Principio de precaución, salud y medio ambiente” [conferencia]. Barcelona, 22 de abril de 2002. Disponible en: www.biomedsc.neta/biomedsc/d02020502.htm

⁸ *Ibidem*.

⁹ Timothy O’Riordan y Jordan Andrew. “El principio de precaución en la política ambiental contemporánea”..., *op. cit.*, p. 2.

Cierco Seira¹⁰ destaca que el documento “Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución”, aprobado por la Comisión de las Comunidades Europeas en febrero de 2000, podría considerarse como el referente fundamental para la delimitación adecuada de este principio, y que sirve de guía ante la debilidad normativa que se presenta en el momento de aplicar dicho principio. Con base en el documento citado, y para la puesta en marcha del principio de precaución, el autor enuncia dos elementos:

- La identificación de un riesgo o amenaza grave para la salud pública o el ambiente. Cuando se aprecie la gravedad del riesgo se sopesarán no solo los efectos inmediatos sino los que puedan surgir a mediano y largo plazo, así como los efectos acumulativos o interactivos.
- Identificado el riesgo grave, podrán surgir dudas sobre la concreta evaluación del riesgo: 1. Que sea difícil identificar el agente concreto del riesgo; 2. Que sea difícil precisar las causas que lo hacen riesgoso; 3. Cuál puede ser el alcance exacto de sus efectos; 4. Cuál sería la intensidad del carácter nocivo. Esta situación de incertidumbre exige una evaluación científica que debe reunir los siguientes puntos:
 - a. La incertidumbre ha de ser objetiva; esto es, la evaluación deberá llevarse a cabo por instituciones neutrales, desapegadas del poder público y de eventuales sectores interesados. El sector público no debe desentenderse de la evaluación, por el contrario, deberá patrocinar resueltamente las investigaciones.
 - b. La investigación científica debe arrojar una duda razonable fundada en criterios y procedimientos de análisis lógico, riguroso, completo y actual (teniendo en cuenta los últimos conocimientos disponibles); por tanto, en vez de hablar de incertidumbre se haría referencia a situación de certidumbre incompleta o parcial. Con ello evitaríamos activar potentes mecanismos de reacción frente a la más mínima sospecha de riesgo.
 - c. La incertidumbre debe gestarse en un contexto de transparencia, esto es, que todos tengan acceso a la evaluación y a los datos que

¹⁰ César Cierco Seira. “El principio de precaución”..., op. cit., pp. 33-36.

sirvieron de soporte (en consecuencia, dar a conocer la opinión de los sujetos afectados).

1.3. Elementos centrales del principio de precaución

El principio de precaución comprende los siguientes elementos centrales:¹¹

1. Pro-acción: significa la voluntad de emprender acciones con anterioridad a la evidencia científica o de tomar medidas ante la ignorancia fundamental sobre las posibles consecuencias, dado que un retraso puede llegar a ser más costoso que el “sacrificio” de no llevarlas a cabo en un instante preciso. “En términos prácticos, el empleo de algún tipo de análisis costo-beneficio o regla de la proporcionalidad es aplicable. La pro-acción es el origen del enfoque de daño mínimo, basado en la reducción del peligro potencial en el momento de la decisión. Esta ha sido la posición alemana (Von Moltke 1998, 68; Boehmer Christiansen, 1994, 40-46)”, y es también “la esencia del enfoque de la prevención del riesgo en políticas de control de la contaminación norteamericanas y está en línea con la política comunitaria europea sobre el control y la prevención integrada de la contaminación (Jordan 1993)”.
2. Costo-efectividad de la acción: la aplicación de la proporcionalidad de la respuesta está enfocada a mostrar la necesidad de un examen permanente de las ganancias sociales y ambientales identificables que surgen de la línea de acción tomada y que justifica los costos.
3. Por la salvaguardia del espacio ecológico: en todas las interpretaciones del principio de precaución subyace la idea de hasta dónde los ecosistemas y las organizaciones sociales son capaces de adaptarse o son vulnerables a nuevos cambios o alteraciones. Aquí están en juego juicios sobre las capacidades de adaptación y los posibles umbrales de irreversibilidad, o por lo menos sobre los procesos de deterioro que se retroalimentan o sobre la injusticia social.
4. Legitimando la condición del valor intrínseco de los sistemas naturales: aquellos sistemas naturales críticos o vulnerables, a saber, aquellos

¹¹ Timothy O’Riordan y Jordan Andrew. “El principio de precaución en la política ambiental contemporánea”..., op. cit., pp. 3-5.

cercanos a los umbrales, o aquellos cuya existencia es vital para la regeneración natural, deberían ser protegidos como una cuestión de derecho moral. A su vez, esto significa una tensión tanto en la aplicación generalizada del análisis costo-beneficio, incluyendo la regla de la proporcionalidad, como en la práctica normal de considerar todas las opciones con capacidad de ser comparadas en el proceso de toma de decisiones.

5. Cambiando la responsabilidad de la carga de la prueba: la carga de la prueba debería cambiar hacia el primer promotor, el cual debe demostrar que “ningún daño ambiental razonable” se producirá en ese lugar o proceso, antes de que se desarrolle cualquier proyecto. Esto significaría imponer una obligación de preocupación ambiental sobre todos los promotores de obras o actividades que puedan causar un cambio en los sistemas naturales.
6. La planificación a escala intermedia: la meso-escala es el período, aproximadamente entre veinticinco y cien años a partir del momento de la decisión, sobre el cual cualquier decisión importante tendrá una influencia. Sin embargo, es un espacio de tiempo en el que los instrumentos normales de previsión y de análisis de decisión simplemente no funcionan. Rara vez los análisis costo-beneficio consideran los costos y los beneficios probables de diferentes líneas de acción durante este período. De igual manera, las reglas jurídicas sobre compensación u obligación de tener precaución están mal desarrolladas. La misma democracia, con su fuerte sesgo político a favor de gratificaciones inmediatas y ganancias para hoy en lugar de mañana, está mal adaptada a esta escala temporal. Este es un ámbito en el que el principio de precaución desafía tanto la actuación institucional como el sentido de ciudadanía que se concentra ante todo en el bienestar de la sociedad de hoy en lugar de concentrarse en el estado del mundo en el futuro.
7. Pago por la deuda ecológica pasada: si bien precaución significa mirar hacia el futuro, existen razones para considerar la posibilidad de compartir la carga entre aquellos que no han tenido precaución en el pasado. Las responsabilidades por realizar actos perjudiciales a causa de la ignorancia o por no considerar la vulnerabilidad ambiental como una base seria a la hora de evaluar opciones, no debería ser una

exigencia para quienes no existían obligaciones claramente definidas de tener una preocupación moral y legal. Sin embargo, cargar con tal peso es un importante componente de la precaución. Por ejemplo, la noción de una “responsabilidad común pero diferenciada”, consagrada en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el concepto de conducir la precaución “de acuerdo a las capacidades” en el Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro, constituyen el germen de estas ideas. Esta “precaución hacia atrás”, si bien es atractiva desde el punto de vista moral, puede no tener una buena acogida en los tribunales; su futuro está en la esfera política.

O’Riordan y Jordan advierten que si se quiere hacer operativo cada uno de los siete elementos señalados se requiere de un mecanismo institucional ya sea de carácter legal, como la introducción de regímenes estrictos sobre responsabilidades; económico, como el análisis costo-beneficio ponderado; o tecnológico, por ejemplo, la producción más limpia. De igual manera, señalan que el principio de precaución funciona en un continuo de opciones dentro de cada elemento distintivo que van desde formulaciones muy débiles que protegen el statu quo hasta otras más fuertes que buscan mayores cambios sociales e institucionales, existiendo múltiples variaciones entre los dos extremos. Así, por ejemplo, el Gobierno británico fija un papel limitado para la aplicación del principio de precaución:

Donde haya riesgos *significativos* de deteriorar el medio ambiente, y si el balance de los probables costes y beneficios lo justifican, estaremos preparados para tomar acciones preventivas que limiten el uso de materiales potencialmente dañinos o la difusión de contaminadores potencialmente peligrosos, incluso en aquellas situaciones donde la evidencia científica no sea concluyente. El principio de precaución se aplica especialmente *cuando hay buenas razones* para juzgar, ya sea sobre si una acción tomada de forma inmediata a un *coste comparativamente bajo* puede evitar daños más costosos o ya sea sobre los efectos irreversibles que puedan surgir si una acción se retrasa. (HM Govt., 1990, 1)

Por su parte, Alemania tiende a adoptar una definición fuerte del principio de precaución. Un informe de 1984 del Gobierno Federal alemán expresa lo siguiente sobre la calidad del aire:

El principio de precaución impone que los daños ocasionados al mundo natural (...) deberían ser evitados de antemano y con arreglo a su oportunidad y a su posibilidad (precaución) significa además de la temprana detección de peligros a la salud y al medio ambiente mediante una investigación...integrada y sincronizada... *También significa actuar cuando no esté disponible por la ciencia comprensiones determinadas de forma concluyente...*¹²

2. El principio de precaución en el derecho internacional

Los grandes riesgos ambientales, como el calentamiento global del planeta, el cambio climático, la lluvia ácida, la gestión de los residuos radioactivos, la desertización, entre otros, han demandado la lucha conjunta de la comunidad internacional para proteger el medio ambiente y los recursos naturales renovables, y con ello la salud y la vida de todos los seres de la naturaleza, buscando siempre el desarrollo sostenible. Por tanto, ante la sentida necesidad de tomar medidas sin esperar la prueba que ofrezca certeza científica absoluta del daño que se pueda causar por la intervención en el medio natural, el principio de precaución ha ido consolidándose en diferentes instrumentos internacionales, como tratados, convenios, protocolos y declaraciones de intenciones. A continuación se muestran algunos extractos de los instrumentos más importantes.

2.1. Protocolo de Montreal, 1987

Considerando que son Partes en el Convenio de Viena para la protección de la Capa de Ozono.

Consientes de que en virtud del Convenio, tienen la obligación de tomar medidas adecuadas para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos nocivos que se derivan o pueden deri-

¹² Sonja Boehemer Christiansen. "The Precautionary Principle in Germany: enabling Government" ..., op. cit.

varse de actividades humanas que modifican o pueden modificar la capa de ozono,

(...)

Decididas a proteger la capa de ozono adoptando medidas preventivas para controlar equitativamente el total de emisiones mundiales de sustancias que la agotan, con el objetivo final de eliminarlas, sobre la base de los adelantos en los conocimientos científicos, teniendo en cuenta aspectos técnicos y económicos y teniendo presentes las necesidades que en materia de desarrollo tienen los países en desarrollo...

2.2. Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, 1990

Teniendo presente la importancia que tienen las medidas de precaución y prevención para evitar en primer lugar la contaminación por hidrocarburos, así como la necesidad de aplicar estrictamente los instrumentos internacionales existentes relativos a la seguridad marítima y a la prevención de la contaminación del mar, en particular el Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974, en su forma enmendada, y el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, en su forma modificada por el correspondiente Protocolo de 1978, y también de elaborar cuanto antes normas más elevadas para el proyecto, explotación y mantenimiento de los buques que transportan hidrocarburos y de las unidades mar adentro... (Preámbulo).

2.3. Declaración Ministerial de Bergen sobre Desarrollo Sustentable en la Comunidad Económica Europea, 1990

... A fin de lograr el desarrollo sostenible, las políticas deben basarse en el principio precautorio. Las medidas ambientales deben anticipar, prevenir y atacar las causas de la degradación ambiental. Cuando haya amenaza de daño “serio” o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe usarse como razón para posponer la adopción de medidas que prevengan la degradación ambiental.

2.4. Declaración de La Haya, 1990

Las Partes (...) continuarán aplicando el principio de precaución, es decir, tomar medidas para evitar los impactos posiblemente perjudiciales de sustancias que son persistentes, tóxicas y puedan bioacumularse, aun cuando no haya pruebas científicas que demuestren un nexo causal entre las emisiones y los efectos... (Preámbulo).

2.5. Convención de Bamako, 1991

Cada Parte tratará de optar y poner en práctica el enfoque preventivo y de prevención en los problemas de contaminación, lo que supone, entre otras cosas, evitar que se liberen en el medio ambiente, sin necesidad de esperar que haya pruebas científicas en relación con ese daño. (Art. 4)

2.6. La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en junio de 1992

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. (Principio 15)

2.7. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo Agenda 21, 1992

Ante amenazas de daños ambientales irreversibles, la falta de conocimientos científicos no debe ser excusa para postergar la adopción de medidas que se justifiquen de por sí. El enfoque basado en el principio de precaución podría suministrar una base científica sólida para la formulación de políticas relativas a sistemas complejos que aún

no se comprenden plenamente y cuyas consecuencias no se pueden predecir todavía. (Parágrafo 35.3.)

2.8. Convención sobre Cursos de Agua Transfronterizos y de Lagos Internacionales, 1992

Las medidas adoptadas por los Estados Partes en la Convención se regirán por los principios siguientes: el principio de precaución, en virtud del cual no se aplazarán las medidas para evitar el posible impacto transfronterizo de la emisión de sustancias peligrosas so pretexto de que las investigaciones científicas no han demostrado plenamente una relación causal entre dichas sustancias, por un lado, y un posible impacto transfronterizo, por el otro lado. (Art. 2)

2.9. Convenio Marco sobre Cambio Climático, 1992

Art. 3.3. Las partes deberán tomar medidas de precaución para prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta total de certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberán ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. *A tal fin* esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos...

2.10. Convenio sobre Diversidad Biológica, 1992

Observando que es vital prevenir, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica.

Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las

medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.
(Preámbulo)

2.11. Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea, 1994

La política de la comunidad sobre el medio ambiente (...) se basará en el principio de precaución...” (Párrafo 31)

2.12. Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces, 1995

- (1) Los Estados aplicarán el enfoque de precaución ampliamente a la conservación, gestión y explotación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias, a fin de proteger los recursos marinos vivos y preservar el medio ambiente marino.
- (2) Los Estados actuarán con mayor prudencia cuando la información sea incierta, poco fiable o insuficiente. La falta de suficiente información no debería utilizarse como razón para posponer medidas de conservación y gestión.
- (7) ... Los Estados adoptarán también esas medidas con carácter urgente cuando una actividad de pesca plantee una amenaza grave a la sostenibilidad de las poblaciones. Las medidas que se adopten con carácter urgente serán transitorias y deberán basarse en las mejores pruebas científicas disponibles. (Art. 7.1.2.7)

2.13. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos –Decisión 391– Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, 1996

De la Precaución. Los países miembros podrán adoptar medidas destinadas a impedir la erosión genética o la degradación del medio ambiente y de los recursos naturales. Cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces.

El principio de precaución deberá aplicarse de conformidad con las disposiciones contenidas en el capítulo correspondiente al programa de liberación del Acuerdo de Cartagena y demás normas aplicables del ordenamiento jurídico de este Acuerdo. (Cap. VI, art. 13)

2.14. Tratado de Ámsterdam, por el cual se modifica el Tratado de Maastricht, 1997

La política de la Comunidad sobre el medio ambiente apuntará a un alto nivel de protección... Se basará en el principio de precaución... (Art. 175)

2.15. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Montreal, 29 de enero de 2000

Reafirmando el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a la Parte de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate. (Art. 10, num. 6)

2.16. Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, suscrito en Estocolmo, Suecia, en mayo de 2001¹³

Reconociendo que la idea de precaución es el fundamento de las preocupaciones de todas las Partes y se halla incorporada de manera sustancial en el presente convenio... (Preámbulo)

¹³ Vale advertir que se trata de un convenio en el que el principio de precaución irradia todo el articulado.

Teniendo presente el principio de precaución consagrado en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Convenio es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes. (Art. 1)

3. Regulación nacional del principio de precaución

3.1. Antecedentes

El 16 de junio de 1972 se adoptó en Estocolmo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, la cual asume la importancia del medio humano natural y artificial para el ejercicio de los derechos humanos fundamentales, así como la necesidad de proteger, conservar y mejorar el medio humano como un querer de los pueblos y un deber de los Gobiernos.

Inspirado por la Declaración de Estocolmo, el legislador colombiano expidió la Ley 23 de 1973, por medio de la cual le otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. En su art. 1.º señala como objeto principal –y por supuesto del código que se pretende expedir– la prevención y el control de la contaminación del medio ambiente y la búsqueda del mejoramiento, la conservación y la restauración de los recursos naturales renovables para defender la salud y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional.

El art. 15 de la ley dispuso que toda persona natural o jurídica que utilice elementos susceptibles de producir contaminación está en la obligación de informar al Gobierno Nacional y a los consumidores acerca del peligro que el uso de dichos elementos pueda ocasionar a la salud humana o al ambiente.

En este orden, cabe resaltar que si bien ni la Ley 23 de 1973 ni el Decreto 2811 de 1974 –Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente– consagraron el principio de precaución, sí señalaron como un objetivo el concepto de prevención.

3.2. El principio de precaución en la Carta Política de 1991

El Constituyente de 1991 sintió la necesidad de elevar a rango constitucional la protección jurídica del medio ambiente; por ello, la Carta Política de ese año se define como la “Constitución ecológica”, pues está integrada por un

conjunto de normas supraleales que regulan las relaciones del hombre con el medio natural buscando la protección de uno y de otro. Así, en la Asamblea Nacional Constituyente, Álvaro Gómez Hurtado, frente a la protección del medio ambiente, propuso el siguiente artículo:

La preservación de la naturaleza y del ambiente es un objetivo nacional. El conflicto entre este objetivo y el desarrollo económico y social dará derecho a una acción pública cuya forma y condiciones de ejercicio serán establecidas por la ley.

En la exposición de motivos de la citada disposición, Gómez Hurtado señaló que:

No ha sido suficiente el esfuerzo que sobre el particular se ha venido realizando en Colombia. La reglamentación que en esta materia consagra el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente (Decreto Número 2811 de 1974) aparece lejana del conocimiento y compromiso de toda la Nación. Por tanto, debe ser elevada a una norma de mayor jerarquía y a su vez debe acompañársela de instrumentos efectivos que hagan posible la participación de los asociados en el cumplimiento de éste cometido.¹⁴

Vale destacar que una de las razones de la Carta Política de 1991 consagrada en el preámbulo es asegurar a los integrantes de la República de Colombia la vida, la convivencia y la paz. Así mismo, establece como principios fundamentales la prevalencia del interés general y la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas naturales de la nación (art. 8); la atención de la salud y el saneamiento ambiental tienen el carácter de servicios públicos a cargo del Estado (art. 49); la propiedad es una función social que implica obligaciones y, como tal, le es inherente una función ecológica (art. 58); y la educación debe formar al colombiano para proteger el medio ambiente (art. 67).

¹⁴ Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia núm. 23. En: *Gaceta Constitucional*, núm. 19, 11 de marzo de 1991.

Por otra parte, la “Constitución ecológica” consagra el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano; en consecuencia, impone al Estado, por un lado, los deberes de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines; planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución y cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en zonas de frontera (arts. 79 y 80, inciso 1.º); por otro, señala como un deber de la persona y del ciudadano proteger los recursos naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

Respecto al tema que nos ocupa, es preciso resaltar que el inciso 2.º del art. 80 superior dispone que el Estado deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. A nuestro juicio, esta disposición es el fundamento constitucional del principio de precaución en Colombia, aunque no se refiera expresamente a aspectos como “el daño grave e irreversible” y “la falta de certeza científica absoluta” que integran el núcleo de ese principio, tal como lo señalan la Declaración de Río de 1992 y los demás instrumentos internacionales que lo consagran.

3.3. La Ley 99 de 1993 consagra expresamente el principio de precaución

Tal como se ha mencionado, en 1992 se celebró en Río de Janeiro la denominada Cumbre de la Tierra, en la que fueron aprobados cuatro documentos: La Agenda 21, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio Climático, el Convenio sobre Diversidad Biológica y la Declaración de Río, que contiene veintisiete principios, entre ellos el de precaución. Dicha conferencia se inspiró en el Informe Brundtland de 1987, trabajo realizado por la Comisión Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en el cual se consagró por primera vez en la historia el concepto de desarrollo sostenible, conforme al cual todas las personas tienen derecho a aprovechar los recursos naturales renovables, sin agotar sus bases, con el fin de que las generaciones futuras tengan la oportunidad de utilizarlos para vivir, convirtiéndose así en un objetivo común de la comunidad internacional.

En desarrollo de la Constitución ecológica de 1991, y teniendo en cuenta la Declaración de Río de Janeiro, se expidió la Ley 99 de 1993, por la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente y

Desarrollo Sostenible, se reordenó el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, y se implementó el Sistema Nacional Ambiental (SINA).

El art. 1.º de la citada ley establece que la política ambiental colombiana se fundamenta en catorce principios generales, uno de los cuales determina que “el proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo” (num. 1.º). Entre los catorce principios generales se encuentra el principio de precaución.

El num. 1.º del art. 1.º de la Ley 99 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-528 de 1994, entre otras razones porque, a juicio de la Corte, tal disposición se ajusta tanto al preámbulo de la Constitución como a los artículos 1.º y 2.º, que consagran los fines del Estado y los principios fundamentales de la organización jurídico-política de la nación, entre los que se encuentran la prevalencia del interés general, la solidaridad de las personas que la integran, y el propósito de asegurar la convivencia pacífica y un orden justo.

Con arreglo al num. 6.º del art. 1.º de la Ley 99 de 1993, en la formulación de las políticas ambientales debe tenerse en cuenta el resultado del proceso de investigación científica; sin embargo, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución, conforme al cual “cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.”

Sobre el principio de precaución, en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes al proyecto de ley que después se convirtió en la Ley 99 de 1993, se lee:

La Cumbre de la Tierra abrió un espacio al concepto de desarrollo sostenible como orientador fundamental de la acción de los gobiernos y de las sociedades. La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo contiene veintisiete principios básicos, que deberán guiar la conducta de las naciones y de las gentes con relación al medio ambiente y el desarrollo, con el fin de asegurar la viabilidad futura y la integridad del planeta como un hogar viviente para los

seres humanos y para las otras formas de vida. Teniendo en cuenta que Colombia firmó la Declaración de Río, proponemos encabezar el Capítulo I de este Proyecto de Ley con el título “Fundamentos de la Política Ambiental Colombiana”. Bajo este título se enuncia que el proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales de desarrollo sostenible consignados en esa declaración...

(...) a continuación presentaremos las principales modificaciones hechas al texto aprobado por el honorable Senado de la República:

Título I

FUNDAMENTOS DE LA POLÍTICA AMBIENTAL COLOMBIANA

Este título fija los principios básicos que deberán guiar la acción del Estado y de la sociedad civil en relación con el medio ambiente y el desarrollo sostenible. Se consideró necesario precisar algunos de los principios e introducir unos nuevos a fin de que este título tenga una mayor congruencia y armonía con la Constitución Política de Colombia y con los acuerdos y convenciones firmados por nuestro país en la Cumbre para la Tierra reunida en Río de Janeiro, en junio de 1992.

En el conjunto de los nuevos principios propuestos se asevera que el logro del desarrollo económico a largo plazo exige en forma ineludible su vinculación con la protección del medio ambiente. Ello será posible únicamente mediante una alianza nacional nueva y equitativa con la participación del Gobierno, la población y los sectores claves de la sociedad y con una adecuada colaboración internacional. Entre los nuevos principios vale la pena destacar:

(...)

El principio de precaución como instrumento válido en la formulación de políticas ambientales...¹⁵

¹⁵ *Gaceta del Congreso*, núm. 420, 29 de noviembre de 1993.

El num. 6 del art. 1.º de la Ley 99 de 1993 fue objeto de examen de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, que declaró su exequibilidad en la Sentencia C-293 de 2002, providencia en la cual la citada corporación resalta que la obligación de dar aplicación al principio de precaución no solo recae sobre el Estado sino también en cabeza de los particulares, de conformidad con lo dispuesto en el art. 95, num. 8, superior, pues la protección del medio ambiente es responsabilidad de todas las personas e involucra a los Estados, trasciende los intereses nacionales y tiene importancia universal, por cuanto está en juego la protección de las generaciones presentes y la supervivencia de las futuras.

En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional advierte que en aquellos casos en que la autoridad ambiental deba tomar decisiones concretas tendientes a evitar un peligro de daño grave sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer teniendo en cuenta las políticas ambientales diseñadas por la ley, en desarrollo de la Carta Política, en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho; por tanto, debe constatar que se cumplan los siguientes elementos:

1. Que exista peligro de daño;
2. que este sea grave e irreversible;
3. que exista un principio de certeza científica, así esta no sea absoluta;
4. que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente;
5. que el acto en que se adopte la decisión sea motivado, con el fin de garantizar el derecho al debido proceso.

De lo expuesto, se infiere la acogida del principio de precaución en nuestro sistema jurídico como un instrumento para optimizar la protección y la defensa del medio ambiente, los recursos naturales renovables, la salud y la vida humana.

3.4. Incorporación del principio de precaución al derecho interno por medio de leyes aprobatorias de instrumentos internacionales suscritos por Colombia

El principio de precaución ha sido incorporado al derecho interno a través de leyes aprobatorias de instrumentos internacionales suscritos por Colombia,

como la Ley 29 de 1992, mediante la cual el legislador aprobó el Protocolo de Montreal; la Ley 164 de 1994, por medio de la cual se aprueba la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; la Ley 165 de 1995, aprobatoria del Convenio sobre Diversidad Biológica, y la Ley 740 de 2002, por medio de la cual se aprueba el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Es preciso destacar que si bien los principios de la Declaración de Río de 1992 no tienen fuerza jurídica vinculante, la Ley 99 de 1993 los incorporó al sistema normativo de la República.

Mediante Sentencia C-071 de 2003, la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 740 de 2002, aprobatoria del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, al analizar el art. 2.º del citado instrumento, que consagra algunas disposiciones sobre la forma en que debe aplicarse e interpretarse el Protocolo, el tribunal manifestó:

Cabe destacar en este artículo la consagración del principio según el cual, las Partes deben velar por que el desarrollo, la manipulación, el transporte, la utilización, la transferencia y la liberación de cualesquiera organismos vivos modificados se realicen de forma que se eviten o se reduzcan los riesgos para la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana. Dicha obligación desarrolla, no sobra reiterar, el principio internacional del Derecho Ambiental conocido como “criterio de precaución”, según el cual, 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, lo cual es perfectamente compatible con el deber constitucional de prevenir y controlar los factores del deterioro del ambiente, los ecosistemas y la diversidad biológica (art. 80 C. P.).

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 226 de la Carta Política, según el cual es deber del Estado promover la internacionalización de las relaciones ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, no hay duda sobre la importancia de los instrumentos internacionales dentro del derecho interno para la protección de los recursos naturales renovables y el

medio ambiente, pues ello permite proceder con cautela o reserva para evitar los problemas que van más allá de las fronteras y que, por tanto, requieren de un esfuerzo conjunto de la comunidad internacional.

3.5. Las acciones populares y el principio de precaución

Las acciones populares son un instrumento importante para la protección de aquellos derechos e intereses colectivos que se encuentren en riesgo de violación ya sea por un daño contingente o por un peligro, amenaza o agravio sobre ellos. En ese orden, aunque la Ley 472 de 1998 no se refiere expresamente a la falta de certeza científica absoluta, la naturaleza preventiva convierte a tales acciones en un mecanismo que facilita la aplicación del principio de precaución.

3.6. La acción de cumplimiento

Si bien la acción popular es el mecanismo judicial por excelencia para la defensa de los derechos e intereses colectivos, tales como el medio ambiente y los recursos naturales renovables, también es cierto que a través de la acción de cumplimiento se puede solicitar a la autoridad judicial la expedición de una orden dirigida a la autoridad pública que se ha constituido en renuencia para que proteja tales derechos, orden que puede concretarse en la aplicación del principio de precaución, consagrado en la Ley 99 de 1993, cuando se ha omitido el deber de aplicarlo.

3.7. El principio de precaución en otros sistemas normativos nacionales

Vale destacar el esfuerzo que ha realizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional para extender el influjo del principio de precaución a otros ordenamientos jurídicos que, aunque no lo consagran expresamente, deben tenerlo en cuenta y darle aplicación por la naturaleza de la materia que regulan. Así, al conocer de la demanda de inconstitucionalidad contra el art. 34 de la Ley 685 de 2002, Código de Minas, el cual prohíbe la ejecución de trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del medio ambiente, el citado tribunal manifestó, en la Sentencia C-339 de 2002, que en el evento de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la explotación minera de una zona determinada, la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección del medio ambiente, pues si se desarrolla el proyecto minero y luego se demuestra que ocasionaba un grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias.

3.8. Mecanismos administrativos que permiten la aplicación del principio de precaución en Colombia

No hay duda de que la licencia ambiental tiene un carácter precautorio, en la medida en que busca prevenir, mitigar o eliminar, cuando ello fuere posible, los efectos negativos que pueda generar la obra o actividad que se pretende desarrollar, tal como lo ha afirmado la Corte Constitucional:

Esta Corporación ha sostenido en oportunidades anteriores, que las licencias ambientales cumplen un papel preventivo de protección medioambiental, y en esa medida, constituyen un instrumento de desarrollo del artículo 80 constitucional. Al respecto, esta Corte anotó: “La licencia ambiental consiste en la autorización que la autoridad ambiental concede para la ejecución de una obra o actividad que potencialmente puede afectar los recursos naturales renovables o el ambiente. (...) De este modo, la licencia ambiental tiene indudablemente un fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o revertir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente”. (Sentencia C-035 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell)

Por otra parte, ante las dificultades para dar aplicación al principio de precaución, entre otras razones porque no se ha fijado el alcance de algunos de los elementos que lo integran, como el concepto de “daño grave e irreversible”, es preciso tener en cuenta que si el legislador o la autoridad administrativa consideran que determinados proyectos tienen la capacidad de producir un deterioro grave a los recursos naturales renovables y al medio ambiente y por ello requieren de una autorización de tal carácter (la licencia ambiental), son ellos los primeros llamados a ser objeto de aplicación del principio de precaución.

Además de la licencia ambiental, el ordenamiento jurídico colombiano prevé la necesidad de obtener otra clase de permisos, autorizaciones y concesiones para la utilización de algunos recursos naturales renovables en particular, entre otros el suelo, el aire y el agua, que también cumplen una función preventiva o precautoria.

4. Aplicación práctica del principio de precaución en Colombia

A continuación se describen y analizan algunos casos en que el principio de precaución ha sido objeto de debate en la justicia colombiana.

4.1. Acción popular contra las fumigaciones aéreas con glifosato a los cultivos ilícitos¹⁶

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra la nación–Ministerio del Medio Ambiente, con el fin de lograr la protección del derecho colectivo a gozar de un ambiente sano; obtener el equilibrio ecológico; un manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; la conservación de las especies animales y vegetales, de las áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en zonas fronterizas; así como preservar todos los demás intereses relacionados con el medio ambiente, la seguridad y la salubridad públicas, y hacer efectiva la prohibición de fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas y biológicas, frente a la aspersión aérea de glifosato sobre los cultivos ilícitos.

Los demandantes solicitaron, entre otras medidas cautelares, la suspensión inmediata de las fumigaciones con fundamento en el principio de precaución, solicitud que fue negada por el Tribunal Administrativo,¹⁷ decisión que fue apelada ante el Consejo de Estado, que confirmó lo resuelto por el *ad quo* por considerar que el material probatorio que obra en el expediente no demuestra la existencia de un daño inminente que afecte el medio ambiente, condición necesaria para que puedan decretarse las medidas cautelares conforme a lo dispuesto en el art. 25 de la Ley 472 de 1988. A juicio del Consejo de Estado, los planteamientos presentados por los actores son hipotéticos y no obedecen a estudios científicos ni técnicos que permitan determinar la existencia de casos concretos que evidencien alteraciones sobre el medio ambiente y la salud humana. Así las cosas, “la carencia de certeza científica que indique perjuicios concretos” hizo imposible un pronunciamiento favorable a la solicitud presentada por los demandantes.¹⁸

¹⁶ Acción popular AP-312, actores: Claudia Sampedro Torres y otro.

¹⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B. Auto del 4 de octubre de 2001.

¹⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto AP-0022 del 28 de febrero de 2002, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Conforme a lo manifestado por el Consejo de Estado, no era posible aplicar el principio de precaución, “pues como se encuentra consagrado en aquél, la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente se debe llevar a cabo cuando exista peligro de daño grave e irreversible, situación que no se presenta en el sub-judice”.

En fallo de primera instancia, el Tribunal Administrativo accedió a la petición de protección del medio ambiente, de los recursos naturales renovables y de la salud humana invocada por los demandantes, y dio aplicación al principio de precaución en relación con la toxicidad crónica que a su juicio causa la aspersión aérea de glifosato; en consecuencia, ordenó la suspensión transitoria de tales fumigaciones y dispuso que el entonces Ministerio de Seguridad Social, el Instituto Nacional de Salud y la Universidad Nacional de Colombia, en coordinación con el Consejo Nacional de Plaguicidas, realizaran los estudios tendientes a determinar el impacto de los químicos Glifosato, Poa y Cosmoflux sobre la vida humana. De igual manera, ordenó a la Dirección Nacional de Estupefacientes identificar los daños causados con la aspersión aérea de tales productos con registro de morbilidad y asignó a la Procuraduría General de la Nación la vigilancia del cumplimiento de la decisión.

La decisión fue apelada, recurso que fue resuelto por el Consejo de Estado¹⁹ en fallo del 19 de octubre de 2004, en el cual manifestó que de las pruebas que obran en el expediente “no se infiere, con certeza, que el glifosato empleado para la erradicación de los cultivos ilícitos produzca daños irreversibles en el medio ambiente”. En la misma providencia, el Consejo de Estado manifestó que el principio de precaución no puede servir de fundamento jurídico para decretar la suspensión de las fumigaciones aéreas con glifosato como una medida eficaz para evitar la degradación del medio ambiente, pues “en las actuales circunstancias no hay razón valedera de que exista peligro de daño irreversible y grave que imponga esa medida extrema”.

Con fundamento en lo anterior, la corporación revocó el fallo de primera instancia y ordenó al Ministerio de Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, continuar la labor de vigilancia para lograr el estricto cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental impuesto al proyecto de aspersión aérea de glifosato sobre los cultivos ilícitos. De igual manera, impuso al

¹⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente IJ-25000-23-25-000-2001-00022-02, Sentencia del 19 de octubre 2004, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Ministerio de Protección Social el deber de realizar estudios que comprendan grupos expuestos a Glifosato, Cosmofluz y Poea, lo mismo que a un grupo no expuesto a tales sustancias, en el tiempo, incluyendo registros de morbilidad y mortalidad, con el objeto de determinar el impacto de los químicos señalados en la salud y la vida de los colombianos en las zonas asperjadas, especialmente en la zona de influencia de la Sierra Nevada de Santa Marta. Así mismo, ordenó a la Dirección Nacional de Estupefacientes verificar los efectos de la fumigación en los elementos del medio ambiente presentes en las zonas que han sido fumigadas, a manera de muestra, de modo que en ella se provean áreas fumigadas en épocas distintas.

Por su importancia jurídica, el fallo citado fue adoptado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, siendo aprobado por trece de los veintitrés magistrados, pues tres se encontraban ausentes y siete salvaron su voto.

Teniendo en cuenta que los argumentos que presentaron los siete magistrados que salvaron su voto tienen como núcleo el principio de precaución, algunos de ellos se presentan a continuación.

La consejera de Estado Olga Inés Navarrete Barrero salvó su voto por considerar que debió tomarse en cuenta de manera primordial el principio de precaución. Debió traerse al expediente la prueba completa y necesaria de lo inocuo de las sustancias Glifosato, Poea y Cosmofluz para tomar una decisión definitiva a fin de ponerse a tono con los tratados y convenios internacionales.

Los magistrados Rafael Lafont Pianeta, María Elena Giraldo Gómez y Jesús María Lemos Bustamante se apartaron de lo decidido por la mayoría, pues consideraron que debió confirmarse la sentencia de primera instancia, fijando un término prudente para la suspensión de las fumigaciones, el cual debía coincidir con el requerido para la realización de los estudios pertinentes. De manera acertada, la sentencia de primer grado, ante la falta de certeza absoluta sobre las consecuencias reales de la fumigación aérea en los recursos naturales renovables y el medio ambiente, y teniendo en cuenta la extensión territorial que puede ser objeto de fumigación, dio aplicación al principio de precaución. Así lo requiere el peligro que comporta el uso del *Round-Up* en la erradicación de cultivos ilícitos, pues está dicho que se trata de una sustancia química de carácter letal. Con ello se reitera que de ese peligro surge la imperiosa necesidad de que se realice el monitoreo o seguimiento de los efectos que ha podido generar el programa de fumigación para erradicar cultivos ilícitos

en Colombia y, por ende, llegar a un conocimiento más confiable sobre esos efectos respecto de la salud humana y del medio ambiente.

4.2. La adopción de medidas de seguridad encaminadas a conjurar, prevenir o impedir la ocurrencia de hechos o la existencia de situaciones de riesgo que atenten o puedan atentar contra la salubridad pública se inspiran en el principio de precaución

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, a través de la sentencia del 19 de noviembre de 2009,²⁰ al decidir la apelación interpuesta por la parte demandada, confirmó la sentencia proferida el 26 de octubre de 2006 por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la Sociedad Santandereana de Desechos Sólidos –Sandesol Ltda., relativas a la declaratoria de nulidad de la Resolución núm. 197 del 15 de marzo de 1999, proferida por el director de la Corporación Autónoma regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga (CDMB) por la cual se suspendió la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución 781 del 30 de julio de 1997 para la operación de un horno incinerador de residuos sólidos, debido a que la emisión de materiales particulados superaba los límites fijados por la ley.

El Consejo de Estado consideró que la adopción de medidas de seguridad encaminadas a conjurar, prevenir o impedir la ocurrencia de hechos o la existencia de situaciones de riesgo que atenten o puedan atentar contra la salubridad pública se inspiran en el principio de precaución. Sobre el particular, la citada corporación manifestó:

Es importante precisar que el Decreto 1594 de 1984, contempla en sus artículos 181 a 196 la posibilidad de que las autoridades competentes adopten medidas de seguridad encaminadas a conjurar, prevenir o impedir la ocurrencia de hechos o la existencia de situaciones de riesgo que atenten o puedan atentar contra la salubridad pública. Para la adopción de tales medidas el legislador no exige formalismos especiales. Dichas medidas, que no son de naturaleza sancionatoria

²⁰ Radicación núm. 68001-23-15-000-1999-02524-01. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, actor: Sandesol Ltda., demandado: director de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga.

sino preventiva, son de inmediata aplicación ya sea de oficio o a petición de parte interesada.

Es del caso subrayar desde ya que la adopción de tales medidas encuentra su fuente de inspiración y justificación en el principio de precaución, el cual, según lo dispuesto en diferentes instrumentos internacionales y en expresas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico interno, constituye uno de los principios cardinales en materia de protección del medio ambiente. Para contextualizar mejor el tema, nada resulta más oportuno que entrar a considerar los argumentos aducidos por nuestra Corte Constitucional en la Sentencia C-293 del 23 de abril de 2002, en donde esa alta corporación señaló textualmente lo siguiente (...)

Otro ejemplo de aplicación práctica del principio de precaución se ve reflejado en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del 24 de octubre de 2002, C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación núm. 25000-23-24-000-1996-6978-01(4027), actor: The Great View Company S.A., demandado: Ministerio del Medio Ambiente, en la cual se manifestó que “la Resolución núm. 024, en la que se prohibió la construcción del proyecto Caribbean Village Mount Sinaí, teniendo en cuenta conceptos técnicos y el principio de precaución que rige la regulación ambiental, no vulneró las disposiciones de orden superior a que se contrae la demanda”.

Conclusiones

El ambiente y los recursos naturales renovables requieren una protección anticipada para evitar su degradación, lo cual significa que la efectividad de su preservación depende de que se proceda con cautela. En este orden, es de suma importancia la aplicación del principio de precaución en la defensa de dichos intereses, si se tiene en cuenta que su objeto es adelantarse a la certidumbre científica sobre las causas de los riesgos o amenazas a que pueden estar sometidos estos derechos colectivos (el calentamiento global del planeta, el deterioro de la capa de ozono, la lluvia ácida, la gestión de los residuos radioactivos, etc.) y, en consecuencia, la calidad de vida de las futuras generaciones.

Hay que destacar el papel esencial que desempeña el principio de precaución en el ordenamiento jurídico ambiental tanto en el ámbito local como en el externo y la necesidad de hacer uso de él para proteger el medio ambiente y los recursos naturales renovables ante la duda o la falta de certeza científica absoluta sobre los riesgos o amenazas de daño grave e irreversible a esos derechos colectivos y a la calidad de vida de las futuras generaciones.

El principio de precaución, por ser una figura jurídica joven (incluso en el ámbito mundial), que no se ha regulado de manera suficiente en nuestro derecho, se presta para diferentes interpretaciones, con argumentos válidos desde diferentes puntos de vista, dando lugar a conflictos incluso entre los mismos jueces y magistrados quienes, al no encontrar un asidero legal claro, recurren a su aplicación basados en normas generales o en el bloque de constitucionalidad, el cual no implica una manera procedimental sencilla, razón por la cual se facilita a los contradictores oponerse a que se aplique en cada caso (con el respaldo de algunos magistrados que traducen su pensamiento en un salvamento de voto). La falta de regulación o pronunciamientos jurisprudenciales es quizá la causa de que no exista una importante producción de fallos que contengan el principio en cuestión.

En síntesis, el principio de precaución aún no ha sido regulado de forma clara, lo que produce:

- Escasa producción de fallos que contengan el principio de precaución.
- Una precaria, por no decir nula, aplicación directa (*per se*), es decir, con su sola enunciación y correspondiente análisis, como sucede con otros principios (de legalidad, buena fe, tipicidad en el derecho penal). De esta manera, el principio de precaución –si se ha incluido en el fallo– se ve prácticamente reducido a un simple *obiter dicta*.
- El operador jurídico se abstiene de aplicarlo ante la debilidad de fuentes para su soporte y frente a la fortaleza y abundancia de argumentos de quienes tienen intereses económicos, políticos y quizá muchas otras inclinaciones de ánimo.
- Es urgente que el legislativo o la jurisdicción constitucional regulen o indiquen el procedimiento a seguir en la aplicación de este principio. Recordemos que, como afirma Quinche Ramírez, la aplicación de los principios en la resolución de los problemas jurídicos es la forma en que tales principios fijan su papel, la cual ha ido desde su total

inaplicación hasta llegar a constituir criterios únicos en los cuales se fundamenta la decisión.²¹

- En consecuencia, no se está aprovechando adecuadamente un principio que se traduciría en la aplicación eficaz del art. 80 superior, que ordena “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental”.

Bibliografía

- Artigás, Carmen. *El principio precautorio en el derecho y la política internacional*. Santiago de Chile: Naciones Unidas-CEPAL, 2001.
- Boehemer Christiansen, Sonja. “The Precautionary Principle in Germany: enabling Government”. En: Tim O’ Riordan & James Cameron (Ed.). *Interpreting the Precautionary Principle*. London: Earthscan Publications Ltd., 1994.
- Cierco Seira, César. “El principio de precaución”. En: *Temas Sociojurídicos*, vol. 21. Bucaramanga, diciembre de 2003.
- Kourilski, Philippe. “Principio de precaución, salud y medio ambiente” [conferencia]. Barcelona, 22 de abril de 2002. Disponible en: www.biomed.neta/biomed/d02020502.htm
- O’ Riordan, Timothy y Jordan, Andrew. “El principio de precaución en la política ambiental contemporánea”. En: *Environmental Values*, vol. 4, núm. 3, 1995. Traducido por Juan Sánchez García y revisado por Federico Aguilera. Disponible en: <http://www.istas.net/ma/areas/residues/escorial/aporta/aporta10.pdf>
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando y Restrepo Yepes, Olga Cecilia. *Principio de precaución en el derecho colombiano*. Bogotá: 2004.

Referencias jurisprudenciales

Colombia, Corte Constitucional

- Sentencia SU 082 de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía.
- Sentencia SU 089 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.
- Sentencia C-690 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia SU 225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹ Manuel Fernando Quinche Ramírez y Olga Cecilia Restrepo Yepes. *Principio de precaución en el derecho colombiano*. Bogotá: 2004.

Sentencia T-295 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-1141 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-1514 de 2000, M.P. Martha SÁCHICA Méndez.

Sentencia C-293 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-339 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Sentencia T-366 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-729 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T-486 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-049 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto AP-0022 del 28 de febrero de 2002, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente IJ-25000-23-25-000-2001-00022-02, Sentencia del 19 de octubre 2004, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Sección Segunda, Subsección B, Acción Popular AP-312, Auto del 4 de octubre de 2001.

Sección Cuarta, Subsección B, Expediente 2003-00181, Sentencia del 17 de octubre de 2003, M.P. Beatriz Martínez Quintero.

Sección Cuarta, Subsección B, Expediente 04-02090, Sentencia del 1 de septiembre de 2005, M.P. Beatriz Martínez Quintero.

El ambiente y los servidores públicos

Una aproximación desde la responsabilidad y la gestión pública

Luis Adolfo Diazgranados Quimbaya*

Introducción

El derecho ambiental obedece a la necesidad de la sociedad de generar un ámbito de protección de índole jurídico a los recursos naturales a fin de promover su conservación y uso sostenible; de ahí que, para la consecución de dicho objetivo, resulte imprescindible la actuación de las entidades públicas y sus agentes.

Una de las provisiones constitucionales establecidas es el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano y la responsabilidad del Estado de protegerlo y garantizarlo.¹ Este derecho, clasificado como colectivo, forma parte de los denominados derechos de la tercera generación. Estos últimos superan la noción subjetiva de los derechos, por cuanto su titularidad se otorga a toda la comunidad,² y ponen de manifiesto la necesaria injerencia y observancia que deben tener los entes y servidores públicos con el fin de garantizar este mandato superior.

* Abogado y especialista en Derecho Administrativo y Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la misma Universidad. Gerente jurídico y de servicios, Corporación para el Desarrollo de la Seguridad Social (CODESS).

¹ Colombia, Constitución Política de 1991, Art. 79: "Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. (...) Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines".

² Óscar Darío Amaya Navas. *La Constitución ecológica de Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 163.

En consecuencia, el derecho ambiental se convierte en un presupuesto fundamental para el respeto de otros, como el derecho a la vida y el derecho a la salud. Por esta importancia, es evidente que en el ordenamiento jurídico existen múltiples disposiciones legales que de una u otra forma regulan el ambiente, pero desde la perspectiva de la protección y uso sostenible del bien jurídico tutelado, dejando de lado aquellas previsiones normativas que regulan la responsabilidad y gestión de los servidores públicos frente al ejercicio de sus competencias ambientales, lo cual puede significar un vacío frente a otro ámbito de protección del derecho ambiental.

Por consiguiente, si una de las finalidades del derecho ambiental, tal vez la más importante, viene a ser la garantía a la salud y bienestar de las personas,³ este debe estar en comunión con aquellas previsiones administrativas que permitan exigir de la gestión de los servidores y las entidades públicas no solo la plena observancia de los postulados e instituciones del derecho ambiental, sino también un control frente a la gestión de particulares y de otros entes públicos, lo cual, como consecuencia lógica, debe suponer sanciones legales para aquel que incumpla tales disposiciones y afecte directamente al ambiente. Bajo este entendido, es viable pensar en sanciones particulares o propias del nivel administrativo laboral para los servidores o entidades públicas que afecten directamente al ambiente, bien sea por una actuación u omisión, culposa o dolosa.

Por lo anterior, y desde la perspectiva de la responsabilidad de los servidores públicos, se deben prever mecanismos legales que permitan controlar este tipo de conductas a partir de su gestión y que en caso de desconocimiento se genere el tipo de responsabilidad pertinente. Hay que resaltar que las normas ambientales tienen un espectro claro y definido; por tanto, es necesario analizar si desde la perspectiva del derecho administrativo laboral es factible complementar este tipo de normas, a efectos de generar un control efectivo que permita mayor protección al ambiente desde la competencia de las entidades públicas y sus agentes.

Vale advertir que el papel del ordenamiento jurídico ambiental, con relación a los servidores públicos, resulta escaso, especialmente para aquellos asuntos de indebida gestión que representen responsabilidad para estos fun-

³ Art. 1.º Ley 9 de 1979: "(...) Parágrafo. Para los efectos de aplicación de esta Ley se entenderán por condiciones sanitarias de ambiente las necesarias para asegurar el bienestar y la salud humana".

cionarios. Esta situación llega a ser entendible, pues no obedece a la naturaleza de la especificidad de esta rama del derecho, razón por la cual es necesario acudir a las previsiones legales de carácter general del derecho administrativo laboral a efectos de evaluar si estas disposiciones son suficientes para la gestión ambiental o si, por el contrario, también existe un vacío en la materia que amerita una reglamentación puntual al respecto.

Lo anterior queda aún más en evidencia con la Ley 1333 de 2009, que estableció un nuevo procedimiento sancionatorio ambiental, pues este carece de previsiones legales para sancionar las conductas de los servidores públicos que vulneren el ambiente o sus disposiciones normativas. En una palabra, esta ley no prevé ninguna hipótesis frente a la cual el servidor público actúe como sujeto activo de la violación al ambiente o de la normatividad que regula esta materia, por consiguiente, tampoco trae ninguna disposición que establezca responsabilidad o sanciones en estos casos. Tan sólo el art. 56 de la mencionada ley establece facultades a los procuradores judiciales ambientales y agrarios para velar por el cumplimiento de la Constitución Política, las leyes, los decretos y los actos administrativos, en lo relacionado con la protección al ambiente y la utilización de los recursos naturales, lo cual, teniendo en cuenta las funciones propias de la Procuraduría General de la Nación, tales como, “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley (...)”,⁴ puede llegar a entenderse como un mecanismo de control frente a la gestión de servidores públicos que afecten de alguna forma el espectro del derecho ambiental.⁵

⁴ Jairo Villegas Arbeláez. *Derecho administrativo laboral*, t. I. 3.^a ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 1998, p. 99.

⁵ Ley 1333 de 2009, Art. 56: “Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes que establezcan las funciones y estructura general de la Procuraduría General de la Nación y la norma que crea y organiza la jurisdicción agraria, el Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios y los Procuradores Judiciales Ambientales y Agrarios ejercerán, además de las funciones contenidas en otras normas legales, la siguiente:

Velar por el estricto cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución Política, las leyes, decretos, actos administrativos y demás actuaciones relacionadas con la protección del ambiente y utilización de los recursos naturales.

Las autoridades que adelanten procesos sancionatorios ambientales deberán comunicar a los Procuradores Judiciales Ambientales y Agrarios los autos de apertura y terminación de los procesos sancionatorios ambientales”.

Por lo expuesto, es necesario realizar un análisis sobre la manera en que debe articularse el ordenamiento jurídico ambiental y el derecho administrativo laboral.

1. El derecho ambiental y el derecho administrativo laboral

En virtud de lo consagrado por la Ley 99 de 1993, las autoridades en materia ambiental son las siguientes: i. Ministerio de Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible); ii. Corporaciones autónomas regionales; iii. Departamentos y municipios, en este último caso de acuerdo con las particularidades propias establecidas en dicha normatividad.

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es la primera autoridad nacional en materia ambiental, y entre sus funciones se encuentran la expedición de las normas en materia ambiental; la fijación de las tasas ambientales mínimas; la coordinación y dirección del Sistema Nacional Ambiental; la exigencia de estudios en materia ambiental; el otorgamiento de licencias ambientales; la administración de los parques nacionales naturales y la potestad sancionatoria en virtud de la cual impone medidas preventivas y sanciones por la comisión de infracciones en materia ambiental.

Vale precisar que este ministerio hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, sector central, y desde la perspectiva laboral tiene empleados públicos excepto quienes ostentan la calidad de trabajadores oficiales. Mediante previsión constitucional, se establece la existencia de estas dos categorías laborales, entendiendo que la connotación de empleado público equivale a cargos de desarrollo de la función administrativa, es decir, la función propia y esencial del Estado; por su parte, el trabajador oficial es aquel que si bien está vinculado a la administración pública, no desempeña funciones administrativas o propias del Estado, esto es, no desempeña empleo público y las actividades que realiza son aquellas que también podrían realizar ordinariamente los particulares por tratarse de funciones no esenciales para la administración pública.

Las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la Ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargadas por

la Ley de administrar dentro del área de jurisdicción, el ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Ambiente.⁶

Dentro de las corporaciones autónomas regionales se encuentran órganos principales de dirección y administración, como la Asamblea Corporativa, el Consejo Directivo, el Director General, frente a los que es evidente el desarrollo de función administrativa a través de empleados públicos, lo cual no se opone a la posibilidad de que existan trabajadores oficiales en el ámbito asistencial.

Por su parte, los departamentos y los municipios, entidades que obedecen a la descentralización administrativa territorial, permiten en su estructura la vinculación laboral desde las dos categorías previstas por nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, “Empleado Público es quien, en ejercicio de función pública o de la administración, labora en funciones exclusivas, propias y primarias del Estado como orden administrativo y que, por tanto, no pueden ser ejecutadas ordinariamente por los particulares. Trabajador oficial es quien labora en actividades ejecutadas por el Estado, pero que también realizan o pueden realizar los particulares”.⁷

La clasificación entre empleado público y trabajador oficial tiene consecuencias jurídicas claras en la ley. La primera categoría se vincula mediante acto administrativo y toma de posesión; la jurisdicción competente para dirimir conflictos es la contenciosa administrativa, salvo cuando se trate de conflictos colectivos de trabajo; en cuanto a su derecho de asociación, pueden organizarse en sindicatos con las restricciones establecidas por la ley; también les está permitido presentar memoriales respetuosos para efectos de solicitar colectivamente la mejora de las condiciones laborales y gozan de la garantía foral. Los trabajadores oficiales se vinculan mediante contrato de trabajo; la jurisdicción competente para dirimir conflictos es la ordinaria; tienen la posibilidad de asociarse en sindicatos con las mismas garantías de los trabajadores del sector privado; pueden presentar pliegos de peticiones, celebrar convenciones colectivas, adelantar las etapas de arreglo directo, conciliación, tribunales de arbitramento y gozan de la garantía foral.

⁶ Véase en: <http://www.humboldt.org.co/sina/corporaciones.htm#antioquia>.

⁷ Jairo Villegas Arbeláez. *Derecho administrativo laboral...*, op. cit., p. 137.

De esta manera, se observa claramente que la gestión de las autoridades en materia ambiental está regida en materia laboral por las normas de derecho administrativo laboral en general y por las demás reglamentaciones especiales pertinentes, las cuales se observarán detalladamente para efectos de determinar si ante el vacío de las normas específicas ambientales es posible establecer una vía de responsabilidad cuando a través de un servidor público o de su gestión se vulnera o se permite la vulneración del ambiente como derecho de Constitucional relevancia.

2. La observancia de las normas ambientales por parte de los servidores públicos

Según Villegas Arbeláez, los empleados públicos tienen deberes primordiales, como respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos; desempeñar con solicitud, eficiencia e imparcialidad las funciones de su cargo; observar permanentemente en sus relaciones con el público toda la consideración y cortesía debidas; realizar las tareas que les sean confiadas y responder del uso de la autoridad que les haya sido otorgada y de la ejecución de las órdenes que puedan impartir, sin que en ningún caso queden exentos de la responsabilidad que les incumbe por la que corresponde a sus subordinados; guardar la reserva que requieran los asuntos relacionados con su trabajo en razón de su naturaleza o en virtud de instrucciones especiales, aun después de haber cesado en el cargo y sin perjuicio de la obligación de denunciar cualquier hecho delictuoso; vigilar y salvaguardar los intereses del Estado y poner en conocimiento del superior los hechos que puedan perjudicar la administración.⁸

Evidentemente, entre los deberes de los servidores públicos se encuentran el respeto y la exigencia de cumplimiento frente a la Constitución, las leyes y los decretos, los cuales se extienden a las normas en materia ambiental desde el rango constitucional hasta el rango reglamentario.

De la misma manera, se puede observar que ninguna de las obligaciones hace referencia directa y específica a la materia ambiental, lo cual es previsible desde un análisis superficial, debido a que tampoco hay previsiones de otra índole. El problema que puede llegar a tener la materia ambiental se basa en que las otras materias legales, como el derecho penal, consagran conductas jurídicamente reprochables desde sus perspectivas, situación que no se observa

⁸ *Ibidem*, p. 500.

en la normatividad ambiental, lo cual refleja el vacío de las normas generales y también de las normas especiales.

Bajo esta misma perspectiva, hay que mencionar que el derecho ambiental es transversal a otras ramas del derecho; por ejemplo, el derecho penal se ocupa mediante el título XI del Código Penal, Ley 599 de 2000, de los delitos contra los recursos naturales y el ambiente, en donde se encuentran tipos penales tales como la contaminación ambiental, la pesca ilegal y la invasión de áreas de especial importancia ecológica, entre otros. En este título no se encuentra ninguna disposición alusiva o referida específicamente a los servidores públicos, ni a través del tipo penal especial, ni como agravante de la conducta, a diferencia de otros ordenamientos penales, como el español, en donde sí se evidencia la relevancia del actuar de los servidores públicos con respecto al ambiente y a su afectación, razón por la cual se incluye, dentro de sus tipos penales, conductas punibles en las que los sujetos activos son los funcionarios públicos.⁹

Así las cosas, el tema desde la perspectiva del derecho administrativo laboral es menos alentador, debido a que no se establece ningún tipo de protección concreta al ambiente desde la gestión pública ni desde las previsiones relativas a deberes, prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades; por tanto, frente a estos eventos puntuales y concretos, no queda otra alternativa que acudir a los preceptos generales para definir consecuencias jurídicas para estos supuestos fácticos, en tanto afecten directa o indirectamente el derecho al ambiente sano.

3. La protección del ambiente desde el régimen disciplinario

Mediante la Ley 734 de 2002 se expide el Código Disciplinario Único, que en sus disposiciones consagra claramente la titularidad de la acción disciplinaria en cabeza del Estado, preferentemente a través de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías distritales y municipales, aunque también

⁹ Código Penal español, art. 329: "1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia".

reconoce la competencia que en estos asuntos puedan llegar a tener las oficinas de control interno y los servidores públicos con potestad disciplinaria. De igual forma, esta norma define la falta disciplinaria mediante su art. 23:

Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

Este régimen disciplinario consagra tres tipos de faltas, a saber: gravísimas, graves y leves. Realmente, entre las conductas que pueden llegar a configurarlas, tan sólo una de ellas, constitutiva de falta gravísima, se refiere expresamente al ambiente y a los recursos naturales. Así, el art. 48 de la Ley 734 de 2002, en su num. 38, establece:

Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

38. Omitir o retardar injustificadamente el ejercicio de las funciones propias de su cargo, permitiendo que se origine un riesgo grave o un deterioro de la salud humana, el ambiente o los recursos naturales.

Esta norma viene a ser el único instrumento que permite concretar algún tipo de responsabilidad de los servidores públicos, cuando por actuaciones derivadas de su gestión pública se ponga en riesgo o se afecte el ambiente o los recursos naturales. Si bien es cierto que el derecho al ambiente sano es un derecho de reconocida relevancia constitucional, no es entendible que tan sólo se cuente con esta previsión legal para sancionar o corregir estas conductas, norma que trata un supuesto fáctico concreto y específico, “omisión o retardo”, lo cual hace suponer que no cobija otra serie de conductas más graves aún para este bien jurídico tutelado, concretamente, aquellas que mediante la

acción culposa o dolosa del servidor público afecten directa o indirectamente el ambiente. Tampoco se puede entender que este tipo de situaciones queden impunes desde la perspectiva del derecho administrativo laboral, teniendo en cuenta que son un reflejo del inadecuado cumplimiento de las obligaciones de estos servidores públicos.

Desde el punto de vista del derecho administrativo laboral, esta responsabilidad disciplinaria permite la imposición de sanciones que afectan la normal ejecución laboral de los servidores públicos, tales como la destitución e inhabilidad general, la suspensión e inhabilidad especial, la suspensión, la multa y la amonestación escrita.¹⁰

El inconveniente que observamos en esta materia no es el relativo a los efectos de la afectación al ambiente en el desempeño laboral de los servidores públicos, pues evidentemente las sanciones desde la potestad disciplinaria son suficientemente amplias para incidir de manera negativa en la vinculación de los servidores públicos frente a la administración; lo que realmente preocupa es la insuficiencia de las disposiciones en materia ambiental y administrativa laboral, que dificulta la posibilidad de sancionar otras conductas desarrolladas por estos servidores públicos, diferentes a la consagrada por la Ley 734 de 2002, art. 48, mediante las cuales también se puede afectar de manera directa o indirecta este derecho ambiental.

¹⁰ Colombia, Ley 734 de 2002, art. 45:

“1. La destitución e inhabilidad general implica:

- a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o
 - b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o
 - c) La terminación del contrato de trabajo, y
 - d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.
2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.
 3. La multa es una sanción de carácter pecuniario.
 4. La amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida.

Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en período diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva”.

4. La protección del ambiente desde la carrera administrativa

Desde la Constitución Política de 1991 se observa la intención de que la vinculación y la permanencia de los servidores públicos en la administración pública obedecieran a cuestiones de mérito profesional, circunstancia que en la práctica busca concretarse a través de la carrera administrativa. De esta manera, mediante la Ley 909 de 2004, art. 27, se define esta figura legal:

La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

De conformidad con lo anterior, se puede establecer que la carrera administrativa es una figura legal que busca el desarrollo de objetivos fundamentales, como la eficiencia de la administración pública y la estabilidad e igualdad en el empleo. Al respecto, se ha establecido que estos criterios

(...) permiten concluir, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia que la carrera administrativa está delimitada por tres objetivos fundamentales, a saber:

- 1) La búsqueda de eficiencia y eficacia en el servicio público, ya que la administración debe seleccionar a sus servidores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional empleando el concurso como regla general para el ingreso a la carrera administrativa;
- 2) La garantía de la igualdad de oportunidades, pues de conformidad con lo preceptuado en el artículo 40-7 de la Carta todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas; y

- 3) La protección de los derechos subjetivos consagrados en los artículos 53 y 125 de la Carta que deben ser protegidos y respetados por el Estado.¹¹

Con respecto al desempeño y permanencia del servidor público en la carrera administrativa, hay que tener en cuenta que existen dos figuras que deben ser observadas en este tema –la falta disciplinaria y la evaluación de desempeño– en las cuales también puede verse la ausencia de previsiones en materia ambiental:

(...) el retiro del servicio deberá producirse cuando se demuestre, mediante la calificación de servicios, que el funcionario ha adoptado una conducta laboral insatisfactoria, en detrimento del buen servicio público, como consecuencia de una seria evaluación en el desempeño de sus tareas.

También señala este precepto constitucional, que el retiro puede inspirarse en un comportamiento del empleado, que riña con la ética administrativa, cuando el empleador ha cometido una falta disciplinaria, sancionable con destitución. Además de estas causas, tanto la Constitución Política como la ley pueden señalar otras modalidades de retiro.¹²

Con relación a la evaluación de desempeño, la Ley 734 de 2002¹³ establece que la responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo realizado se concretará a través de la evaluación de desempeño, de tal forma que quien

¹¹ Clara Cecilia Dueñas Quevedo. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 149.

¹² Diego Younes Moreno. *Derecho administrativo laboral*. 9.^a ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2001, p. 211.

¹³ Colombia, Ley 734 de 2002, art. 2.º:

- “1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.
2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

obtenga una calificación satisfactoria en esta evaluación tendrá derecho a permanecer en la carrera administrativa, sin perjuicio de las otras causales establecidas para el retiro de estos funcionarios.

Bajo este entendido, la evaluación del desempeño laboral de los servidores que pertenecen a la carrera administrativa debe fundamentarse en criterios previamente determinados por cada entidad de la administración pública, de conformidad con los parámetros establecidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, los cuales permiten analizar objetivamente la idoneidad de la conducta laboral y los aportes del servidor público a las metas institucionales. En su art. 41, la Ley 734 de 2002 establece que:

El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa.

Lo anterior significa que es responsabilidad del jefe de cada entidad de la administración pública adoptar un sistema de evaluación del desempeño laboral de acuerdo con los parámetros legales establecidos para el efecto.

De esta manera, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el Acuerdo 137 del 14 de enero de 2010 “por el cual se establece el Sistema Tipo de Evaluación del Desempeño Laboral de los Servidores de Carrera Administrativa y en Periodo de Prueba”, el cual derogó los acuerdos 18 y 27

-
3. Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos:
 - a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos;
 - b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley;
 - c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión;
 - d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia”.

de 2008 y 116 de 2009, y rige para todas las entidades a partir del período anual u ordinario de evaluación del desempeño que comenzó el 1 de febrero de 2011. No obstante, una vez cumplido el requisito de publicación en el *Diario Oficial*, los representantes legales de las entidades que así lo decidan podrán, mediante acto administrativo, anticipar su aplicación para el período de evaluación que comenzó el 1 de febrero de 2010.

Así mismo, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el Acuerdo 138 del 14 de enero de 2010, en el “cual se establecen los criterios técnicos y legales que fundamentan el Sistema de Evaluación del Desempeño Laboral de los empleados de carrera y en período de prueba, y se determinan los elementos mínimos para el desarrollo de Sistemas de Evaluación del Desempeño Laboral Propios”, derogando el Acuerdo 17 de 2008.¹⁴

Estos acuerdos establecen criterios eminentemente laborales a fin de desarrollar este tipo de evaluaciones. Para estos efectos, se tratan aspectos tales como los compromisos laborales y de conducta, así como planes de mejoramiento del funcionario y de la entidad. Lógicamente, desde esta perspectiva no existe disposición alguna que haga referencia al tema ambiental; por tanto, tan sólo queda la posibilidad de que desde las entidades, y sobre todo aquellas que tienen autoridad en materia ambiental, se introduzcan aspectos de protección al ambiente en todo nivel, como criterio a valorar en la evaluación del desempeño de los servidores públicos que pertenezcan a la carrera administrativa. Lo anterior significa que:

(...) la protección de la diversidad e integridad ambiental no compete exclusivamente al Sistema Nacional Ambiental, que aún está en construcción y se ha venido acomodando a las necesidades del país, sino también a los entes territoriales, a las autoridades encargadas de otras materias como desarrollo vial, puertos, agricultura, entre otros, y, además, es del interés de los particulares que deben participar en la defensa del patrimonio natural.¹⁵

¹⁴ Véase: http://www.cnsc.gov.co/esp/eval_desempeno_normatividad_vigente.php.

¹⁵ Manuel Santiago Burgos. *El ejercicio de las competencias administrativas en materia ambiental*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 9.

Es claro entonces que la protección del ambiente, como derecho de relevancia constitucional, debe ser observada por las autoridades en materia ambiental, y también desde la gestión de cualquier otra entidad pública que se relacione o que tenga incidencia directa o indirecta en esta materia, para lo cual la evaluación de desempeño se convierte en una alternativa que permite ciertos parámetros de evaluación de los servidores públicos pertenecientes a la carrera administrativa, en lo relativo al tema ambiental. Lo anterior puede generar efectos negativos frente a la permanencia del servidor en la carrera, cuando vulnere o desconozca estos parámetros, de manera tal que puede llegar a establecerse un medio de protección supletorio para el ambiente frente al vacío existente tanto en las normas generales como en las especiales.

5. La protección del ambiente desde los cargos de libre nombramiento y remoción

Los cargos de libre nombramiento y remoción “son aquellos empleos que dada la naturaleza de sus funciones corresponde a la libre designación y remoción por parte del nominador, toda vez que el desarrollo de las mismas implica confianza total y absoluta o la adopción de políticas, planes, programas y proyectos a nivel institucional”. Por su parte, “la clasificación de los empleos es de reserva legal, sin embargo el legislador tiene limitadas sus facultades a la norma superior según la cual, por regla general, los cargos de las entidades estatales son de carrera y los demás constituyen la excepción”.¹⁶

En lo relativo al tema ambiental no existe una diferencia sustancial respecto de los funcionarios de libre nombramiento y remoción con respecto a los de carrera administrativa. Este tipo de servidores públicos se rigen por criterios de discrecionalidad, a diferencia de los de carrera, quienes se rigen por este estatuto especial.

De acuerdo con la clasificación del Decreto 1042 de 1978, que establece los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, hay que señalar que los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si un empleo es de libre nombramiento y remoción, son los niveles directivos y excepcional-

¹⁶ Clara Cecilia Dueñas Quevedo. *Derecho administrativo laboral...*, op. cit., p. 88.

mente los otros, siempre y cuando impliquen un grado considerable de confianza.¹⁷

El art. 5.º de la Ley 909 de 2004 establece los criterios que permiten determinar cuándo un cargo es de libre nombramiento y remoción, a saber: i. Cargos de dirección, conducción y orientación institucional, mediante el cual se adopten políticas y directrices; ii. Empleos de confianza con funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo de cargos de alto nivel jerárquico o de manejo, como ministros, viceministros, superintendentes, gobernadores o alcaldes; iii. Cargos de administración y manejo de bienes, dineros o valores del Estado; iv. Empleos de protección y seguridad personal de los servidores públicos, cuando no pertenezcan a organismos de seguridad; v. Cargos de asesoría a las mesas directivas de asambleas departamentales y concejos distritales y municipales; vi. Empleos de especial confianza con funciones de asesoría a secretarios de despacho, directores de departamentos administrativos y gerentes.

Este tipo de cargos son de libre remoción por parte del nominador, quien está facultado legalmente para determinar de manera discrecional el retiro de estos funcionarios, pero con observancia del buen servicio y de un ejercicio racional de su potestad. Esta declaratoria de insubsistencia se manifiesta a través de actos administrativos que, desde la perspectiva eminentemente legal, no deben ser motivados.¹⁸ No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado que, cuando un acto administrativo de este tipo no observa los parámetros del buen servicio, se puede producir la nulidad de tales actos por desviación de poder y/o la violación de una norma superior.

El concepto de buen servicio viene a ser el precepto que determina la permanencia de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, por lo menos en la teoría; esta figura, llevada al tema ambiental, permite generar un espacio para que a través de los superiores jerárquicos se desarrolle un control o una protección especial al ambiente. Evidentemente, un funcionario de esta

¹⁷ Jairo Villegas Arbeláez. *Derecho administrativo laboral...*, op. cit., p. 167.

¹⁸ Ley 909 de 2004, art. 41, parágrafo 2.º: “Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.

categoría que mediante su gestión afecte directa o indirectamente este bien jurídico tutelado, infringe de manera general los deberes que deben observar los servidores públicos, al violar la Constitución y las leyes en materia ambiental, lo cual está directamente relacionado con el concepto de buen servicio.

De esta manera, dentro de la potestad discrecional del nominador se podrían imponer las sanciones pertinentes, dependiendo lógicamente de la infracción; pero frente a la ausencia de normas que regulen la materia, se puede llegar a un casuismo absoluto. En esta medida, se afectaría la unificación de la jurisprudencia, lo que se traduce en que algunas de las infracciones al ambiente por parte de funcionarios de libre nombramiento y remoción quedarían impunes, pues cada caso dependería de la discrecionalidad del nominador, quien en una situación determinada puede llegar a considerar, o no hacerlo, que la conducta desplegada afecta este derecho ambiental; por ende, la gestión de ese funcionario también se aparta de la noción de buen servicio. De igual forma, existe la posibilidad de que en ese mismo caso, o en uno similar, la discreción del nominador considere que no existe ninguna afectación al ambiente o a los recursos naturales y, por tanto, no tendría incidencia en el buen servicio.

6. La protección del ambiente desde los contratos de prestación de servicios celebrados con la administración pública

Aunque esta figura de vinculación a la administración pública constituye una modalidad no laboral, y por tanto puede estar apartada del derecho administrativo laboral en muchos aspectos, consideramos importante estudiarla debido a la responsabilidad que en materia ambiental debe ser observada por este tipo de contratistas, cuando sea pertinente, y analizar la suficiencia de la regulación al respecto. Esta figura no puede ser entendida como una alternativa mediante la cual la administración pública sustituya sus relaciones administrativas laborales por la contratación de servicios a través de los denominados contratos administrativos de prestación de servicios.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto esta situación y ha delimitado claramente el espectro de aplicación de este tipo de contrataciones. Así, la Ley 80 de 1993 establece en su art. 32, num. 3.º, lo siguiente:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán

celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009, ha manifestado que la regla general de acceso a la función pública es el empleo; en este sentido, el contrato de prestación de servicios debe ser utilizado de manera excepcional cuando se trate de labores extrañas a las del giro ordinario de la entidad o que no puedan ser desarrolladas por el personal de planta o requieran de conocimientos especializados.

Por tratarse de una modalidad contractual especial, carente de subordinación entre otros aspectos laborales característicos, son inaplicables aquellas disposiciones generales relativas a los servidores públicos en cualquiera de sus modalidades, especialmente las del régimen disciplinario. Es importante resaltar que ante la ausencia de previsiones legales generales y especiales, tan sólo quedan las disposiciones contractuales para regular y establecer responsabilidad por vulnerar directamente el ambiente o sus disposiciones legales.

En síntesis, cuando los contratos de prestación de servicios versan sobre temas relacionados con la materia ambiental o están relacionados con la gestión de las autoridades ambientales, deberían contener cláusulas especiales para proteger este bien jurídico tutelado a nivel constitucional, de lo contrario, las afectaciones ambientales o legales de la materia quedarían impunes o se regirán por la teoría general de los contratos, sin que se otorgue una solución efectiva.

Todo lo anterior demuestra que no solo existe un vacío normativo con relación a los servidores públicos, sino también frente aquellas personas que prestan servicios a la administración mediante la comentada modalidad contractual, lo cual supone que estos contratistas responderán de manera general por sus incumplimientos contractuales y en materia ambiental tan sólo estarán cobijados por las disposiciones de nuestro Código Penal, situación que observamos insuficiente frente a la protección que requiere el ambiente y su

normatividad, más aún, teniendo en cuenta el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente.¹⁹

Conclusión

El objetivo común de este tema es transversal a varias áreas del derecho, el cual claramente debe ser la protección al ambiente. Es indudable que desde el derecho ambiental se ha tratado de procurar esta protección, pero a un nivel directo de afectación al ambiente y sobre todo en aquellos casos en que los sujetos activos son los particulares. Por su parte, el derecho penal contiene previsiones especiales al respecto, pero responden a situaciones genéricas, pues no existen tipos especiales con respecto a los funcionarios públicos, como sí ocurre en otros ordenamientos jurídicos.

Entre las conductas defectuosas que pueden ser desarrolladas por los servidores públicos están aquellas que afectan directamente al ambiente y aquellas que, aunque no lo afecten directamente, sí permiten que otro llegue a incurrir en esta afectación o generan un escenario idóneo para que cualquier persona la concluya. Así, en concordancia con el principio de precaución, “es el derecho ambiental esencialmente preventivo en el sentido de que debe actuar antes de la ocurrencia de los daños”. Evidentemente, parte de la concreción de este principio en la realidad, debe darse mediante la intervención oportuna frente a la gestión pública defectuosa; para ello se requiere un régimen especial de responsabilidad, lógicamente relacionado de manera directa con el derecho administrativo laboral.

Desde la gestión pública, y concretamente desde el desempeño laboral de los servidores públicos, como se ha evidenciado en este análisis, existe un gran vacío legal, que preocupa frente a la vital relevancia del ambiente, derecho que no sólo garantiza el bienestar de las comunidades actuales, sino también de las futuras. Por esta razón, es indispensable que, por la naturaleza y especificidad del asunto, este tipo de regulación se establezca a través de un régimen especial y concreto, que parta de presupuestos ambientales, pero que se lleve a la práctica y produzca efectos desde el derecho administrativo

¹⁹ Constitución Política de Colombia de 1991, art. 79: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

laboral, el legitimado para tratar los asuntos de gestión pública propiamente desde la visión de los servidores públicos.

Es evidente que se siguen presentando temas que por la falta de regulación quedan impunes o no representan ninguna consecuencia jurídica, por lo menos desde el derecho ambiental o desde el derecho administrativo laboral, con lo cual se desconoce el ya tratado principio de precaución; y aunque genere responsabilidad desde otras ramas del derecho, de todas formas se concreta la afectación al ambiente.

Conductas como la inobservancia de la distorsión de los costos ambientales, el otorgamiento de licencias sin el cumplimiento de los presupuestos legales exigidos, la omisión de sanciones en materia ambiental cuando estas proceden, son algunas de las conductas en las que pueden incurrir los servidores públicos, que si bien pueden ser sancionadas por otras vías legales, como la vía penal a través del prevaricato por acción o por omisión, carecen de efectos directos en la gestión pública, dilatando la protección preventiva del ambiente, de conformidad con el mencionado principio de precaución. De esta manera, las consecuencias para el derecho administrativo laboral deben ser adoptadas por otras vías y por normas generales, las cuales pueden llegar a ser insuficientes frente a situaciones que no sean posibles de encuadrar dentro de las generalidades.

No hay que desconocer que nuestra legislación tiene algunos visos que hacen pensar en la posibilidad de reglamentar específicamente esta materia, como lo relativo a las funciones de la Procuraduría General de la Nación, por cuanto se otorgan facultades a los procuradores judiciales ambientales y agrarios para velar por el cumplimiento de la Constitución Política, las leyes, los decretos y los actos administrativos, en lo relacionado con la protección al ambiente y la utilización de los recursos naturales. Por su parte, la Contraloría General de la República tiene a su cargo otros aspectos de esta materia, como los relacionados con la valoración de los costos ambientales. Al respecto, se ha planteado que “es claro que esta valoración le corresponde al encargado de ejecutar cualquier proyecto que tenga impacto sobre el ambiente”. Sin embargo, la Contraloría busca que el cálculo real y efectivo de los costos ambientales sea incluido en las políticas, estrategias y gestión de las entidades y organismos fiscalizados en todo lo que tiene que ver con la recuperación de los ecosistemas, con la conservación, protección, preservación, uso y explotación de los recursos naturales y del ambiente; esto significa que “es deber de la Contra-

loría vigilar la actividad de los particulares que celebran contratos u obtienen permisos de explotación de los recursos naturales, efectuando la valoración de términos cuantitativos del costo-beneficio del manejo en general de los recursos naturales y la degradación del ambiente”.²⁰

De forma más directa y concreta, el derecho disciplinario abarca este asunto y plantea, a través de la Ley 734 de 2002, como falta gravísima la omisión o el retardo en el ejercicio de funciones propias del cargo, con lo cual se permita o se origine una afectación al ambiente o a los recursos naturales. Esta disposición legal se convierte en la única norma que trata este tema de manera directa, lo que evidencia un descuido legal frente a la vital importancia de la protección al ambiente y a los recursos naturales que también debe ser observada desde la gestión pública a efectos de producir sanciones y responsabilidades para los servidores públicos cuando fuere pertinente.

Esta materia debe ser necesariamente regulada a partir de una reglamentación especial o complementaria de las normas vigentes, referida a la gestión pública y al desempeño de este tipo de servidores, lo cual tiene especial relevancia, porque desde esta perspectiva puede darse una protección preventiva indispensable para el ambiente y los recursos naturales, más aún, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos estamos frente a daños irreversibles; por tanto, es necesario contar desde la administración pública con funcionarios que además de tener conciencia de protección frente al ambiente como bien jurídico tutelado desde las líneas constitucionales, sean eficientes y correctos en el desempeño de su labor, de lo contrario se debe contar con mecanismos idóneos para erradicar desde la propia administración las distorsiones de la gestión pública, lo que finalmente conduce a la real concreción del principio de precaución, lógicamente sin incidencia en otros tipos de responsabilidades, como la penal o la patrimonial, que pueden estar presentes en este tipo de situaciones.

Este análisis ha demostrado no solo el descuido estatal por la materia, sino también el vacío legal existente, por lo cual es necesario evaluar estas situaciones para que mediante la política ambiental, y de la mano con otros instrumentos legales, se generen disposiciones sensatas que incidan directa-

²⁰ Carlos Ariel Sánchez Torres. “La valoración de los costos ambientales y el control fiscal”. En: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 327, 2004, p. 9.

mente o creen una diferencia positiva en la protección al ambiente, lo cual, en un país y en un ambiente como el nuestro, es realmente necesario.

Bibliografía

- Amaya Navas, Óscar Darío. *La Constitución ecológica de Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Boada Ortiz, Alejandro. *Las empresas y el ambiente: un enfoque de sostenibilidad*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Briceño Chaves, Andrés Mauricio. *Responsabilidad ambiental objetiva internacional de las empresas multinacionales y/o transnacionales y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Burgos, Manuel Santiago. *El ejercicio de las competencias administrativas en materia ambiental*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Dueñas Quevedo, Clara Cecilia. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009.
- González Villa, Julio Enrique. *Derecho ambiental colombiano. Parte especial*, t. I y II. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Jaquenod de Zsögön, Silvia. *El derecho ambiental y sus principios rectores*. 3.^a ed. Madrid: Editorial Dykinson, 1991.
- Sánchez Torres, Carlos Ariel. “La valoración de los costos ambientales y el control fiscal”. En: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 327, 2004.
- Villegas Arbeláez, Jairo. *Derecho administrativo laboral*, t. I. 3.^a ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 1998.
- Younes Moreno, Diego. *Derecho administrativo laboral*. 9.^a ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2001.

Contratación pública e integración de la variable ambiental*

Jorge Agudo González**

Introducción

La historia de las directivas comunitarias en materia de contratación se remonta a 1971, cuando se adoptó la primera directiva sobre contratos públicos de obras. Desde entonces se han adoptado directivas sobre contratos de suministro y de servicios, así como las referentes a los sectores del agua, la energía, el transporte y las telecomunicaciones. El régimen y la concepción fundamental en que se basan todas estas normas no han sufrido alteraciones esenciales a pesar de haber sido modificadas en varias ocasiones. No obstante, las directivas mostraban algunas faltas significativas. De hecho, hasta la aprobación de la vigente Directiva 2004/18, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, carecían de referencia explícita alguna a la variable medioambiental, lo que no es sorprendente si se tiene en cuenta la época en que se adoptaron.

En el ámbito comunitario europeo, el interés sobre esta cuestión se acentúa con el Tratado de Ámsterdam, el cual consolidaría el principio de integración de las exigencias medioambientales en otras políticas comunitarias (art. 6.º del Tratado de la Comunidad Europea). En cualquier caso, fue el VI Programa Comunitario de Acción en Materia de Medio Ambiente (2001-

*Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación PRODESTCAM-CM: Programa de desarrollo territorial y gestión del agua en la Comunidad de Madrid (S2007/HUM-0474), dirigido por el profesor Ángel Menéndez Rexach.

** Profesor titular de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.

2010), aprobado por Decisión 1600/2002, de 22 de julio, el que confirmara la necesidad de aplicar ese principio a la normativa sobre contratación.¹ Entre los planteamientos estratégicos para alcanzar los objetivos formulados en materia de medio ambiente, el programa afirma que es preciso

*fomentar (una) aplicación de criterios ecológicos en la adjudicación de contratos públicos, que permitan tener en cuenta las características medioambientales y la posible integración de consideraciones relativas al ciclo de vida medioambiental, incluida la fase de producción, en los procedimientos de adjudicación de contratos, sin perjuicio del respeto de las normas comunitarias sobre mercado interior y competencia, aportando orientaciones sobre mejores prácticas y empezando una revisión de la adjudicación de contratos con criterios ecológicos en las instituciones comunitarias.*²

¹ Con anterioridad, algunos otros documentos pusieron el énfasis en la necesidad de incorporar la variable ambiental en la contratación pública. Así, por ejemplo, destaca la Comunicación Interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos [COM (2001) 566 final]. Esta Comunicación completa la Comunicación de la Comisión: “Los contratos públicos en la Unión Europea”, adoptada por la Comisión el 11 de marzo de 1998 [COM (98) 143]. Además, se inserta entre las acciones anunciadas en la “Agenda de política social”, de 28 de junio de 2000 [COM (2000) 379].

Desde la perspectiva estrictamente ambiental, se ha de destacar la Comunicación de la Comisión, de 4 de julio de 2001 [COM (2001) 274 final], relativa a la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública. Esta Comunicación constituye la consolidación de una línea ya puesta de relieve por la Comunicación de la Comisión sobre “Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible” [COM (2001) 264 final], adoptada el 15 de mayo de 2001, que se presentó ante el Consejo Europeo de Gotemburgo en junio de 2001, y en la que se planteó que los Estados miembros deberían analizar cómo aprovechar mejor la contratación pública para impulsar productos y servicios poco contaminantes. En cualquier caso, antes incluso, ya el Libro Verde de Contratación Pública en la Unión Europea, de 27 de noviembre de 1996, propuso una serie de mecanismos de integración de la variable ambiental en la contratación pública.

² En el ámbito internacional, más allá de la Unión Europea, el Plan de Implementación nacido para la aplicación de las decisiones tomadas en la Cumbre Mundial de Johannesburgo sobre “Desarrollo Sostenible” (2002), se alude a la promoción de políticas de compras públicas que favorezcan el desarrollo y la difusión de bienes y servicios sostenibles. Asimismo, los principales organismos económicos internacionales, como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el Banco Mundial o la Organización Mundial del Comercio (OMC), han elaborado diferentes programas y estrategias relacionadas con la protección del medio ambiente, incluyendo consideraciones relativas a la contratación pública medioambiental y han puesto en práctica iniciativas prácticas en sus compras internas. En este sentido, en el seno de la OCDE, en concreto, la recomendación del Consejo, de 23 de

La compra pública verde,³ junto con el consumo responsable, implican un cambio de actitud del conjunto de la sociedad. Concretamente, la compra verde no es más que una manifestación del “enfoque estratégico” dirigido hacia la corresponsabilización de todos los agentes económicos en la protección del medio ambiente, que tuvo su consagración en el V Programa Comunitario en Política Medioambiental y su confirmación en el VI Programa.⁴ El cambio que ese enfoque promueve puede resultar fundamental en la dinamización de la sociedad y en la tendencia hacia modelos de consumo responsables, máxime, por lo que respecta a la contratación pública, considerando el importante peso de esa actividad contractual. De hecho, en Europa las adquisiciones de las administraciones públicas representan el 16% del PIB europeo, mientras que en España, las compras públicas en la economía representan en torno al 25% del PIB.

En una palabra, la contratación pública ofrece un potencial considerable para favorecer la introducción en el mercado de la dimensión medioambiental. La integración de estas previsiones no solo deberá tener reflejo en la fase de adjudicación, también precisa su incorporación en el resto de fases de la contratación pública.⁵ Así pues, la variable ambiental tendrá una aplicación mutable en función de la fases del procedimiento de contratación en la que nos encontremos, pero también –hay que decirlo– según el tipo de contrato, pues obviamente no es lo mismo la contratación de un suministro que de una obra.

Esa relevancia es por el momento sólo potencial, al menos en buena parte de los Estados miembros de la Unión Europea (UE en adelante). En octubre de 2005 fueron publicados los resultados de un interesante informe promovido

enero de 2002, C (2002) 3, en la que los Estados parte se comprometen “mejorar el comportamiento medioambiental de la contratación pública”.

³ La integración de la variable ambiental en la contratación pública ha recibido la denominación de “compra verde”, aunque también suelen utilizarse otras denominaciones, como compra ecológica, contratación verde, compra pública ambientalmente correcta o compra sostenible. No obstante, respecto a este último concepto, se ha de señalar que referirlo únicamente a la integración de la variable ambiental en la contratación pública es reduccionista, pues entre esos criterios de sostenibilidad no solo se incluyen los puramente ambientales, sino también criterios sociales.

⁴ J. Agudo González. *El control de la contaminación: técnicas jurídicas de protección medioambiental*, t. I. Madrid: Montecorvo, 2004, pp. 318 y ss.

⁵ En el marco de las competencias autonómicas, a esto hace referencia la Exposición de Motivos de la Ley 6/2006 de la Comunidad Foral de Navarra, de 9 de junio, de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Navarra.

por la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea y encargado a un consorcio constituido por cinco organizaciones europeas.⁶ Los resultados del informe pusieron de relieve que solo en siete países (Austria, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Holanda, Suecia y Gran Bretaña), que son denominados como “Green-7”, existía una política de compra verde arraigada, pues en esos países existen directrices nacionales en la materia, programas nacionales consolidados, fuentes de información disponibles acerca de los criterios y especificaciones a aplicar, entre otras herramientas.

La compra pública verde en España ha abandonado una fase embrionaria y difusa para dar un paso definitivo hacia su implantación generalizada y uniforme. Aquella fase inicial se caracterizó por las iniciativas tomadas por varios municipios y comunidades autónomas, aunque casi siempre de manera puntual.⁷ Los problemas para su expansión fueron la errónea percepción de que los productos y servicios “verdes” son más costosos, la falta de conocimiento sobre cómo desarrollar criterios medioambientales, así como la falta de apoyo

⁶ M. Bouwer, K. de Jong, M. Jonk, T. Berman, R. Bersani, H. Lusser, A. Nissinen, K. Parikka y P. Szuppinger. *Green Public Procurement in Europe 2005 - Status overview*. AJ Haarlem (Holanda): Virage Milieu & Management, 2005.

⁷ Observatorio de la Sostenibilidad (OSE). *Sostenibilidad en España 2007*, pp. 285-286. Disponible en: <http://www.sostenibilidad-es.org/observatorio%20sostenibilidad/esp/servicios/publicaciones/ise/>
M. Fernández González. “Contratación pública con criterios de sostenibilidad. Situación actual y perspectivas”. En: *Boletín ICE*, núm. 2830, 2005, pp. 43-44.

En líneas generales pueden distinguirse tres tipos de iniciativas: 1. En el marco municipal, varios ayuntamientos han tomado iniciativas en muchos casos relacionados con procesos de Agenda 21 Local. En cualquier caso, destacan los ayuntamientos de Pamplona, Granollers, Sant Boi de Llobregat o Badalona, pero sobre todo el de Barcelona, que ya en 2000 publicó la “Guía de la Oficina Verde”; 2. En el ámbito regional, varias comunidades autónomas, como Andalucía, Aragón, País Vasco, Castilla y León, La Rioja o Islas Baleares, llevan a cabo acciones de promoción de la compra verde y/o han incorporado criterios ambientales en la contratación sobre todo de ciertos servicios y suministros. Destaca en cualquier caso la Comunidad Valenciana, que cuenta con la Orden de 19 de octubre de 2004 de la Consejería de Territorio y Vivienda, sobre requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan en los contratos de la Consejería de Territorio y Vivienda; asimismo, cabe destacar la Ley 6/2006 de la Comunidad Foral de Navarra, de 9 de junio, de contratos públicos de la Comunidad de Navarra, en la que también se acogen criterios de carácter medioambiental; y 3. Fuera de las administraciones territoriales regionales y municipales, también se ha de destacar los compromisos asumidos por otras entidades, por ejemplo, la “Declaración de las Universidades sobre compra verde”, de 6 de octubre de 2005, adoptada por la Conferencia de Rectores de Universidades Españolas, Seminario permanente del Grupo de Trabajo sobre Calidad Ambiental y Desarrollo Sostenible.

en la gestión y de un enfoque estratégico a nivel estatal, junto con la falta de formación de los funcionarios vinculados a los procesos de compras públicas.⁸

El compromiso definitivo con la compra verde y la salida de ese estado inicial se ha producido con la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), actualmente el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), y la consiguiente generalización y tipificación de las exigencias sobre compra verde en materia de contratación pública. Ese compromiso ha surgido de la obligación de todos los Estados miembros de la UE de ejecutar la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. No obstante, téngase en cuenta que según el art. 80.1 de la Directiva 2004/18, los Estados miembros deberían haber transpuesto la directiva “a más tardar el 31 de enero de 2006”. Considerando que la Disposición Final 12 de la LCSP establecía que la entrada en vigor de la ley se produciría a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y teniendo en cuenta que esa publicación se produjo el 31 de octubre de 2007, no hace falta indicar que el Estado español dio cumplimiento tardío a las exigencias del derecho comunitario europeo.

Sin embargo, en lo que hace a la planificación para el desarrollo y consolidación de la compra verde, el Estado español sí ha pretendido atender tempranamente los requerimientos de la Comisión Europea, aunque lo ha hecho de modo incompleto. Efectivamente, la Comisión, a través de la Dirección General de Medio Ambiente y junto con los representantes de los Estados miembros, ha venido trabajando con el objetivo de facilitar la elaboración de planes nacionales en cada uno de los Estados miembros. En esta dirección, la Comunicación de la Comisión, de 13 de diciembre de 2005, relativa a la revisión de la Estrategia para un desarrollo sostenible [COM (2005) 658 final], incorporaba una serie de objetivos en materia de contratación pública, entre los que destacaba alcanzar para 2010 en toda la UE un nivel medio de contratación pública ecológica igual al que han alcanzado hasta ahora los Estados miembros más sobresalientes (los antes citados “Green-7”).

Pues bien, con el fin de dar cumplimiento a los objetivos comunitarios, en el seno de la Administración General del Estado español se ha aprobado

⁸ Observatorio de la Sostenibilidad (OSE). *Sostenibilidad en España 2007...*, op. cit., p. 286.

por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 11 de enero de 2008, el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, publicado por la Orden PRE/116/2008, de 21 de enero. No obstante, y como su propio título indica, el plan sólo es aplicable a la Administración estatal y a sus organismos públicos, pero no lógicamente al resto de administraciones territoriales. Por otro lado, la sensación que genera la lectura del plan es que se limita a poner en marcha dicho plan, con el fin de dar cumplimiento a los objetivos marcados en el seno de la UE. Sin embargo, por lo que se refiere a las medidas a implementar, lo cierto es que estas quedan a expensas de futuros desarrollos reglamentarios.⁹

1. Integración de la variable ambiental en las distintas fases del procedimiento de contratación pública

Los mecanismos para la integración de la variable ambiental en los procedimientos de contratación pública alcanzan a todas las fases del expediente de contratación. Este capítulo desarrolla una exposición sistemática acerca de los términos en que tales criterios y condicionantes de naturaleza ambiental pueden integrarse en todas esas fases.¹⁰ Antes de continuar, una aclaración. Aunque anteriormente se ha puesto de relieve que la variable ambiental es aplicable a todos los contratos del sector público, la exposición que se presenta aquí se centrará en el contrato de obra. El motivo es que no solo se trata de un contrato típico cuyas conclusiones pueden ser aplicables (con los matices

⁹ S. Galera Rodrigo. "Compras verdes: ahora o nunca". En: *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 247, 2009, p. 14.

A pesar de la intención del Plan Nacional, lo cierto es que medidas posteriormente aprobadas no han tenido en cuenta medida alguna en materia de compra verde. La crítica debe realizarse abiertamente, por ejemplo, en relación con el Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el cual se creó un Fondo Estatal de Intervención Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, que puso a disposición de las administraciones locales nada menos que ocho mil millones de Euros para la financiación de obras de competencia municipal, sin que se aluda o se ponga de manifiesto una intención de implementar el citado Plan Nacional.

¹⁰ J. Agudo González. *Ejecución y gestión de obras hidráulicas. Nuevos retos, nuevos conflictos*. Granada: Comares, 2008, pp. 203 y ss. López Toledo, P. "Contratación pública y medio ambiente". En: *La Ley. Revista de Contratación Administrativa*, núm. 33, 2004, pp. 29 y ss. M. Fernández González. "Contratación pública con criterios de sostenibilidad. Situación actual y perspectivas"... , op. cit., pp. 40 y ss. Abaigar Santos, A. "Los criterios ambientales en la Ley de Contratos del Sector Público". En: *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, núm. 17, 2009, pp. 2475 y ss.

oportunos, lógicamente) al resto de contratos, sino también porque plantea algunas particularidades que merecen la pena ser tratadas por separado.

1.1. La definición del objeto del contrato

1.1.1. Relación entre la Declaración de Impacto Ambiental, la aprobación del proyecto y la integración de la vertiente ambiental en la definición del objeto del contrato de obra

La definición del contrato de obra (o de concesión de obra pública)¹¹ se ha de establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 115 del TRLCSP¹²), sin perjuicio de que en el propio anuncio de licitación deba figurar una referencia a sus características esenciales. Para ser más exactos, esa definición trae causa directa de la aprobación misma del proyecto. No en vano, como señala el art. 121 del TRLCSP, la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto “que definirá con precisión el objeto del contrato”. Lo mismo cabe añadir en relación con el art. 67.2.ºa) y 3.ºa) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.¹³ En estos términos, es fácilmente imaginable que es en esta primera fase de diseño y concepción del proyecto cuando la Administración o entidad del sector público adjudicadora del contrato puede integrar aspectos y criterios de naturaleza ambiental.¹⁴

¹¹ El objeto de estos contratos se define respectivamente en los arts. 1.2º.b) y 1.3 de la Directiva 2004/18. En el ordenamiento español, el objeto del contrato de obra se regula en el art. 6 de del TRLCSP; el del contrato de concesión de obra pública, en el art. 7 de la misma norma.

¹² En los términos del art. 115 del TRLCSP, estos pliegos, que son aprobados por el órgano de contratación, deben incluir los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por la ley y sus normas de desarrollo. En todo caso, los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de aquellos.

¹³ Este reglamento ha sido parcialmente derogado por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el cual se desarrolla parcialmente la LCSP. En cualquier caso, los preceptos citados no han sido afectados por dicha derogación. De ahora en adelante la cita del Real Decreto 1098/2001 presupondrá la misma conclusión.

¹⁴ Por ejemplo, mediante la determinación de criterios bioclimáticos en la construcción de edificios. En este sentido, téngase en cuenta que en el sector de la obra pública se presta especial atención a la llamada “construcción sostenible” a consecuencia de la Directiva 2002/91, de 16 de diciembre, relativa a la eficiencia energética de los edificios.

La aprobación del proyecto de obra así caracterizado deberá someterse a previa evaluación de impacto ambiental (EIA) en los casos en que la legislación en la materia así lo exija.¹⁵ En tales casos, es obvio que de dicho procedimiento pueden derivarse condicionantes medioambientales a los efectos de la aprobación del proyecto y, en consecuencia, de la definición definitiva del objeto del futuro contrato de obra. Consecuentemente, y como pone de manifiesto la Comunicación de la Comisión, de 4 de julio de 2001, la posibilidad de integrar los aspectos medioambientales en un contrato público en la fase inmediatamente anterior a la aplicación de las directivas sobre contratación pública se constriñe en los términos de la EIA. En una palabra, la definición del objeto mismo de la obra a adjudicar queda condicionada por el resultado de la EIA.

Ahora bien, la Declaración de Impacto Ambiental (DIA)¹⁶ no puede establecer determinaciones o condicionamientos de naturaleza técnico-constructiva que determinen la ejecución de la obra. La razón es sencilla: el órgano ambiental a través de la DIA no tiene competencias para establecer condiciones que afecten a las competencias del órgano administrativo sustantivo competente para aprobar el proyecto que se somete a EIA,¹⁷ pero tampoco para afectar las propias del órgano de contratación al que corresponde aprobar los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares. Así se deduce del art. 18.1.º y 2.º del Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el cual se aprueba el reglamento de EIA, así como de los arts. 7-12 del mismo Real Decreto, de los que se deriva sin lugar a duda la necesidad de que las determinaciones de la DIA se constriñan a la protección de recursos y bienes naturales, pero sin que puedan valorar la idoneidad de las soluciones técnicas planteadas en el proyecto, cuya consideración corresponde al órgano sustantivo que debe autorizar o no el proyecto.

Esto no significa que la DIA no tenga efectos en la definición del objeto del contrato. Lógicamente, los tendrá por lo que se refiere a las considera-

¹⁵ En general, y sin perjuicio de las competencias autonómicas, esta materia es regulada por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos.

¹⁶ La DIA es la resolución que pone fin al procedimiento de EIA y en la que se determina la compatibilidad de la aprobación del proyecto con el medio ambiente, así como, en su caso, las medidas correctoras a ejecutar para evitar efectos significativos en el medio ambiente.

¹⁷ M.^a J. Montoro Chiner. "Objetivos, naturaleza y límites de la declaración de impacto ambiental de las infraestructuras públicas". En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 110, 2001, pp.186 y ss.

ciones ambientales que no tengan carácter técnico, y condicionará el resto de determinaciones de carácter ambiental que puedan integrarse en el proceso de adjudicación del contrato, por no hablar también del precio de la obra.¹⁸ Pues bien, por lo que se refiere a las prescripciones técnicas de carácter ambiental establecidas por el órgano de contratación, es evidente que deberán someterse y estarán condicionadas por las determinaciones del acuerdo de aprobación del proyecto en el que se integren los condicionantes de la DIA.¹⁹ Cualquier otra solución supondría admitir el replanteamiento constante del proyecto, lo que podría entenderse como una modificación que debería someterse nuevamente a EIA.²⁰

1.1.2. Especificaciones técnicas concretizadoras del objeto de los contratos de obra y la posibilidad de establecimiento de requisitos de naturaleza medioambiental

Definido el objeto del contrato en el pliego, el siguiente paso consiste en traducirlo en especificaciones técnicas mensurables que lo concreten. Dicho de

¹⁸ *Ibidem*, pp. 188-189.

¹⁹ Esto mismo se confirma en el art. art. 129.4 del TRLCSP, el cual establece, en relación con el anteproyecto de construcción y explotación de obra en contratos de concesión de obra pública, que “la Administración concedente aprobará el anteproyecto de la obra, considerando las alegaciones formuladas e incorporando las prescripciones de la Declaración de Impacto Ambiental”. Algo similar cabe deducir de una de las primeras normas en el ordenamiento español en afrontar esta materia y, en concreto, del art. 6.a) de la Orden de 19 de octubre de 2004 de la Consejería de Territorio y Vivienda de la Comunidad Valenciana, sobre requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan en los contratos de la Consejería de Territorio y Vivienda, cuando al referirse a los criterios de adjudicación señala que “cuando se trate de obras sometidas a evaluación de impacto ambiental, se valorará que las ofertas presentadas incluyan aspectos que incrementen las exigencias impuestas por la Declaración de Impacto Ambiental; en particular en lo referente a las medidas protectoras, correctoras o compensatorias y al programa de vigilancia ambiental que en la misma se incluyan”.

²⁰ Tras la modificación de la Directiva 85/337 por la Directiva 97/11, se someten a EIA, como un supuesto más de los incluidos en el Anexo II de la Directiva (en concreto, apartado 13), “*cualquier cambio o ampliación de los proyectos que figuran en el Anexo I o en el Anexo II, ya autorizados, ejecutados o en proceso de ejecución que puedan tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente*”. No obstante, antes de la modificación de la Directiva 85/337, las modificaciones de proyectos se sometían igualmente a EIA en los términos de la STJCE de 24 de octubre de 1996 (as. 72/95). En el ordenamiento interno español, la letra k) del Grupo 9 (“Otros proyectos”) del Anexo II del Real Decreto Legislativo 1/2008 reitera esta consideración.

otra manera, las especificaciones técnicas son las características técnicas que debe cumplir el objeto del contrato para servir a los fines que lo justifican.²¹

Todas las directivas de contratos públicos aprobadas hasta la fecha han contenido un precepto similar en el que se determinan los criterios a seguir para el establecimiento de prescripciones técnicas. En la Directiva 2004/18, es el art. 23.3. La novedad es que esta directiva impulsa la posibilidad de que la variable ambiental también pueda condicionar la fijación de estas prescripciones.²² Esto significa que los pliegos de prescripciones técnicas²³ podrán prohibir la utilización de determinadas sustancias o materiales considerados perjudiciales para el medio ambiente, o bien imponer el cumplimiento de un nivel mínimo de rendimiento ambiental de los materiales empleados.

La Directiva 2004/18 potencia y favorece este modo de integrar determinaciones ambientales en la definición del objeto del contrato. Lógicamente, el contenido ambiental de las especificaciones técnicas dependerá del tipo de contrato, y por lo que se refiere al contrato de obra, es el art. 23.3 de la Directiva 2004/18 el que establece las reglas para su determinación:

²¹ La función de estas especificaciones técnicas es doble. Por un lado, presentan al mercado una descripción del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en licitar. Desde este punto de vista, puede decirse que establecen el nivel de competencia entre los posibles licitadores. Por otro lado, las especificaciones técnicas exponen los requisitos mensurables que servirán para evaluar las ofertas y que constituyen los criterios mínimos de cumplimiento. Si no se exponen de manera clara y correcta, acarrearán de forma inevitable la presentación de ofertas que no sean adecuadas.

²² El Informe 31/03, de 17 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, emitido en el procedimiento de tramitación de la Orden de 14 de octubre de 1997, por la cual se fijan los criterios de modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de regir en la contratación del Ministerio de Medio Ambiente, ya señaló, muchos antes de la entrada en vigor de la LCSP, que “el proyecto de disposición hace referencia a *los requisitos y criterios medioambientales que habrán de introducirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, como aportación para la mejora de estos últimos. *Tal propósito no debe significar que, citados esos aspectos en tales pliegos, no se incluyan en los pliegos de prescripciones técnicas correspondientes a cada contrato aquellas especificaciones que controlen la correcta ejecución del contrato en los que deben quedar claramente mencionadas todas aquellas que de tan importante orden obliguen a que, cualquiera que sea el contratista, sean debidamente observadas cuantas normas y conductas permitan un mayor cumplimiento de todo requisito de carácter medioambiental*”.

²³ Estos pliegos se regulan en el art. 116 del TRLCSP También son aprobados por el órgano de contratación y contienen las prescripciones técnicas particulares que han de regir la realización de la prestación, del mismo modo que definen sus calidades de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece el TRLCSP.

a) *bien por referencia a especificaciones técnicas definidas en el Anexo VP*²⁴ y, por orden de preferencia, a las normas nacionales que incorporan las normas europeas, a los documentos de idoneidad técnica europeos, a las especificaciones técnicas comunes, a las normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a las normas nacionales, a los documentos de idoneidad técnica nacionales o a las especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos. Cada referencia deberá ir acompañada de la mención ‘o equivalente’; b) *bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales; éstas podrán incluir características medioambientales*. Éstas deberán, no obstante, ser suficientemente precisas para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los poderes adjudicadores adjudicar el contrato.²⁵

La Directiva (y) el TRLCSP, siguiendo la técnica normativa de sus precedentes, obliga a los poderes adjudicadores a publicitar las especificaciones técnicas exigibles. Para ello, o bien se indicarán especificaciones técnicas es-

²⁴ El anexo VI de la directiva enumera, a modo de ejemplo, especificaciones técnicas propias de los contratos de obra, servicio o suministro, así como definiciones de los diversos instrumentos normativos que pueden contener especificaciones técnicas de referencia (normas, documentos de idoneidad técnica, especificación técnica común y sistema de referencias técnicas).

²⁵ El art. 101.3 117.3 del TRLCSP incorpora este precepto en los siguientes términos: “Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas podrán definirse de alguna de las siguientes formas: a) Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención ‘o equivalente’. b) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a estas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales. Los parámetros empleados deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación. c) En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, conforme a lo indicado en la letra b), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con los mismos, a las especificaciones citadas en la letra a). d) Haciendo referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra a), para ciertas características, y al rendimiento o a las exigencias funcionales mencionados en la letra b), para otras”.

pecíficas del contrato por remisión a normas técnicas medioambientales, o bien se podrán establecer directamente criterios de exigencia o rendimiento ambiental. Ahora bien, la fijación en un determinado contrato de criterios específicos sólo será admisible si no da lugar a discriminación, esto es, siempre y cuando no supongan un favorecimiento a contratistas locales o nacionales, en la medida en que estos pudieran tener un acceso favorable al cumplimiento de dichas determinaciones en comparación con empresas foráneas. Asimismo, los poderes adjudicadores gozan de facultades para establecer exigencias de protección ambiental más rigurosas que las preceptuadas en las normas vigentes. No obstante, esta posibilidad solo es factible si el nivel exigido fuera conforme con el principio de proporcionalidad y, consecuentemente, no limitara la potencial participación en el contrato, sin originar por esta razón discriminación alguna en detrimento de licitadores potenciales.

Por lo que se refiere a la aplicación de los criterios de determinación de prescripciones técnicas del art. 23.3 de la Directiva 2004/18 al contrato de obra (criterios de exigencia o rendimiento ambiental), se ha poner de relieve que el supuesto establecido en el art. 23.6.b) señala que (en el mismo sentido el art. 117.6 del TRLCSP):

Cuando los poderes adjudicadores prescriban características medioambientales en términos de rendimientos o de exigencias funcionales, podrán utilizarse prescripciones detalladas o, en su caso, partes de éstas, tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas, nacionales o (pluri)-nacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica, siempre que: sean apropiadas para definir las características de los suministros o de las prestaciones que sean objeto del contrato, sus exigencias se basen en información científica, en el procedimiento para su adopción hayan podido participar todas las partes concernidas tales como los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y sean accesibles a todas las partes interesadas.

Respecto a las alusiones a la etiqueta ecológica, esta solo es aplicable a productos y servicios, pero lógicamente no a obras en sentido genérico.²⁶

²⁶ De hecho, el último párrafo del art. 23.6 de la Directiva 2004/18 dispone que “los poderes adju-

Ahora bien, esto no quiere decir que la utilización de los criterios técnicos de las etiquetas ecológicas no sea posible en ningún caso: si bien es evidente que estos criterios no son adecuados para definir de forma general el objeto mismo del contrato, sí pueden contribuir a determinar aspectos parciales o específicos, sobre todo relativos a los materiales a emplear.²⁷

Mayor margen de apreciación parece observarse en los supuestos del art. 23.3.a). En concreto, el apartado 1.a) del Anexo VI de la Directiva, al que se remite el mencionado art. 23.3.a), se refiere a las “especificaciones técnicas, cuando se trate de contratos públicos de obras”. A estos efectos, se entiende por tales

el conjunto de las *prescripciones técnicas contenidas principalmente en los pliegos de condiciones, en las que se definen las características requeridas de material, producto o suministro*, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que los destine el poder adjudicador. *Estas características incluyen los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, la propiedad de empleo, la seguridad o las dimensiones, incluidos los procedimientos que garanticen la calidad, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado y los procedimientos y métodos de producción. Incluyen asimismo las reglas de elaboración del proyecto y cálculo de las obras, las condiciones de prueba, control y recepción de las obras, así como las técnicas o métodos de construcción y todas las demás condiciones de carácter técnico que el poder adjudicador pueda prescribir, por vía de reglamentación general o específica, en lo referente a obras acabadas y a los materiales o elementos que las constituyan.*

dicadores podrán indicar que los productos o servicios provistos de la etiqueta ecológica se consideran acordes con las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones, y deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un informe técnico del fabricante o un informe de ensayos de un organismo técnico oficialmente reconocido”. Igualmente, el art. 117.6.II del TRLCSP.

²⁷ En la línea de lo dispuesto en el art. 46.4 de la Ley 6/2006 de la Comunidad Foral de Navarra en el marco de sus competencias en la materia.

Por tanto, el margen de remisión a normas técnicas es bastante amplio, aunque, como en todo caso, los requerimientos ambientales deberán estar relacionados con el objeto del contrato.

En esta línea, el apartado 2.º del art. 68 del Real Decreto 1098/2001, por el cual se aprueba el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas, establece determinaciones específicas aplicables al contrato de obra que, sin perjuicio de los necesarios ajustes al TRLCSP, se acercan a sus determinaciones:

En los contratos de obras, a los efectos de regular su ejecución, el pliego de prescripciones técnicas particulares deberá consignar, expresamente o por referencia a los pliegos de prescripciones técnicas generales u otras normas técnicas que resulten de aplicación, *las características que hayan de reunir los materiales a emplear, especificando la procedencia de los materiales naturales*, cuando ésta defina una característica de los mismos, y ensayos a que deben someterse para comprobación de las condiciones que han de cumplir, las normas para elaboración de las distintas unidades de obra, las instalaciones que hayan de exigirse y las medidas de seguridad y salud comprendidas en el correspondiente estudio a adoptar durante la ejecución del contrato. Igualmente, detallará las formas de medición y valoración de las distintas unidades de obra y las de abono de las partidas alzadas, y especificará las normas y pruebas previstas para la recepción.

La literalidad del precepto es suficientemente expresiva como para poder afirmar que, incluso con base en la normativa vigente antes de la entrada en vigor de la LCSP, se podía deducir ya la posibilidad de establecer especificaciones técnicas de carácter ambiental, tanto relativas a los materiales a utilizar como a otras previsiones. Posibilidad que, conectando con los supuestos previstos en el art. 23.3 de la directiva, se podría aplicar mediante prescripciones de carácter ambiental por remisión a normas técnicas (teniendo en cuenta consideraciones técnicas relacionadas con los materiales, criterios de eficiencia energética y reducción de vertidos, emisiones y residuos, etc.) o por aplicación

de criterios técnicos determinados en etiquetas ecológicas (al menos y fundamentalmente en relación con las materias primas definidas).²⁸

También es posible incluir especificaciones basadas en la ejecución, es decir, en función del objetivo o fin querido. Por ejemplo, si lo que se pretende es que las oficinas de un edificio mantengan una temperatura determinada, se podrían establecer especificaciones para un sistema de calefacción central o afirmar que las oficinas deben tener una temperatura constante de 24 °C, dejando que sean los proveedores quienes propongan las opciones. Pues bien, esta forma de actuar puede ser preferible a la definición detallada de todas las características técnicas de la obra, pues en estos casos el órgano de contratación sólo ha de determinar y concretar el efecto deseado. Desde este punto de vista, el enfoque centrado en la ejecución suele promover la creatividad del mercado y en ocasiones favorece el desarrollo de soluciones técnicas innovadoras.

El mayor inconveniente de la definición de especificaciones basadas en la ejecución es que requiere mayor vigilancia que la definición de las especificaciones técnicas convencionales. Las opciones disponibles en el mercado pueden variar de forma considerable, por lo que se debe asegurar que las especificaciones establecidas sean lo suficientemente claras como para poder realizar una evaluación adecuada y justificable. Todo ello sin perjuicio de que en el caso de obras sometidas a EIA se deba tener en cuenta que la DIA puede condicionar y tener repercusiones sobre las cláusulas de ejecución, sin perjuicio de las facultades de seguimiento y vigilancia ligadas a la eficacia de la DIA.

También es importante considerar la posibilidad de usar variantes. No obstante la relación inmediata de las variantes con el procedimiento de adjudicación del contrato, en la definición del objeto del contrato también puede

²⁸ En relación con la cuestión de los materiales, los órganos de contratación pueden exigir que los materiales y productos empleados se hayan fabricado con un material específico, siempre que se respeten los principios de no discriminación y de libre circulación de mercancías y servicios. Asimismo, se podrá indicar el tipo de material que se prefiere, o bien especificar que ninguno de los materiales o sustancias químicas empleadas deberán ser perjudiciales para el medio ambiente. También sería posible especificar que los materiales o el contenido de un producto incluya un porcentaje mínimo que haya sido reciclado o reutilizado. En este sentido, el fomento de materiales reutilizables y reciclables en la contratación de obras públicas constituye un objetivo de la legislación de residuos desde hace ya algunos años. Así, tanto el art. 16.2 de la Ley 22/2011 de 28 de junio, de residuos y suelos contaminados, como la D.Ad. 3.^a de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, establecen que las administraciones públicas promoverán “el uso de materiales reutilizables, reciclables y valorizables, así como productos fabricados con material reciclado que cumplan las especificaciones técnicas requeridas, en el marco de la contratación pública de obras y suministros”.

tener relevancia. Todas las directivas sobre contratación pública permiten que los poderes adjudicadores puedan tomar en consideración las variantes que hayan presentado los licitadores, cuando estas respondan a los requisitos mínimos exigidos por los poderes adjudicadores. El art. 24 de la Directiva 2004/18 se refiere a esta cuestión, señalando que:

1. Cuando el criterio de adjudicación del contrato sea el de la oferta económicamente más ventajosa, los poderes adjudicadores podrán autorizar a los licitadores a presentar variantes.
2. Los poderes adjudicadores indicarán en el anuncio de licitación si autorizan o no autorizan las variantes; en caso de que falte dicha mención, las variantes no estarán autorizadas.
3. Los poderes adjudicadores que autoricen las variantes mencionarán en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que deberán cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación.
4. Sólo se tomarán en consideración las variantes que cumplan los requisitos mínimos exigidos.

En el ordenamiento español, el art. 147 del TRLCSP y el art. 68.1.c) del Reglamento de Contratos aluden a esta cuestión. El último precepto citado señala que el pliego de prescripciones técnicas particulares contendrá los “requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes”. Pues bien, la aplicación de variantes a la materia que aquí interesa tiene que ver con los casos en que, tras realizar un análisis de mercado, no haya seguridad de que existan alternativas ecológicas para la ejecución de las obras, o bien en los casos en que se desconozca su calidad o precio. En estos supuestos, admitir que los licitadores presenten variantes ecológicas permitirá conocer una serie mínima de especificaciones técnicas que, a su vez, dejará comparar las ofertas que hayan presentado los licitadores (las neutras o sin variantes ecológicas y las ecológicas) sobre una base mínima de criterios de adjudicación de carácter medioambiental. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de la “reutilización” de las especificaciones así conocidas en futuras licitaciones.

1.2. La selección de contratistas

Las normas sobre selección de contratistas reguladas en los arts. 54 y ss. del TRLCSP pueden dividirse en dos grupos. El primero se refiere a los motivos que justifican que un candidato quede excluido de participar en un contrato público (tienen que ver, por ejemplo, con la situación de quiebra, la condena por ciertos delitos, la falta profesional grave o el impago de impuestos o cotizaciones de la seguridad social), esto es, aluden a las prohibiciones de contratar señaladas en el art. 60 del TRLCSP. El segundo grupo tiene que ver con la situación económica y financiera del candidato, es decir, a la acreditación de la solvencia económica y financiera del contratista, así como a la solvencia técnica del candidato (arts. 62 y 74 y ss. del TRLCSP). En el marco de consideraciones que atañen a este estudio, nos centraremos en el primero de los dos grupos y, dentro del segundo, a la cuestión relativa a la solvencia técnica del candidato.

1.2.1. Prohibiciones de contratar

El art. 45 de la Directiva 2004/18 establece los criterios relativos a la situación personal del candidato o del licitador que pueden suponer su exclusión de la participación en un contrato público (prohibiciones de contratar que son reguladas en el art. 60 del TRLCSP). A estos efectos, y aunque no lo establezca expresamente el citado precepto, debe tenerse en cuenta que el Cdo. 43.º del preámbulo de la directiva alude a esta cuestión, indicando que en los casos en que la legislación nacional tipifique el incumplimiento de la legislación medioambiental como infracción relacionada con la moralidad profesional, los poderes adjudicadores podrán excluir a un candidato si ha sido condenado por tal infracción y si la sentencia es firme. En el marco de la adaptación de la legislación española de contratos a la Directiva 2004/18, el art. 60.1.a) del TRLCSP (antiguo art. 49.1.c) de la LCSP) acoge esta posibilidad en los siguientes términos:

Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comer-

cio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo.²⁹

Al respecto, el art. 14 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el cual se desarrolla parcialmente la LCSP, relativo a los “efectos de la inscripción de las prohibiciones de contratar”, establece que las prohibiciones de contratar no producirán efectos hasta su constancia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado,³⁰ cuando se refieran a los siguientes supuestos:

- a) Aquellas que se acuerden mediante resolución administrativa, o por resolución de esta misma naturaleza se establezca su duración y alcance, respecto de las personas que hayan sido condenadas en virtud de sentencia firme por delitos (...) relativos a la protección del medio ambiente (...); b) Las que se adopten respecto de empresarios por haber sido sancionados con carácter firme, de conformidad con el

²⁹ Esta prohibición de contratar es aplicable a toda persona que pretenda contratar con cualquier administración o entidad del sector público. Esto se comenta porque el apartado 2.º del mismo art. 60 del TRLCSP prevé prohibiciones de contratar sólo aplicables a las administraciones públicas entendidas en los términos del art. 3.2 del TRLCSP, esto es, las así definidas en el marco de la compleja regulación del ámbito subjetivo de la ley. Esto significa que el legislador es más riguroso con los contratistas de las administraciones públicas que con aquellos otros que pretenden contratar con otras entidades del sector público. Por otro lado, se ha de tener en cuenta que la jurisprudencia ha venido reiterando que las prohibiciones de contratar no pueden ser incluidas *ex novo* ni por normas con rango inferior a la Ley ni directamente en los pliegos de cláusulas. En definitiva, las prohibiciones de contratar basadas en criterios ambientales son estrictamente las previstas en la ley.

³⁰ El Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado es regulado en el art. 326 del TRLCSP, en lo relativo a la Administración del Estado, mientras que el art. 327 prevé que las comunidades autónomas podrán crear sus propios registros oficiales. Concretamente, el art. 83.1 del TRLCSP establece que “la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo”.

artículo 49.1.c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, por (...) infracción muy grave (...) en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en las siguientes disposiciones: Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de junio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

1.2.2. Requisitos sobre la solvencia técnica de los candidatos

En la nueva normativa de contratos públicos se fijan las modalidades para acreditar la capacidad técnica de los contratistas mediante una lista exhaustiva de los medios de prueba utilizables según la naturaleza y el objeto del contrato (art. 48 de la directiva). Los criterios de solvencia determinan aspectos relativos a las cualidades del licitador y no a las calidades de lo ofertado, propias de los criterios de adjudicación. En una palabra, los contenidos ambientales en esta materia permitirán conocer de antemano la capacidad del licitador para cumplir y llevar a la práctica tales medidas ambientales.³¹

Por lo que se refiere a la integración de determinaciones de carácter ambiental en materia de solvencia técnica, cabe pensar en dos tipos de medidas. En primer lugar, la posibilidad de exigir una experiencia determinada en temas medioambientales, o bien establecer requisitos sobre formación del personal de las empresas licitadoras o sobre los medios técnicos de que

³¹ Como mecanismo de refuerzo de esta cuestión, se ha de señalar que el art. 119 del TRLCSP prevé la posibilidad de que los órganos de contratación señalen en el pliego los organismos que pueden informar a los licitadores en materia de protección del medio ambiente. En tales casos, el apartado 2.º de este precepto establece que cuando el órgano de contratación facilite dicha información, solicitará a los licitadores “que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de (...) protección del medio ambiente”. Es decir, con este mecanismo de suministro de información se consigue obtener una declaración expresa de los licitadores acerca del cumplimiento de la normativa medioambiental aplicable. La comprobación de dicho extremo parece que deberá documentarse, en los términos del art. 146.2 del TRLCSP, cuando haya de presentarse la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos.

se debe disponer.³² Así, como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de septiembre de 1988 (as. 31/87 Beentjes), si el contrato requiriese para su ejecución conocimientos técnicos especiales en el campo del medio ambiente, contar con experiencia en esta materia constituiría un criterio legítimo de solvencia técnica a fin de determinar la idoneidad de los candidatos.

En segundo lugar, la posibilidad de exigir a los contratistas que actúen en el marco de un sistema de gestión medioambiental. Son elementos comunes a todos los programas de gestión y auditoría medioambiental que la empresa o entidad cumpla la normativa ambiental, así como que reúna y cumpla una serie de requisitos medioambientales en su gestión y actuación, que supongan un elevado nivel de eficacia y eficiencia a nivel medioambiental. Para servir como justificante de la capacidad técnica, el sistema debería repercutir en la capacidad de la empresa (por ejemplo, en sus equipamientos y técnicos) para ejecutar un contrato con requisitos medioambientales (por ejemplo, para ejecutar un contrato de obra en el que el contratista tenga que ocuparse de los residuos en el lugar de la construcción).

En estos términos se pronuncia el art. 48.2.f) de la Directiva 2004/18, al referirse a la capacidad técnica y profesional de los operadores económicos para los contratos de obras. Concretamente, el precepto señala que dicha capacidad podrá acreditarse “indicando, únicamente en los casos adecuados, las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato” [en el mismo sentido el art. art. 76.d) del TRLCSP³³]. A estos efectos, el art. 50 de la misma directiva señala que en los casos contemplados en la letra f) del apartado 2.º del art. 48:

³² Téngase en cuenta que la aplicación de estos criterios es sobre todo útil y practicable en los contratos en los que resulta relevante una competencia técnica en materia medioambiental, como los contratos de gestión de residuos o de servicios de transportes, pero también en los de construcción y mantenimiento de edificios. En el marco de nuestro estudio cabría pensar en su aplicación, por ejemplo, en la competencia técnica relativa a la minimización de la producción de residuos inertes, la evitación de vertidos, la integración en el paisaje, etc.

³³ Con anterioridad a la LCSP, el art. 14.2.g) de la Ley 6/2006 de la Comunidad Foral de Navarra ya establecía que la capacidad técnica de los contratistas podía acreditarse, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras mediante la “indicación de las medidas de gestión medioambiental que el licitador es capaz de ejecutar, en los casos en que sea procedente, para la adjudicación de contratos de obras y asistencia”.

(...) los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinadas normas de gestión medioambiental, se remitirán al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación. Los poderes adjudicadores reconocerán certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros. También aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los operadores económicos.³⁴

No obstante, la Junta Consultiva de Contratación del Estado ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en su Informe 73/04, de 11 de marzo de 2005, en el que fue cuestionada acerca de la posibilidad de utilizar como criterio de adjudicación de un contrato de suministro estar en posesión de la certificación medioambiental ISO 14000. La Junta señaló, por lo que aquí interesa, que

la posesión de la certificación no es un criterio que pueda ser valorado, conforme al artículo 86 de la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (esto es, como criterio para la adjudicación del concurso) y, por el contrario *debe considerarse un requisito de solvencia al que los órganos de contratación pueden acudir de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley de Contratos*. (En sentido similar, los informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 31/2003, de 17 de noviembre, y 44/2004, de 12 de noviembre).

En definitiva, en los casos oportunos en que la naturaleza de las obras así lo justifique, los sistemas de gestión medioambiental, con independencia de que se trate del creado en el marco comunitario con base en el Reglamento

³⁴ En la misma línea se manifiesta el art. 81 del TRLCSP, relativo a la acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, o, en relación con el art. 14.2.g) de la Ley 6/2006 de la Comunidad Foral de Navarra, la D. Ad. 5.^a de la misma Ley.

761/2001, de 19 de marzo (EMAS),³⁵ constituirán un medio idóneo para demostrar la solvencia técnica ambiental del contratista para ejecutar el contrato. Sin embargo, no es preciso participar de ninguno de estos sistemas de ecogestión para probar la capacidad técnica ambiental de una empresa. En este sentido, se ha de tener en cuenta que tanto para la Directiva como para el TRLCSP es posible aceptar medios de prueba alternativos a los propios sistemas de gestión medioambiental, realizando una descripción de las medidas aplicadas por el operador económico que permitan garantizar el mismo nivel de protección.

En esta línea se puede citar algún ejemplo en el ordenamiento español vigente antes de la LCSP. Así, ya el art. 2.º de la Orden de 19 de octubre de 2004 de la Consejería de Territorio y Vivienda de la Comunidad Valenciana, sobre requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan en los contratos de la Consejería de Territorio y Vivienda, introduce criterios sobre la solvencia técnica y profesional de los licitadores de carácter medioambiental en la línea indicada. No en vano, como más tarde habrá ocasión de exponer, la Orden valenciana es una de las primeras normas que ha integrado la perspectiva ambiental en la contratación pública en la línea de la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre Legislación Comunitaria de Contratos Públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medio ambientales en la contratación pública. Pues bien, la Orden señala en su art. 2.º lo siguiente:

Cuando la naturaleza del contrato así lo requiera, podrán exigirse medios o requisitos ambientales en los pliegos de cláusulas administrativas que sirvan para acreditar la solvencia técnica o profesional de los licitadores, complementando a las actuales previsiones contenidas en los artículos 15 a 19 del TRLCAP. La Consejería de Territorio y Vivienda o las entidades autónomas y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la misma, podrán exigir alguno o varios de los siguientes

³⁵ En este caso, se ha de tener en cuenta que el art. 11.2 del Reglamento EMAS declara que “con el fin de promover la participación de las organizaciones en el EMAS, procede que la Comisión y otras instituciones de la Comunidad, así como otras autoridades nacionales estudien, sin perjuicio del Derecho comunitario, el modo en que *el registro en el EMAS podrá tomarse en consideración al establecer los criterios de su política en el ámbito de la contratación pública*”.

medios, siempre que ello no suponga un menoscabo al principio de libre concurrencia:

- a) *Acreditar que los licitadores actúen según las buenas prácticas de gestión ambiental; ya sea por tener establecido un Sistema de Gestión Ambiental, en virtud del Reglamento CE EMAS 761/2001, de 19 de marzo de 2001; o disponer de la Norma Internacional EN ISO 14001 u otra norma equivalente; o justificar, mediante cualquier otro medio adecuado, que se cumplen los requisitos de gestión ambiental establecidos en el sistema antes citado.*
- b) *Acreditar una determinada experiencia previa o especialización en materias medioambientales, adecuada respecto a las eventuales incidencias ambientales que pueda tener la actuación de que se trate, en aquellos supuestos en que el contrato requiera conocimientos técnicos especiales en el campo del medio ambiente y sin perjuicio de las restantes titulaciones o experiencia que se exijan.*
- c) *Acreditar que los licitadores disponen de los medios materiales o humanos específicos que requiere el contrato.*

1.3. La adjudicación del contrato

Las directivas de contratos han contemplado dos formas para articular la adjudicación de los contratos: el precio más bajo (mediante subasta) o “la oferta económicamente más ventajosa” (en cuyo caso la forma de adjudicación es el concurso). El art. 53.1 de la Directiva 2004/18 reitera estas dos formas de adjudicación, pero lo más importante es que integra en la relativa a la “oferta económicamente más ventajosa” (el tradicional concurso) determinaciones de carácter ambiental:

Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán: a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioam-

bientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio pos-venta y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución³⁶; b) o bien *solamente el precio más bajo*.

Como no podía ser de otro modo, el TRLCSP reitera esta posibilidad en su art. 150.1. El apartado 3.º del art. 150 del TRLCSP concreta los contratos cuya adjudicación procederá ser realizada atendiendo a más de un criterio (esto es, más allá del precio), señalando en la letra h) aquellos “contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente”. A continuación, el mismo precepto indica qué tipo de criterios ambientales podrán ser valorados en la adjudicación, señalando que “se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía, el coste ambiental del ciclo de vida, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos”.³⁷ Tras la entrada en vigor de la Directiva 2004/18, de la LCSP y actualmente del TRLCSP, es evidente por tanto que la utilización de criterios de adjudicación “cualitativos”, como los de carácter medioambiental, quedará totalmente normalizada. La cuestión no obstante que cabe plantearse es si esto mismo no era ya posible a la vista de la legislación vigente hasta la entrada en vigor de la LCSP.

³⁶ En estos casos, como señala el art. 53.2 de la Directiva 2004/18, “el poder adjudicador precisará en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones o, en el caso del diálogo competitivo, en el documento descriptivo, *la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores que deberá tener una amplitud máxima adecuada*”. No obstante, “cuando, en opinión del poder adjudicador, la ponderación no sea posible por razones demostrables, éste indicará en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones o, en el caso del diálogo competitivo, en el documento descriptivo, el orden decreciente de importancia de los criterios”.

³⁷ El art. 150.3.h) del TRLCSP ha asumido las recomendaciones de la Comisión Europea en esta materia. Así, los órganos de contratación podrían tener en cuenta la relación costo-eficacia, incluyendo los costos directos de funcionamiento y mantenimiento, así como otros gastos derivados, por ejemplo, del ahorro de energía y de agua. También se recomienda incluir los costos de eliminación de residuos, ya la eliminación física, ya el pago por una eliminación segura. Un buen ejemplo relativo al sector de la construcción tiene que ver con la demolición de edificios antiguos donde se producen numerosos residuos, aparte de la de tratar materiales peligrosos como el amianto. Desde este punto de vista, se podrían considerar las valoraciones que los constructores hagan en torno al tratamiento de los residuos peligrosos, así como el costo de eliminación. En algunos otros casos, por ejemplo en la construcción de una carretera, también se podrían calcular los beneficios que acarrearía el uso de materiales reciclados, como el asfalto usado.

1.3.1. La interpretación de la legislación de contratos vigente hasta la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público a la luz del derecho y jurisprudencia comunitaria

Los aspectos medioambientales no se mencionaban explícitamente en la legislación de contratos vigente hasta la entrada en vigor de la LCSP como eventuales criterios objetivos aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos.³⁸ En cualquier caso, esta afirmación debía entenderse en sus justos términos, y aunque de forma limitada, podía decirse que el derecho interno español vigente aludía a dos circunstancias fundamentales: una de carácter limitado y afectante al contrato de concesión de obra pública, y otra general y aplicable a todo nuestro derecho, que permitían pronunciarse a favor de la aplicación de criterios medioambientales en la adjudicación de contratos públicos.

En primer lugar, cabía decir que la facultad del órgano contratante de establecer criterios de adjudicación de carácter medioambiental se encontraba implícita en el art. 233.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), relativo al contrato de concesión de obra pública, según fue incorporado por Ley 13/2003:

En los términos y con el alcance que se fije en el pliego, los licitadores podrán introducir las mejoras que consideren convenientes, y que podrán referirse a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las medidas tendentes a evitar los daños

³⁸ Mucho antes que con los criterios medioambientales, la problemática surgió con la utilización de criterios sociales. La STJCE de 20 de septiembre de 1988 (as. 31/87, Beentjes) puso de manifiesto que la utilización de un criterio como “emplear a trabajadores en paro prolongado” no guardaba relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato. La sentencia añadía que los criterios empleados para la adjudicación de contratos debían respetar los principios consagrados en los Tratados, señalando que un criterio como el indicado podría infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Esta doctrina fue recogida por los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 44/98, de 28 de diciembre, y 11/99, de 30 de junio, pronunciándose en la línea de la jurisprudencia comunitaria. Sin embargo, como vamos a poner de relieve, la jurisprudencia del TJCE ha dado un salto cualitativo y fundamental en la admisión de criterios de carácter medioambiental para la adjudicación de contratos, superando la visión restrictiva asumida en principio en relación con los criterios sociales.

al medio ambiente y los recursos naturales, o a mejoras sustanciales, pero no a su ubicación.³⁹

En otras palabras, si el pliego de cláusulas administrativas podía incluir determinaciones sobre posibles mejoras en materia medioambiental, se deducía que el propio pliego podía incluir criterios de esa naturaleza. Es decir, era posible la “traducción” de las especificaciones medioambientales del pliego de prescripciones técnicas en criterios de adjudicación de carácter ambiental. No parece que una conclusión distinta pudiera ser predicada respecto del contrato de obra, por mucho que el TRLCAP no integrara un precepto con un contenido similar al del art. 233.3 para este tipo de contrato típico. De hecho, puede decirse que desde el punto de vista general el art. 86 del TRLCAP, relativo a los criterios de adjudicación en caso de concurso, debía ser interpretado en el sentido de que admitía la formulación de aspectos medioambientales como criterios adjudicación.⁴⁰ Es más, cualquier otra conclusión hubiera vulnerado el principio de interpretación conforme a nuestro derecho a la luz de la jurisprudencia del TJCE⁴¹ (sin perjuicio de su eficacia directa⁴²).

Acerca de la admisión de criterios medioambientales de adjudicación se había pronunciado el TJCE en al menos dos ocasiones⁴³ [SSTJCE de 17

³⁹ En el mismo sentido, el art. 150.2 de la Ley 6/2006 de la Comunidad Foral de Navarra.

⁴⁰ Asumiendo las recomendaciones de los dictámenes del Consejo de Estado 4.464/1998, de 22 de diciembre, y del Consejo Económico y Social núm. 5, de 27 de mayo de 1998, dictados en relación con el Anteproyecto de Ley por la cual se modificó la Ley 13/1995, de 8 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en los que se proponía el establecimiento de nuevos criterios de adjudicación fundados en la protección del medio ambiente. Al respecto, entendía el Consejo de Estado que “no parece que exista inconveniente alguno en establecer nuevos criterios objetivos de adjudicación que permitan tener en cuenta otros factores tales como la estabilidad en el empleo, el carácter indefinido de los contratos laborales, o la protección del medio ambiente”.

A conclusiones similares llegan tanto los informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 73/04, de 11 de marzo de 2005, y 31/03, de 17 de noviembre, como el informe 1/2006, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña 4/2003, de 29 de abril, o el informe 4/2005, de 12 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

⁴¹ SSTJCE de 13 de noviembre de 1990 (as. 106/89, Marleasing), 16 de diciembre de 1993 (as. 334/92, Wagner Miret), o de 14 de julio de 1994 (as. 91/92, Faccini Dori), etc.

⁴² La posible eficacia directa de las directivas de contratación ya fue puesta de manifiesto en el Informe 73/04, de 11 de marzo de 2005, de la Junta Consultiva de Contratación.

⁴³ Esta posibilidad ya fue admitida favorablemente por la Comisión tanto en el Libro Verde “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”, adoptado por la Comisión el 27

de septiembre de 2002 (as. 513/1999, Concordia Bus Finland) y de 4 de diciembre de 2004 (as. 448/01, ENV AG et Wienstrom)], si bien es cierto que en relación con contratos de servicios y suministro, aunque no existe razón alguna para no extender sus conclusiones a los contratos de obra. En la STJ-CE de 17 de septiembre de 2002 (as. 513/1999, Concordia Bus Finland) se planteó por primera vez la posibilidad de introducir criterios ecológicos entre los criterios de adjudicación de contratos públicos.⁴⁴ El Tribunal comienza señalando que la directiva [el art. 36.1.a) de la Directiva 92/50, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios] no establece una relación tasada de criterios mensurables en la adjudicación de contratos:

Para determinar si la entidad adjudicadora puede, con arreglo al mencionado artículo 36, apartado 1, letra a), tomar en consideración criterios de naturaleza ecológica y, en su caso, en qué condiciones, debe observarse, en primer lugar, que, como se desprende claramente del tenor de dicha disposición y, en particular, del uso de la expresión ‘por ejemplo’, los criterios que pueden adoptarse como criterios de adjudicación de un contrato público a la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran con carácter exhaustivo (véase también, en este sentido, la sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/2000).

Estas apreciaciones eran trasladables al art. 86.1 del TRLCAP, que si bien no reiteraba el tenor literal de las directivas, mantenía el mismo carácter abierto como así denotan las expresiones “tales como” y su inciso final “y otros semejantes”:

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso *se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como* el precio, la fórmula de revisión, en su caso,

de noviembre de 1996 [COM/96/583 final], como en la comunicación de la Comisión sobre la Contratación Pública en las Comunidades Europeas, aprobada el 11 de marzo de 1998 [COM (98) 143 final].

⁴⁴ En este caso se utilizaron criterios relativos al nivel de las emisiones de óxido de nitrógeno y al nivel de ruido de autobuses, en relación con un contrato de servicios de transporte urbano.

el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa *u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquélla.*

La amplitud y carácter no exhaustivo de los criterios de adjudicación se confirma en la STJCE de 17 de septiembre de 2002 (as. 513/1999, Concordia Bus Finland), al concretar que estos criterios no necesariamente deben responder a criterios económicos, sino que ordinariamente pueden atender a otros fines objetivos:

(...) no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. En efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora. Esta observación queda también corroborada por el propio tenor literal de esta disposición, que alude expresamente al criterio relativo a las características estéticas de una oferta (...). Habida cuenta de este objetivo y también del artículo 130 R, apartado 2, párrafo primero, del Tratado CE, que el Tratado de Ámsterdam ha trasladado, modificándolo ligeramente, al artículo 6 CE, y que establece que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad, procede afirmar que el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 no excluye la posibilidad de que la entidad adjudicadora utilice criterios relativos a la conservación del medio ambiente para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa.

La misma conclusión era extrapolable al art. 86.1 del TRLCAP, en el que también se hacía alusión específica a criterios estéticos, así como a otros de carácter semejante. Esto no quiere decir que pudiera tenerse en cuenta cualquier criterio de naturaleza ambiental, sino sólo aquellos relacionados con el objeto del contrato. Así lo entiende razonablemente la STJCE de 17

de septiembre de 2002 (as. 513/1999, Concordia Bus Finland), sin que pueda decirse lo contrario en relación con el derecho interno español:

No obstante, esta afirmación no significa que la mencionada entidad pueda tener en cuenta cualquier criterio de tal naturaleza.

En efecto, si bien el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, a este respecto, sobre los contratos públicos de obras, las sentencias antes citadas, Beentjes, apartado 19, Evans Medical y Macfarlan Smith, apartado 42, y SIAC Construction, apartado 36). Como una oferta se refiere necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato.

Así, procede recordar en primer lugar que, como el Tribunal de Justicia ya ha declarado, para determinar la oferta económicamente más ventajosa, la entidad adjudicadora debe, en efecto, poder apreciar las ofertas presentadas y adoptar una decisión sobre la base de criterios cualitativos y cuantitativos que varían en función del contrato de que se trate (véase, en este sentido, sobre los contratos públicos de obras, la sentencia de 28 de marzo de 1985, Comisión/Italia, 274/1983).

A continuación, la sentencia establece una serie de condiciones que determinan el establecimiento de criterios de adjudicación de naturaleza ecológica. En primer lugar, es preciso que el criterio establecido no pueda implicar “la atribución a la entidad adjudicadora de una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato” [en el mismo sentido, las SSTJCE de 20 de septiembre de 1988 (as. 31/87 Beentjes) y de 18 de octubre de 2001 (as. 19/2000, SIAC Construction)]. Seguidamente, la sentencia añade que la elección de los criterios debe respetar todas las normas de procedimiento de las directivas sobre contratación pública y, especialmente, las normas sobre publicidad. En este sentido, señala que “todos los criterios de este tipo han de

mencionarse expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, cuando resulte posible, en orden decreciente de la importancia que se les atribuye, para que los contratistas puedan conocer su existencia y alcance” [igualmente, las SSTJCE Beentjes, antes citada, y de 26 de septiembre de 2000 (as. 225/1998, Comisión c. Francia)]. Por último, el TJCE añade que esos criterios “deben respetar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado” (también las SSTJCE Beentjes y Comisión c. Francia, recién comentadas).

Todas estas consideraciones son reiteradas por la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (as. 448/01, *Wienstrom*)⁴⁵. Esta sentencia añade algunos datos de interés, como que las facultades del órgano de contratación no quedan en la definición misma de los criterios definitorios de la “oferta más ventajosa”, sino que, lógicamente, también alcanzan a la fijación de la ponderación correspondiente:

(...) siempre que respeten los preceptos del Derecho comunitario, las entidades adjudicadoras tienen libertad no sólo para elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también para determinar la ponderación de tales criterios, cuando ésta permita una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa.

Por lo que se refiere al criterio de adjudicación que es objeto del procedimiento principal, debe señalarse que, como ha declarado el Tribunal de Justicia, la utilización de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad es útil para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Comunidad Europea y sus Estados miembros se han comprometido a combatir (...).

⁴⁵ La entidad adjudicadora estableció, a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro con fuentes de energía renovables.

Por lo tanto, habida cuenta de la importancia del objetivo que persigue el criterio controvertido en el procedimiento principal, no parece que el atribuir a dicho criterio un coeficiente de ponderación del 45% obstaculice una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa.

Era evidente que el art. 86.2 del TRLCAP debía interpretarse en este sentido, cuando establecía que los criterios “se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, y podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo”. De hecho, así se venía haciendo en la práctica, sobre todo en el marco de la aplicación de la Orden de 14 de octubre de 1997 en el seno del Ministerio de Medio Ambiente, caso del “Proyecto de abastecimiento de agua a Santander”, gestionado por la Sociedad Acuanor, en cuyo pliego (apartado 2.7.2.) se indica que “las ofertas se valorarán atendiendo a criterios objetivos, *de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 del art. 86 del TRLCAP y de la Orden de 14 de octubre de 1997*. Los criterios a valorar, tales como el precio, los elementos técnicos o los *medioambientales*, serán los que se detallan en el anejo 4 de este pliego”.

1.3.2. La Orden de 14 de octubre de 1997 por la que se fijaron los criterios de modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de regir en la contratación del Ministerio de Medio Ambiente

El Ministerio de Medio Ambiente incorporó tempranamente criterios ambientales en la adjudicación de contratos en materias de su competencia mediante Orden de 14 de octubre de 1997. A estos efectos, el preámbulo de la orden señala la necesidad de

potenciar la progresiva adaptación de las empresas a las nuevas exigencias medioambientales y, al margen de las ayudas y subvenciones que puedan conceder futuros planes de incentivos en los concursos de contratación que se convoquen por este Ministerio y organismos públicos de él dependientes, se prestará atención a las empresas que muestren mejor nivel medioambiental, considerando en los de obra, servicios y suministros las ofertas más ecológicas.

En concreto, por lo que se refiere al contrato de obra, la orden establece que la calidad ambiental de las ofertas que se presenten será valorada en un 10%, distribuyéndose el 90% restante entre los demás criterios de adjudicación que figuren en el pliego. Para la valoración de los criterios de “calidad ambiental”, la orden dispone que se tomen en consideración las siguientes exigencias relacionadas por orden de importancia no excluyente:

- 1.^a *Que la ejecución de la obra se realice en el marco de un sistema de gestión medioambiental conforme a los criterios establecidos en el Reglamento (CEE) 1836/93, de 29 de junio, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema de gestión y auditoría medioambientales o en la normativa de las COMUNIDADES AUTÓNOMAS sobre esta misma materia.*
- 2.^a *Que la ejecución de la obra se realice en el marco de un sistema de gestión medioambiental basado en las normas internacionales ISO (serie ISO 14000), europeas EN o españolas UNE (UNE 77/801-94 y 77/802-94).*
- 3.^a *Que el oferente acredite el cumplimiento de medidas de correcta gestión medioambiental de la empresa, que puedan ser valoradas por la Administración al aplicar los criterios establecidos en el pliego de cláusulas administrativas.⁴⁶*
- 4.^a *Que los productos a utilizar por el oferente en la obra provengan de un proceso de reciclado o reutilización.⁴⁷ Para la valoración de este criterio se utilizará el porcentaje en que el producto es reutilizable o reciclable que, previamente a la adjudicación del contrato, deberá venir avalado por un certificado expedido por un laboratorio u organización independiente.*
- 5.^a *Que los productos a utilizar por el oferente sean reutilizables o reciclables, o tengan alguna consideración medioambiental destacable que pueda ser valorada por la Administración, de conformidad con los criterios establecidos en el pliego de cláusulas administrativas.*

⁴⁶ Estos tres primeros criterios se corresponden con el art. 50 de la Directiva 2004/18. En la misma línea el art. 81 del TRLCSP.

⁴⁷ En coherencia con el art. 16.2 de la Ley 22/2011 de 28 de junio, de residuos y suelos contaminados, y la D. Ad. 3^a de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases.

6.^a *Que en la ejecución de la obra se contemplen medidas específicas de carácter medioambiental que puedan ser valoradas por la Administración, de conformidad con los criterios del pliego de cláusulas administrativas.*⁴⁸

Finalmente, para la acreditación de esos criterios medioambientales, el apartado 2.º de la orden establece la documentación a aportar por los licitadores:

1. Los certificados expedidos por los organismos, públicos y privados, nacionales o internacionales, que acrediten el cumplimiento de las correspondientes normas y recomendaciones.
2. Cuantos documentos demuestren de forma fehaciente el cumplimiento de normas, recomendaciones y características ergonómicas, medioambientales, de ahorro energético, de compatibilidad electromagnética y de reducción de radiación emitida de los sistemas y equipos incluidos en su oferta.
3. Certificados expedidos por un laboratorio u organización independiente de conformidad con dichas normas y recomendaciones y emitidos, en último caso, por las propias empresas.

⁴⁸ Estas determinaciones tienen su reflejo en la práctica. En este sentido, el “Proyecto de construcción del abastecimiento a Lleida y núcleos urbanos de la zona regable del canal de Piñana. 2.ª fase”, gestionado por la Sociedad del Agua ACESA, o el “Proyecto de abastecimiento de agua a Santander”, gestionado por la Sociedad Acuanor. El primer proyecto citado aplica la Orden de 1997 en los siguientes términos: “Se valorará esta exigencia en un máximo de 10 puntos, de acuerdo con los siguientes criterios: a) Sistemas de gestión ambiental: Se otorgarán: - 7 puntos si la ejecución de la obra se realiza en el marco de un sistema de gestión ambiental conforme a la Norma ISO 14001 (conforme a las normas internacionales ISO –serie ISO 14000–, europeas EN o españolas UNE). - Hasta un máximo de 6 puntos al licitador que sin tener implantado el citado sistema, justifique que la obra se ejecutará bajo el cumplimiento de medidas de correcta gestión medioambiental, mediante informe expedido por verificación ambiental acreditado. b) Otras medidas ambientales. Productos reciclados y/o reciclables y reutilizados y/o reutilizables. Si en la ejecución de la obra se contempla alguna de las siguientes medidas: gestión ambiental de tierras y de materiales de obra; restauración paisajística; reducción en la generación de residuos; disminución de la contaminación por vertidos, acústica, atmosférica o del suelo; reducción del impacto visual, cultural o sociológico; limitación de impacto sobre la fauna y flora local; disminución del uso de combustibles fósiles o utilización de energías renovables; relación de productos reciclados y/o reciclables, reutilizados y/o reutilizables. Se otorgará hasta un máximo de 3 puntos”.

La aportación de la documentación señalada en los puntos 2 y 3 no eximirá de las pruebas que la Administración considere necesarias en cada caso para verificar las características anteriormente Señaladas.⁴⁹

1.3.3. La introducción de criterios medioambientales en la normativa de contratación administrativa de las comunidades autónomas

La integración de criterios de adjudicación de carácter ambiental ha sido implementada ya por alguna comunidad autónoma en desarrollo de la legislación básica en materia de contratos. Esta facultad fue ratificada por el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3495/1998, de 19 de noviembre, y luego reiterada en el Dictamen núm. 4464/1998, de 22 de diciembre. El primer dictamen señala al respecto que:

(...) los criterios que pueden sentarse en los concursos para la adjudicación del contrato son variables y acomodables a cada caso, y además no prohíben que una Comunidad Autónoma que –como la de Madrid–⁵⁰ haya asumido competencias de desarrollo legislativo en materia de contratos, haga uso, dentro del marco de la legislación básica, de su facultad normativa, como ahora lo hace, sin contravenir las bases de la regulación para todo el Estado, para establecer criterios objetivos de adjudicación de los contratos públicos, como los indicados en el presente proyecto de Decreto. Criterios estos que, por lo demás, no dejan de ser objetivos ni de estar referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo para la adjudicación, incluso más fiable que otros señalados en el artículo 87, para seleccionar –siempre haciendo uso de una

⁴⁹ Así, por ejemplo, en el “Proyecto de construcción del abastecimiento a Lleida y núcleos urbanos de la zona regable del canal de Piñana. 2.ª fase”, se cita, entre la documentación a presentar, la “declaración del porcentaje económico que supone la adquisición de productos con etiqueta ecológica respecto a la cuantía total del contrato”.

⁵⁰ Téngase en cuenta que el art. 8 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, relativo al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, no incluye en realidad ninguna referencia a criterios de carácter medioambiental, pero sí a criterios de carácter social.

ponderación razonable del criterio– al contratista que corresponda, precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la selección de la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa, y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado.

Sobre la inclusión de la protección de medio ambiente entre los nuevos criterios objetivos de adjudicación a los que alude el informe, el Dictamen núm. 4464/1998 pone de manifiesto la ausencia de inconveniente alguno para “establecer nuevos criterios objetivos de adjudicación que permitan tener en cuenta otros factores tales como la protección del medio ambiente”, máxime, añade, cuando “medidas de este tipo ya han sido previstas en alguna Comunidad Autónoma”, como así se puso de manifiesto en el comentado Dictamen núm. 3495/1998.

El primer ejemplo en la legislación autonómica al respecto es la ya citada Orden de 19 de octubre de 2004 de la Consejería de Territorio y Vivienda de la Comunidad Valenciana, sobre requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan en los contratos de la Consejería de Territorio y Vivienda y sus entidades dependientes. La Orden siguió en parte el modelo de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 1997, pero incluiría además novedades interesantes. El primer dato destacado de la orden es la integración de los criterios medioambientales entre los propios de la adjudicación de contratos con fundamento directo en el art. 86 del TRLCAP, interpretado según la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre Legislación Comunitaria de Contratos Públicos. Al respecto, el preámbulo de la orden señala:

En cumplimiento de las citadas normas y en aplicación del artículo 86 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se aprobó la Orden de 11 de noviembre de 2002, de la Consejería de Medio Ambiente, por la que se fijan las características medioambientales en los pliegos de cláusulas administrativas particulares como criterio objetivo de adjudicación de los contratos públicos que se convoquen mediante el procedimiento de concurso.

El devenir diario y la experiencia adquirida en la aplicación de los criterios medioambientales recogidos en la citada Orden, sugiere que es necesario actualizar y ponderar los mismos según las necesidades y las características de cada contrato, teniendo en cuenta, a tal efecto, la más reciente evolución normativa y jurisprudencial en materia de contratación administrativa, así como los principios y objetivos establecidos en el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente, establecido por la Decisión núm. 1600/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002.

En particular, debe señalarse que el artículo 67.2.i) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece que los criterios para la adjudicación de los concursos deberán estar contenidos expresamente en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas. Además, *y por lo que se refiere específicamente a los criterios medioambientales, conviene tomar en consideración la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre Legislación Comunitaria de Contratos Públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medio ambientales en la Contratación Pública.*

Por lo que se refiere a la valoración de los criterios de naturaleza ambiental formulados como criterios de adjudicación, el art. 6.º de la orden señala, en lo atinente a los contratos de obra, que “los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, en su caso, los modelos tipo de dichos pliegos que se elaboren para la adjudicación, mediante forma de concurso, de contratos de obras, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 85, 86, y 120 y siguientes del TPLCAP, incorporarán, igualmente, criterios medioambientales de carácter objetivo, que se valorarán con una puntuación de hasta un 10% del total”; es decir, términos similares a los de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente. Respecto a los criterios que pueden ser establecidos en los pliegos, el art. 6.º de la Orden de la Consejería es bastante original, superando las referencias de la Orden Ministerial de 1997:

- a) *Cuando se trate de obras sometidas a evaluación de impacto ambiental, se valorará que las ofertas presentadas incluyan aspectos que*

incrementen las exigencias impuestas por la Declaración de Impacto Ambiental; en particular en lo referente a las medidas protectoras, correctoras o compensatorias y al programa de vigilancia ambiental que en la misma se incluyan.

- b) *Cuando se trate de obras que no hayan de someterse a evaluación de impacto ambiental, se podrá valorar que las ofertas presentadas integren aspectos medioambientales que sean más exigentes que los requisitos de esta naturaleza que consten en el proyecto aprobado por la administración o en la normativa técnica que resulte de aplicación, tales como el que incorporen estudios de identificación y evaluación de impactos y propuestas de medidas protectoras o compensatorias.*
- c) *Se valorará en la oferta que la madera, productos forestales o productos elaborados derivados de la madera u otro producto forestal, que el oferente vaya a utilizar en una obra, disponga de un certificado internacional FSC ('Forest Stewardship Council') o PEFC ('Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes'), o cualquier otro certificado internacionalmente reconocido que acredite que la madera utilizada proviene de bosques gestionados de manera sostenible.⁵¹*

Dicho criterio se tendrá en cuenta, tanto en la producción, como en el proceso de transformación y comercialización mediante el Certificado de Cadena de Custodia, según las pautas señaladas en el apartado f) del Artículo 3 de la presente Orden.

- d) *Podrá valorarse que las ofertas incluyan *propuestas de ahorro del consumo de energía y de otros bienes naturales, o de utilización de productos o envases reciclables o reutilizables, o procedentes de un proceso de reciclado o reutilización que, en cualquier caso, habrán de ajustarse a las especificaciones contenidas en el pliego de prescripciones técnicas.*⁵²*

⁵¹ Esta previsión se muestra coherente con el art. 35 bis de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, incorporado por Ley 10/2006, de 28 de abril, según el cual "en los procedimientos de contratación pública, las Administraciones públicas adoptarán las medidas oportunas para evitar la adquisición de madera y productos derivados procedentes de talas ilegales de terceros países y para favorecer la adquisición de aquellos procedentes de bosques certificados".

⁵² De conformidad, recuérdese, con el art. 16.2 de la Ley de Residuos y la D. Ad. 3ª de la Ley de Envases y Residuos de Envases.

- e) Podrá valorarse que las ofertas *incluyan propuestas de realización de determinadas actuaciones de corrección medioambiental, o de protección del biotopo o la biocenosis en la zona de influencia o en el entorno geográfico de la obra proyectada.*

La orden comentada concluye, en su art. 7, estableciendo los medios de acreditación de los criterios establecidos para la adjudicación del contrato.⁵³

Otro de los exponentes destacables del derecho autonómico es la Ley 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de la Comunidad Foral de Navarra. Sin embargo, en materia de adjudicación, el art. 51.1.b) de la Ley Foral tan sólo se limita a señalar que “para determinar la oferta más ventajosa se utilizarán criterios vinculados al objeto del contrato”, señalando entre otras “las características medioambientales”, en términos parecidos al art. 53.1 de la Directiva 2004/18 y el art. 150 del TRLCSP. Pobre bagaje para una ley que se presume adaptada a la nueva directiva.

1.4. La ejecución del contrato

Los órganos de contratación tienen la posibilidad de fijar cláusulas contractuales sobre las modalidades de ejecución del contrato. Como tales cláusulas contractuales se refieren exclusivamente a la ejecución del contrato, se debe evitar establecer aquellas que realmente sean especificaciones técnicas, criterios

⁵³ Los licitadores deberán aportar la siguiente documentación, sin perjuicio de que pueda exigirse otra complementaria en los pliegos: “a) *Certificados expedidos por organismos públicos y privados, nacionales o internacionales, que acrediten el cumplimiento de los correspondientes criterios, estándares o normas de aplicación.* En su caso, la acreditación de los criterios medioambientales relativos a los productos, podrá realizarse mediante la posesión de la correspondiente Etiqueta ecológica, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento CE 1980/2000, de 17 de julio; sin perjuicio de otros sistemas equivalentes que la Consejería de Territorio y Vivienda considere como válidos. Cuando no se haya establecido como condición de solvencia exigible para participar en la licitación, de acuerdo con lo previsto en el artículo segundo de esta Orden, *los licitadores que tengan establecido un Sistema de Gestión Ambiental en desarrollo del Reglamento CE EMAS 761/2001, de 19 de marzo, o dispongan de una certificación de calidad ambiental (Norma ISO 14001, o equivalentes),* podrán aportar los mismos a efectos de acreditar, respecto a los productos o servicios que oferten, que en los mismos se cumplen los criterios medioambientales objeto de valoración. A tal efecto, deberá existir relación entre lo que se acredite mediante esos instrumentos y los criterios a valorar, sin que la mera adhesión de la empresa licitadora al Sistema o la posesión de la Certificación permitan presumir que el producto o servicio que oferta cumple con esos criterios. b) Cuantos otros documentos puedan demostrar de forma fehaciente el cumplimiento de los medios y criterios recogidos en la presente Orden, condicionado, en todo caso, a que dicho documento sea emitido por una entidad que no mantenga relación contractual directa con el licitador”.

de selección o criterios de adjudicación encubiertos. En este orden de cosas, los órganos de contratación disponen de un amplio margen de maniobra para establecer cláusulas contractuales que tengan por objeto la protección del medio ambiente. Así se concreta en el art. 26 de la Directiva 2004/18:

Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.

En el mismo sentido lo establece el art. 118.1 del TRLCSP.⁵⁴ En definitiva, las condiciones de ejecución de un contrato, cuya finalidad sea la protección del medio ambiente, son compatibles con la directiva,⁵⁵ siempre y cuando se cumplan los requisitos de publicidad⁵⁶ y no sean directa o indirectamente discriminatorias.⁵⁷

A esta cuestión hace referencia el art. 49.1 de la Ley 6/2006 de la Comunidad Foral de Navarra, relativo a los requerimientos de carácter social o

⁵⁴ Este precepto establece que “los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social”.

⁵⁵ A modo de ejemplo podrían ser conformes con la directiva consideraciones sobre la entrega y envasado de materiales, la recuperación o reutilización a cargo del contratista del material de embalaje y de los productos usados, el suministro de bienes en recipientes reutilizables o la recogida, reciclado o reutilización a cargo del contratista de los desechos producidos durante la utilización o consumo de un producto, etc.

⁵⁶ El art. 118.1 del TRLCSP se refiere a que dichos criterios podrán indicarse “en el pliego”, sin precisar si ese pliego es el de cláusulas administrativas particulares o el de prescripciones técnicas particulares. No obstante, con base en el dictamen del Consejo de Estado núm. 514/2006, de 25 de mayo, parece claro que deberían recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares, toda vez que esas condiciones de ejecución no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas.

⁵⁷ Estos criterios ambientales de ejecución de la obra por parte del contratista son coherentes con sus obligaciones. Un ejemplo que así lo demuestra es el art. 246.f) del TRLCSP, relativo al contrato de concesión de obra pública, el cual establece que son obligaciones generales del concesionario “proteger el dominio público que quede vinculado a la concesión, en especial, preservando los valores ecológicos y ambientales del mismo”. En el mismo sentido, el art. 154 de Ley 6/2006 de la Comunidad Foral de Navarra.

medioambiental en la ejecución de los contratos, en virtud del cual “los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incluir requerimientos pormenorizados de carácter social o medioambiental sobre el modo de ejecutar el contrato, *tales como la recuperación o reutilización de los envases y embalajes o productos usados; la eficiencia energética de los productos o servicios; el suministro de productos en recipientes reutilizables; la recogida y reciclado de los desechos o de los productos usados a cargo del contratista*”. Y en la línea de los comentarios realizados anteriormente, el art. 49.2 de la misma ley añade que “dichos requerimientos no podrán constituir especificaciones técnicas, criterios de selección o criterios de adjudicación encubiertos, ni tener carácter discriminatorio, de tal forma que cualquier licitador dotado de solvencia técnica para la ejecución del contrato pueda cumplirlos”.

El problema principal que plantea esta cuestión es que difiere a un momento posterior la valoración del cumplimiento de dichos criterios, algo que no sucede con los criterios de selección o de adjudicación. La cláusula contractual que incluya estas condiciones de ejecución es una obligación más que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato; a tal efecto, basta con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir ese requisito en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. Sin embargo, y lógicamente, no puede exigirse que se cumplan esas condiciones a efectos de la presentación de la oferta.

Por estas razones, este tipo de condiciones de ejecución pueden plantear problemas prácticos en los casos de incumplimiento. En tales supuestos, el incumplimiento obligaría o bien a la imposición de penalidades,⁵⁸ o bien a la resolución,⁵⁹ o bien a la ejecución sin cumplir con tales criterios, lo que obviamente impediría cumplir con el fin perseguido. Lo anterior sin perjuicio de la relevancia de dicho incumplimiento a efectos de que esa circunstancia pueda ser considerada como una causa que impida contratar con las administraciones públicas en los términos del art. 60.2.e) del TRLCSP.⁶⁰

⁵⁸ La inclusión de condicionantes ambientales a la ejecución del contrato debe acompañarse de penalidades contractuales severas que disuadan al contratista de su incumplimiento. A tal efecto, los pliegos o el contrato pueden establecer penalidades conforme a lo establecido en el art. 212.1 del TRLCSP.

⁵⁹ Los pliegos o el contrato pueden atribuir a las condiciones especiales de ejecución el carácter de obligaciones contractuales esenciales, de modo que su incumplimiento sea causa de resolución del contrato, en los términos del art. 223.g) del TRLCSP.

⁶⁰ Dicho artículo prevé que el pliego o el contrato pueden determinar que el incumplimiento de las

En esta dirección, como establece el art. 49.3 de la Ley 6/2006 de la Comunidad Foral de Navarra, en caso de incumplimiento de estos requerimientos el órgano de contratación podrá optar por la resolución del contrato o la continuación de la ejecución del contrato con la imposición de penalidades. Además, el art. 124.1.j) de la misma ley confirma como causa de resolución “el incumplimiento de los requerimientos de carácter social o medioambiental para la ejecución del contrato en el supuesto del artículo 49”. El TRLCSP no incluye un precepto similar con referencia expresa al incumplimiento de los requerimientos medioambientales, pero debe entenderse implícito en su art. 223.g).

Finalmente, en relación con la comprobación de la ejecución de las obras en el marco de la regulación del contrato de concesión de obra pública, el art. 244 del TRLCSP establece que a la terminación de las obras, y a efectos del seguimiento del correcto cumplimiento del contrato por el concesionario, se procederá al levantamiento de la correspondiente acta de comprobación por parte de la administración concedente. El dato más destacado es que el art. 244.2 añade que “al acta de comprobación se acompañará un documento de valoración de la obra pública ejecutada y, en su caso, *una declaración del cumplimiento de las condiciones impuestas en la declaración de impacto ambiental*, que será expedido por el órgano de contratación y en el que se hará constar la inversión realizada” (en el mismo sentido, el art. 152 de la Ley 6/2006 de la Comunidad Foral de Navarra).

Bibliografía

- Abaigar Santos, A. “Los criterios ambientales en la Ley de Contratos del Sector Público”. En: *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, núm. 17, 2009.
- Agudo González, J. *Ejecución y gestión de obras hidráulicas. Nuevos retos, nuevos conflictos*. Granada: Comares, 2008.
- Agudo González, J. *El control de la contaminación: técnicas jurídicas de protección medioambiental*, t. I. Madrid: Montecorvo, 2004.
- Bouwer, M., de Jong, K., Jonk, M., Berman, T., Bersani, R., Lusser, H., Nissinen, A., Parikka, K. y Szuppinger, P. *Green Public Procurement in Europe 2005 – Status overview*. AJ Haarlem (Holanda): Virage Milieu & Management, 2005.

condiciones esenciales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con el art. 118 del TRLCSP sean consideradas como prohibiciones de contratar.

- Comisión Europea. *Manual sobre contratación ecológica*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2005.
- Fernández González, M. “Contratación pública con criterios de sostenibilidad. Situación actual y perspectivas”. En: *Boletín ICE*, núm. 2830, 2005.
- Galera Rodrigo, S. “Compras verdes: ahora o nunca”. En: *Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente*, núm. 247, 2009.
- López Toledo, P. “Contratación pública y medio ambiente”. En: *La Ley. Revista de Contratación Administrativa*, núm. 33, 2004.
- Montoro Chiner, M.^a J. “Objetivos, naturaleza y límites de la declaración de impacto ambiental de las infraestructuras públicas”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 110, 2001.
- Observatorio de la Sostenibilidad (OSE). *Sostenibilidad en España 2007*. Disponible en: <http://www.sostenibilidad-es.org/observatorio%20sostenibilidad/esp/servicios/publicaciones/ise/>

Ley 1333 de 2009

Muchos problemas, pocas soluciones

Mauricio Rueda Gómez*

Introducción

En el art. 1.º de la Ley 99 de 1993 se estableció, como uno de los principios generales de la política ambiental colombiana, que la acción para la protección y recuperación ambiental del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado. No obstante, en el desarrollo de esta ley y de las otras normas ambientales vigentes, todavía prevalecen esquemas regulatorios en los que, partiendo de la exorbitancia de los poderes del Estado, se imponen unos parámetros de conducta a un sector regulado y se prevén consecuencias para su incumplimiento, generalmente traducidas en sanciones.

Así, la existencia de un régimen sancionatorio se mantiene como piedra angular de la gestión estatal para la conservación del medio ambiente y los recursos naturales en Colombia, siendo el mecanismo a través del cual se hace exigible el cumplimiento de las normas ambientales y se asegura la actuación oportuna de las autoridades frente a cualquier situación de incumplimiento. Lo anterior adquiere especial relevancia en un país donde la conciencia am-

* Abogado con maestría en Gestión Ambiental. Consultor en temas de derecho ambiental. Ha sido asesor jurídico externo del PNUD, de la OEI, de FONADE, del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial –Ministerio Vivienda, Ciudad y Territorio; de la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH. Consultor del Banco Interamericano de Desarrollo BID y de varias empresas privadas. Fue jefe de la División de Asesoría Jurídica de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR (1998-2001). Docente de la Especialización de Derecho Ambiental, Universidad Colegio mayor de Nuestra Señora del Rosario.

biental es incipiente y el temor a la sanción puede constituirse en el principal determinante para el logro de los estándares ambientales propuestos.

Es difícil entender por qué el nuevo régimen sancionatorio ambiental tardó tanto en expedirse. Aunque la Ley 99 de 1993 incorporó un título XII, referido a las sanciones y medidas de policía, más de quince años de vigencia de sus disposiciones pusieron de manifiesto una serie de vacíos y problemas de aplicación, traducidos principalmente en lo siguiente:

- No se contaba con un procedimiento propio, hecho a la medida de las necesidades del sector ambiental. En este sentido, el párrafo tercero del art. 85 se limitó a remitir a las disposiciones del Decreto 1594 de 1984, donde se establecía un procedimiento estrictamente concebido para la imposición de sanciones y medidas de carácter sanitario. Ello significa que durante la vigencia de los arts. 83-86 de la Ley 99 de 1993, las medidas preventivas y sanciones en materia ambiental se impusieron a través de un procedimiento que se tomó prestado de las normas sanitarias y que no logró responder a las expectativas del sector. La remisión generaba dificultades adicionales relacionadas con la necesidad de distinguir entre las normas procedimentales y las sustanciales como base para definir qué resultaba aplicable. Sobre esta base, la aplicación del Decreto 1594 de 1984 sólo podía ser entendida como una solución provisional mientras se adoptaba una norma específicamente concebida para el sector ambiental. Sin embargo, esta interinidad duró más de quince años, probablemente a consecuencia de que el nuevo procedimiento sólo podría ser adoptado a través de una ley,¹ siendo este un tema cuya especialidad lo hacía difícil de abordar por parte del Congreso de la República, como habría de evidenciarse con la expedición de la Ley 1333 de 2009.

¹ En Sentencia C-092 del 26 de junio de 2002, con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, la Corte Constitucional advierte que “El poder de policía lo ejerce, de manera general, el Congreso de la República por medio de la expedición de leyes que reglamentan el ejercicio de la libertad cuando éste trasciende el ámbito privado e íntimo. Este poder también es ejercido en forma excepcional, por el Presidente de la República en los estados de guerra exterior, conmoción interior y emergencia”.

Las dificultades en la aplicación del Decreto 1594 de 1984 fueron puestas de manifiesto por la Corte Constitucional,² que al resolver sobre la constitucionalidad del párrafo tercero del art. 85 aunque sentenció que la norma era exequible, expuso las siguientes consideraciones:

Al señor Procurador General le asiste toda la razón al calificar el acto de la remisión como un mecanismo contrario a la técnica legislativa. Si la legislación debe ser especialmente clara, lo cual redundaría en seguridad jurídica al tener los destinatarios de las normas certeza sobre lo reglado, muchos son los asuntos que atentan contra la claridad: estos van desde el inadecuado uso del lenguaje, pasan por la deficiente puntuación, continúan con la confusa titulación, numeración o división de las leyes, hasta con el uso de remisiones que dispersan, dificultan y hacen de la interpretación de la ley un laberinto. Aspectos que en su conjunto atentan gravemente contra la claridad, armonía y coherencia del sistema jurídico. Pero afirmar que la falta de técnica legislativa constituye por sí misma una inexequibilidad convertiría el debate político de elaboración de las leyes en un mero acto de redacción.

El Jefe del Ministerio Público considera que la remisión hecha por el legislador, en el párrafo 3.º del artículo 85 de la Ley 99 de 1993, no sólo es un acto de falta de técnica legislativa sino que constituye una violación al debido proceso porque se remite a un procedimiento administrativo prescrito por un decreto reglamentario. El señor Procurador afirma que las remisiones en el asunto tratado, sólo son válidas si el envío se hace a otra norma que tenga el carácter de ley conforme al principio de reserva legal. Considerar que la remisión en materia de derecho sancionador es válida sólo cuando se hace frente a otra ley en sentido formal es decir, cuando se remite a un texto normativo prescrito por el legislador ordinario o extraordinario, es una inferencia que no se deduce de la reserva legal y por el contrario es una afirmación que establece un límite adicional al legislador no previsto en la Constitución Política.

² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 2001.

- La Ley 99 de 1993 no brindó claridad en cuanto a la forma en que las autoridades ambientales podrían llegar a hacer exigible la reparación de un daño ambiental asociado al hecho generador de un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio.
- La Ley 99 de 1993 acogió una redacción poco clara al definir la forma en que habrían de imponerse las sanciones pecuniarias y se abstuvo de establecer criterios objetivos para su tasación, como habrá de analizarse.
- No se dotó a las autoridades ambientales de las herramientas necesarias para constituir la prueba de la configuración de la infracción, de manera que se pudiera atender a las dificultades específicas que suelen presentarse en el logro de este propósito, como lo advierte Rosario Leñero Bohórquez, cuando afirma: “La prueba del nexo causal en los daños ambientales constituye por lo general en una auténtica prueba diabólica. Así, se ha puesto de manifiesto cómo esta tarea se ve dificultada por circunstancias tales como la frecuente pluralidad de agentes contaminantes, la eventual lejanía entre la ubicación del agente lesivo y el lugar de producción de los efectos, la manifestación diferida en el tiempo de los daños o del real alcance de los mismos”.³
- Aunque la ley previó los decomisos definitivos y preventivos como un instrumento aplicable a las infracciones relacionadas con la flora y la fauna, no contempló alternativas que permitieran asegurar el adecuado manejo y destino final de los objetos e individuos decomisados. Por esta razón, los decomisos solían convertirse en un problema para las autoridades.

El anuncio de un proyecto de ley para establecer el procedimiento sancionatorio ambiental generó gran expectativa en torno a la posibilidad de poner fin a una interinidad procesal de más de quince años y darle solución a los principales problemas evidenciados bajo el régimen sancionatorio establecido en la Ley 99 de 1993. No obstante, el articulado del proyecto de ley discutido

³ Rosario Leñero Bohórquez. “La relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por daños ambientales”. En: *Medio Ambiente y Derecho / Environment & Law*, núm. 3, 1999.

y aprobado por el Congreso de la República dejó en claro desde el principio que no estaría llamado a colmar esta expectativa.

Este capítulo busca poner en evidencia que el régimen sancionatorio ambiental adoptado con la Ley 1333 de 2009 es un conjunto desarticulado de disposiciones que no satisface las necesidades del sector ambiental y que, a través de una serie de errores e imprecisiones, refleja la desidia con la que actuó el Congreso de la República al ocuparse del establecimiento de un régimen que haga operativa la protección del ambiente por parte del Estado, asunto que reviste especial importancia para la protección y recuperación ambiental del país.

Los principales problemas evidenciados en la Ley 1333 de 2009, que habrán de analizarse aquí, se relacionan con la falta de precisión en la determinación de los elementos necesarios para que se configure la infracción, la poca claridad en los criterios para la distribución de competencias, la inclusión de disposiciones que pueden resultar contrarias a las garantías establecidas en el art. 29 de la Constitución Política, la desarticulación de las normas procedimentales y la falta de criterios claros para la imposición y tasación de las sanciones pecuniarias. Lo anterior sumado a una serie de fallas en la redacción, errores en las remisiones y otros problemas formales, así como asuntos sobre los que la ley dejó de ocuparse y que resultaban importantes para atender a los fines propuestos con su expedición.

Este capítulo se propone plantear el debate sobre los vicios y problemas de aplicación presentes en la Ley 1333 de 2009 y su inconducencia como alternativa para asegurar la protección al medio ambiente y los recursos naturales renovables.

1. Los problemas para la aplicación de la Ley 1333 de 2009

1.1. Imprecisiones en la determinación de los elementos necesarios para que se configure la infracción

El art. 5.º de la Ley 1333 de 2009 se refiere a las infracciones que dan lugar a la imposición de sanciones y, al igual que lo hacía la Ley 99 de 1993 en sus arts. 83-84, constituye la tipicidad a partir de una infracción general y abstracta consistente en la violación de las normas ambientales. Sin embargo, en un fallido intento por concretar la idea, la nueva norma procede a hacer una enumeración de disposiciones que resulta imprecisa y genera más preguntas que respuestas. Por ejemplo, remite a la Ley 99 de 1993 como una de las normas

susceptibles de violación, sin advertir que esa norma se dirige primordialmente a ordenar el sector público encargado de la gestión ambiental, razón por la cual la mayoría de sus artículos no se traducen en obligaciones susceptibles de violación. Pero todavía más difícil de entender resulta la remisión a la Ley 165 de 1994, aprobatoria del Convenio de Diversidad Biológica, que, aunque tiene plenos efectos vinculantes para Colombia, no impone ninguna obligación específica a los particulares de la cual pueda configurarse una violación e imponerse una sanción.

Alejandro Nieto⁴ advierte que el principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador admite una descripción esquemática elemental, como aparece en repetidas sentencias del Tribunal Constitucional español, en cuanto a que “implica, al menos, la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*)”. El autor agrega que

La tipificación supone en todos casos la presencia de una *lex certa* que –en términos de la STC 61/ 1990, de 29 de marzo– permite predecir con suficiente grado de certeza las conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción. Y por ello mismo la sentencia declara la nulidad de una norma que no permite predecir con suficiente grado de certeza el tipo y grado de sanción susceptible de ser impuesta o cuando no se cumple con la exigencia de una verdadera predeterminación de comportamientos, ni que se realice una conexión entre éstos y las sanciones que se enumeran, con lo que de hecho se permitiría al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio.

Nieto concluye que:

La suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta. A la vista de la norma debe saber el ciudadano que su conducta constituye una in-

⁴ Alejandro Nieto. *Derecho administrativo sancionador*. 2.^a ed. ampliada. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1994.

fracción y, además, debe conocer también cuál es la respuesta punitiva que a tal infracción depara el ordenamiento.

En consecuencia, para que una conducta resulte reprochable por el derecho administrativo sancionador, necesariamente tiene que haberse configurado una infracción, y para que esta se configure, debe partirse de un principio de legalidad, que comprende la necesidad de que la ley que configura la infracción describa un supuesto de hecho determinado, haciéndose así predecible la sanción para el infractor. De manera que, contrario a lo que pareciera inferirse del art. 5.º de la Ley 1333 de 2009, no cualquier norma ambiental es susceptible de violación como base para la imposición de la sanción administrativa, sino solo aquellas de carácter imperativo. Basta con remitirse a la Ley 165 de 1994 para comprender las dificultades que tendría un particular para predecir la posibilidad de que se le inicie un proceso sancionatorio a partir de cualquiera de las disposiciones de esta norma, teniendo en cuenta la ausencia de supuestos de hecho determinados en su interior.

Pero las imprecisiones y la violación al principio de legalidad por parte del art. 5.º de la Ley 1333 de 2009 van aún más allá, cuando en el inciso 2.º de esta norma se consagra:

Será también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria; a saber: el daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil.

De acuerdo con lo anterior, la Ley 1333 de 2009 no solo tipifica las acciones u omisiones que vulneren las normas ambientales y los actos administrativos de autoridad ambiental competente, sino también “la comisión de un daño al medio ambiente”, independientemente de si es consecuencia de un comportamiento lícito o ilícito, lo que contradice lo dispuesto en el art. 6.º de la Constitución Política, que consagra que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”; en el art.

29 de la misma Carta, cuando consagra que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (...)” y en el num. 4.º del art. 9.º de la misma ley, que incluye como una de las causales de cesación de procedimiento que la actividad esté legalmente amparada y/o autorizada.

Los efectos negativos del inciso 2.º del art. 5.º de la Ley 1333 de 2009 no se limitan al derecho administrativo sancionador, sino que trascienden al terreno de la configuración de la responsabilidad civil extracontractual necesaria para hacer exigible la reparación de los daños ambientales. De acuerdo con este inciso, para que se configure el deber de reparar un daño ambiental es necesario: i. El hecho generador con culpa o dolo; ii. El daño; iii. El vínculo causal entre los dos. Sobre esta base, la culpa o dolo que la misma ley presume para efectos de la imposición de sanciones la está imponiendo como condición para hacer posible la reparación de los daños sobre el ambiente.

Con la Ley 1333 de 2009 se desconoce que el art. 88 de la Constitución Política faculta expresamente al legislador para definir los casos de responsabilidad civil objetiva por los daños inferidos al ambiente, entre otros derechos e intereses colectivos, y que bajo los presupuestos establecidos en el art. 2356 del Código Civil, como advierte Javier Tamayo Jaramillo,⁵ podría resultar admisible una objetivación de la responsabilidad, como alternativa para asegurar la efectiva reparación de los daños que se generen sobre el medio ambiente y los recursos naturales. En consecuencia, cuando el art. 5.º de la ley incorpora la culpa y el dolo como una de las condiciones para que se configure la responsabilidad civil extracontractual en materia ambiental, está imponiendo obstáculos injustificados e inconstitucionales a la acción de las autoridades y los particulares para obtener la reparación de los daños al ambiente.

⁵ Juan Carlos Henao. “Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental”. En: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. Henao se remite a Javier Tamayo Jaramillo, quien en “Las actividades peligrosas y la contaminación ambiental” [sin publicar], señala que: “Cuando la contaminación se produce como consecuencia del incumplimiento de normas de carácter ambiental es evidente que estamos frente a una responsabilidad por culpa probada, más concretamente por violación de reglamentos, en cuyo caso lo aplicable es el artículo 2341 del C.C.” Ahora bien, si la contaminación se produce sin incurrir en un incumplimiento (de lo habrá de derivarse la ausencia de culpa o dolo): “La norma fundamental es el artículo 2356 del C.C. que, como vimos, consagra el principio general según el cual quien ejerce una actividad peligrosa y con ella causa un daño es responsable, a menos que demuestre que el daño es imputable a una causa extraña. Y la contaminación ambiental es una actividad peligrosa por excelencia”.

1.2. Falta de claridad en la distribución de competencias

Otro aspecto que merece atención se refiere a que la nueva ley sancionatoria ambiental no brinda claridad sobre la distribución de competencias entre las autoridades a efectos de imponer las medidas preventivas y sanciones que la misma ley prevé. Su art. 1.º se consagra que tal distribución se realiza de conformidad con las competencias establecidas por la ley y los reglamentos, lo que en principio da lugar a entender que sobre este asunto ya se habían ocupado las normas expedidas con anterioridad, lo cual no es del todo cierto.

En efecto, la Ley 99 de 1993 distribuye las competencias entre el Ministerio de Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), las corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible y las autoridades ambientales urbanas. Sin embargo, no brinda la claridad requerida en lo relacionado con la competencia para imponer sanciones y medidas de policía, menos aún, luego de que los art. 83-86 de dicha ley quedaran derogados por el art. 66 de la Ley 1333 de 2009. Así, la única disposición de la Ley 99 de 1993 aún vigente en relación con la distribución de competencias sancionatorias en materia ambiental es la que, a través del num. 17 del art. 31, define el ámbito de competencia que en esta materia tienen las corporaciones autónomas regionales. No existe disposición alguna que establezca los casos en que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible tiene competencia para imponer sanciones y medidas de policía, ya que cuando el art. 5.º de la Ley 99 de 1993 define las funciones de este ministerio, guarda silencio en relación con el tema.

La falta de precisión de la Ley 1333 de 2009 sobre la distribución de las competencias pareciera querer resolverse a través del párrafo de su art. 2.º cuando, al referirse al ejercicio de la competencia a prevención, consagra que “en todo caso las sanciones sólo podrán ser impuestas por la autoridad competente para otorgar la respectiva licencia ambiental, permiso, concesión y demás autorizaciones ambientales e instrumentos de manejo y control ambiental”. En consecuencia, la ley trata de distribuir las competencias para sancionar a partir de las previamente establecidas para otorgar licencias o permisos y demás instrumentos de manejo y control ambiental; sin embargo, habrán de presentarse problemas de interpretación y conflictos de competencia, si se tiene en cuenta que no toda sanción que haya lugar a imponer estará antecedida por una licencia o permiso previamente otorgados en relación con los mismos hechos.

Dificultades de interpretación adicionales se derivan del mismo párrafo del art. 2.º, que entra en contradicción con lo que este artículo había estable-

cido previamente para regular el ejercicio de la competencia a prevención, entendida como un mecanismo que ya había previsto la Ley 99 de 1993 para facultar a las autoridades ambientales a actuar más allá de sus competencias, siempre que ello resulte necesario para asegurar una acción oportuna del Estado frente a las violaciones de las normas ambientales. En otros términos, una autoridad adopta las medidas que resulten necesarias mientras se asegura la actuación de la autoridad a la que en principio le corresponde el ejercicio de las competencias preventivas y sancionatorias que asigna la ley.

En el modo en que estaba prevista la competencia a prevención en el art. 83 de la Ley 99 de 1993, resultaba indistinta su aplicación para ejercer competencias preventivas y sancionatorias. No se establecía un limitante que permitiera asegurar que, una vez adoptadas las medidas de choque que en cada caso resultaran necesarias, el asunto pasaría al conocimiento de la autoridad competente para que esta pudiera continuar el ejercicio de su competencia e imponer la sanción, cuando hubiera lugar a hacerlo.

Para prevenir las extralimitaciones que pueden llegar a derivarse del ejercicio de la competencia a prevención, el párrafo del art. 2.º de la Ley 1333 de 2009 consagró que las sanciones solo podrían ser impuestas por la autoridad competente para otorgar la respectiva licencia ambiental, permiso, concesión y demás autorizaciones ambientales e instrumentos de manejo y control ambiental, y ordena a la entidad que adopta la medida preventiva a remitir la actuación a la autoridad competente dentro de los cinco días siguientes. No obstante, lo dispuesto en el párrafo contradice lo que antes había consagrado el mismo artículo, en el sentido de que las autoridades que ejercen competencia a prevención “están habilitadas para imponer y ejecutar las medidas preventivas y sancionatorias” que la ley consagra.

1.3. Posible configuración de una violación al derecho de defensa

Jaime Ossa Arbeláez⁶ señala que:

El procedimiento administrativo, como garantía del administrado, se hace más riguroso en el ámbito sancionatorio de la administración, pues éste es difusión del punitivo del Estado en donde rigen,

⁶ Jaime Ossa Arbeláez. *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*. 2.ª ed. Bogotá: Legis Editores, 2009.

en toda su proyección, las seguridades constitucionales. Por eso el procedimiento administrativo sancionatorio debe estar presidido por mínimos criterios protectores que actualicen los derroteros establecidos en el Artículo 29 de la Carta Política del Estado, sin que se descarten las peculiaridades especiales de acuerdo con la índole de la materia que regula la norma legal o reglamentaria.

Como punto de partida del análisis sobre la forma en que la Ley 1333 de 2009 puede constituirse en violatoria de las garantías previstas en el art. 29 de la Constitución Política, es posible remitirse a la presunción de culpa o dolo establecida en el párrafo del art. 1.º y en el párrafo 1.º del art. 5.º, aunque la constitucionalidad de estas normas ya fue objeto de análisis por la Corte Constitucional,⁷ como resultado de unas demandas en las que se invocó su

⁷ La Corte Constitucional, en Sentencia C-595 de 2010, declaró exequible el párrafo del artículo 1.º y el párrafo 1.º del art. 5.º de la Ley 1333 de 2009. Algunos de los fundamentos expuestos en dicho fallo para concluir en la constitucionalidad de estas normas, son los siguientes:

“En suma, en materia sancionatoria administrativa la aplicación de las garantías del debido proceso no tiene la misma rigurosidad que en el ámbito penal. Ya esta Corte ha resaltado que la tendencia de algunas democracias es garantizar el debido proceso en materia de sanciones administrativas, sin trasladar automáticamente la misma severidad de los principios que gobiernan el derecho penal, ni desatender las especificidades de dicho tipo de sanciones en cada uno de los contextos en que han sido establecidas por el legislador.

(...)

En el derecho sancionador de la Administración, la presunción de inocencia y el elemento de la culpabilidad resultan aplicables como criterio general. No obstante, como se verá a continuación, pueden ser objeto de ciertos matices –ámbito de la responsabilidad subjetiva– y excepcionalmente establecerse la responsabilidad sin culpa –objetiva–

(...)

Las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia porque se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica empleada por el legislador, en ejercicio de la facultad de configuración de las instituciones procesales, con la finalidad de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad.

(...)

No ha sido extraño a la jurisprudencia constitucional el establecimiento de presunciones legales y la inversión de la carga de la prueba en el derecho administrativo sancionador, las cuales en principio no comprometen el debido proceso y particularmente el principio de presunción de inocencia (artículo 29 superior), en la medida que se ajusten a las exigencias constitucionales que se han plasmado.

(...)

Esta Corporación considera que la presunción legal establecida y la consecuente inversión de la carga de la prueba no desconocen el principio de presunción de inocencia.

posible contradicción con la presunción de inocencia que la misma norma constitucional establece.

El legislador ha establecido en esta oportunidad un mecanismo producto de la libertad de configuración de instituciones procesales y la definición del régimen de responsabilidad administrativa ambiental. Este procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador busca hacer efectivos bienes jurídicos constitucionales de vital importancia para la preservación de la humanidad como lo es la conservación del ambiente sano.

(...)

Bien constitucional que constituye un objetivo de principio dentro del Estado social de derecho (artículos 1º, 2º y 366 superiores), un derecho fundamental por conexidad al estar ligado con la vida y la salud (artículos 11 y 49 superiores), un derecho colectivo (ser social) que compromete a la comunidad (artículo 88 superior) y un deber constitucional en cabeza de todos (artículos 8º, 79, 95 y 333 superiores).

De ahí el reconocimiento internacional de que el medio ambiente es un patrimonio común de la humanidad porque su protección asegura la supervivencia de las generaciones presentes y futuras.

(...)

Para esta Corporación la creación de la presunción legal resulta razonable por cuanto atiende la correspondencia entre la experiencia –circunstancias ambientales descritas– y la defensa del bien jurídico constitucional –medio ambiente sano–, bajo los principios internacionales ambientes que se han mencionado.

Si bien la regla general es que los sujetos procesales deben demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión –*onus probandi incumbi actori*–, también lo es que con el ánimo de propender por la efectividad de los bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, el legislador podía liberar al Estado de la carga de la prueba –redistribución de las cargas procesales–, sin perjuicio de que el presunto infractor pueda desvirtuar la culpa o el dolo mediante prueba en contrario.

Por lo tanto, los hechos en que se funda la presunción general establecida atienden a circunstancias acreditadas y a posibilidades fundadas en la experiencia que resultan razonables dado el bien jurídico constitucional que se protege –medio ambiente sano– para la preservación de las generaciones presentes y futuras.

Todo lo anterior permite a la Corte afirmar que los parágrafos acusados mantienen una responsabilidad de carácter subjetiva, conforme a unas características especiales, particularmente porque los elementos de la culpa y el dolo siguen presentes por disposición del legislador, además de otros factores que la diferencia de la responsabilidad objetiva, esto es, la presunción de culpabilidad por el sólo incumplimiento de la ley, y finalmente la existencia de otras causales que exculpan al presunto infractor. Es claro que si además la conducta investigada administrativamente constituye un delito, al corresponder al campo penal opera en toda su dimensión el principio de presunción de inocencia (artículo 29 superior).

La circunstancia que en el artículo 8º de la Ley 1333 de 2009 no aparezca establecido como causal eximente de responsabilidad la demostración de la ausencia de culpa o dolo, atiende a dos (2) factores: i) el que dicha disposición obedece, como su nombre lo indica, únicamente a las causales que exoneran de responsabilidad, esto es, apreciado el conjunto de elementos que determinan la incursión en la infracción ambiental para imponer la sanción, mientras que los parágrafos cuestionados se limitan a presumir la culpa o el dolo como agentes determinantes de la responsabilidad; y ii) los mismos parágrafos cuestionados instituyen la causal de exculpación al prever que el presunto infractor podrá desvirtuar la presunción del culpa o dolo con los medios probatorios legales.

Como se ha expuesto, sólo excepcionalmente la responsabilidad objetiva ingresa en el ámbito del derecho administrativo sancionador, evento en el cual se requiere que así lo establezca expresamente el legislador. Figura que para la Corte no es la que encaja en el asunto que nos ocupa, aunque el mundo avance hacia nuevas formas y mecanismos de cautela y prevención en la protección del ambiente sano”.

No es oportuno entonces analizar la constitucionalidad del párrafo del art. 1.º y el párrafo 1.º del art. 5.º de la Ley 1333 de 2009, por cuanto de ello ya se ocupó la Corte Constitucional. Sin embargo, cabe señalar que la “presunción de culpa o dolo” establecida en la Ley 1333 de 2009 evidencia nuevas falencias y dificultades para la aplicación de sus disposiciones, al cobijar bajo una misma presunción dos conceptos que no resultan asimilables ni concurrentes, por cuanto cada uno se configura a partir de presupuestos diferentes y tiene sus propios efectos jurídicos. En consecuencia, y nuevamente al margen de cualquier consideración sobre la aparente contradicción con el art. 29 de la Constitución, podría presumirse el dolo o presumirse la culpa, pero no las dos cosas a la vez, como se pretende en esta ley.

Ahora bien, antes de que se presentaran las demandas de inconstitucionalidad en contra de esta presunción de culpa o dolo, el párrafo del art. 1.º y el párrafo 1.º del art. 5.º del entonces proyecto de ley dieron lugar a una objeción presidencial, igualmente fundamentada en su posible contradicción con la presunción de inocencia establecida en el art. 29 de la Constitución Política. Al respecto, la Corte Constitucional se inhibió de resolver,⁸ aludiendo que la objeción solo fue firmada por el presidente de la República y el ministro de Minas y Energía, y que:

De acuerdo con el Artículo 115 superior, el Gobierno Nacional está conformado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. Al mismo tiempo, en la norma constitucional se precisa que en cada negocio particular, el Presidente y el Ministro o Director del departamento administrativo correspondiente constituyen el Gobierno. En ese orden, las objeciones a un proyecto de ley no pueden ser presentadas por el Presidente de la República sin el acompañamiento del respectivo Ministro y a su vez, un Ministro no las puede formular por sí solo. Adicionalmente, las disposiciones específicas del proyecto que fueron objetadas no se ocupan de temas referentes a los sectores de la minería o de la energía. Tampoco, las razones de fondo por las cuales se objeta la norma en cuestión, aluden al impacto específico

⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-196 de 2009, M.P. (E) Clara Elena Reales Gutiérrez, Expediente OP-115.

que tales disposiciones tendrían en esos sectores, pues se trata de consideraciones de carácter general.

Más allá de las consideraciones sobre la conveniencia de que la Corte Constitucional hubiera abordado el tema de la constitucionalidad de la presunción de culpa o dolo antes de que las disposiciones que la consagran se convirtieran en ley de la República, es importante analizar el argumento del que se valió la misma Corte para desechar la objeción presidencial y sus posibles implicaciones. A partir de lo expuesto en el fallo inhibitorio, así como se imposibilitó al Ministerio de Minas y Energía para objetar estas disposiciones, se imposibilitará a la cartera ambiental para promover la objeción a leyes provenientes de otros sectores que puedan resultar contrarias al derecho constitucional a gozar de un medio ambiente sano, salvo que la objeción se encuentre igualmente firmada por los ministerios directamente relacionados con la materia del proyecto de ley que se objeta. Siendo más probable que en el futuro el Ministerio de Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) encuentre mérito para objetar las leyes de otros sectores a que éstos encuentren mérito para objetar leyes del sector ambiental.

En cuanto al procedimiento sancionatorio, el art. 24 de la Ley 1333 de 2009 consagra que el acto administrativo por el cual se formula el pliego de cargos permanecerá fijado en la entidad competente por cinco días calendario, cumplidos los cuales deberá entenderse surtida la notificación correspondiente y empezarán a correr los términos con los que cuenta el investigado para presentar sus descargos. Es de suponer que la ley quiso referirse a días hábiles, aunque para estos efectos no hubiera hecho falta mención expresa, y que el establecimiento del plazo en días calendario no es otra cosa que un nuevo error del legislador. Ahora bien, al establecer este plazo en días calendario, se está violando el derecho de defensa, al reducirse considerablemente los términos establecidos en la ley para estos efectos y entrar a considerar días en los que los cargos que se formulan no estarán a disposición del investigado.

A propósito de la formulación de cargos, llama la atención que en el procedimiento que se establece en el título IV de la Ley 1333 de 2009 se haya optado por considerarla como una instancia al final del trámite, de manera que el investigado sólo podrá conocer de qué se le acusa, y a partir de ello ejercer su derecho de defensa, luego de que la autoridad competente adelante una investigación preliminar –que podrá tardar hasta seis meses–, verifique los

hechos, permita la intervención de terceros y requiera información de otras autoridades. Es decir, el infractor será el último en ser tenido en cuenta dentro del proceso en su contra, lo que, además de ser contrario a sus garantías procesales, generará desgastes innecesarios para la administración y prolongará injustificadamente la adopción de las decisiones de fondo en los trámites que se adelantan, en consideración a que los descargos comúnmente conllevarán la necesidad de practicar nuevas pruebas que bien hubieran podido practicarse en forma simultánea con las actuaciones previamente surtidas por la autoridad competente.

En relación con lo anterior, cabe remitirse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional,⁹ que ha advertido que:

Se trata entonces de que los cargos disciplinarios se concreten antes de la sentencia, y con la antelación que requiere el inculpado para conocer la acusación, alegar, contradecir y probar a su favor, en cuanto “la garantía del derecho de defensa no beneficia solamente al acusado sino, también, es indispensable para el logro del fin esencial de todo proceso: la determinación de la verdad jurídica acerca de los hechos que dan lugar a la sanción que se busca imponer. La búsqueda de la verdad conlleva una dialéctica permanente entre la versión de la persona a quien se le imputan las faltas disciplinarias y de las autoridades”.

El art. 18 pareciera apartarse del procedimiento general establecido en la ley, cuando se presente flagrancia o confesión, al consagrar que en estos casos se procederá a recibir descargos con la iniciación del procedimiento sancionatorio. Sin embargo, el artículo no se ocupa de establecer la forma y la oportunidad en que se formularán los cargos que habrán de servir de base para la recepción de estos descargos.

1.4. Desarticulación de las normas procedimentales

Aunque la Ley 1333 de 2009 dice estar dirigida a establecer el procedimiento sancionatorio ambiental, las únicas normas de contenido estrictamente procedimental dentro de esta ley son las del título III, que define el procedi-

⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1160 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis, expediente T936492.

miento para la imposición de medidas preventivas, y del título IV, que hace lo propio para la imposición de sanciones.

Se conciben entonces dos procedimientos independientes: uno para la imposición de las medidas preventivas y otro para la imposición de las sanciones. Aparentemente, y con sujeción a lo que la ley dispone, solo podrán imponerse medidas preventivas dentro del primero de estos procedimientos, que en todos los casos está llamado a constituirse en una instancia previa a la iniciación del segundo de aquellos. De esta forma, si en el desarrollo de un proceso para la imposición de una sanción la autoridad encuentra mérito para decretar una medida preventiva, no podrá hacerlo, por no encontrarse en la instancia procesal que corresponde.

Adicionalmente, y como ya se advirtió, se genera confusión en cuanto a si el propósito de la ley fue establecer un procedimiento especial para los casos de flagrancia o confesión, en consideración a que para estos casos se prevé la presentación de descargos al inicio del proceso sancionatorio, de acuerdo con lo estipulado en el art. 18, mientras que en los demás casos la formulación de cargos y la consecuente presentación de los descargos corresponden a una instancia posterior.

En el art. 27 de la ley, que regula lo relacionado con la determinación de la responsabilidad y sanción, el legislador olvida que en virtud de lo dispuesto por el art. 5.º, la violación de las normas ambientales no es el único hecho constitutivo de infracción y omite mencionar lo relacionado con la generación de un daño ambiental. Esta norma dispone que la determinación se hará mediante acto administrativo motivado en el que “se declarará o no la responsabilidad del infractor por violación de la norma ambiental y se impondrán las sanciones a que haya lugar”. Este olvido se pondrá nuevamente de manifiesto en los arts. 40, 43 y 44, que circunscriben la imposición de las sanciones a aquellos casos en que exista violación a las normas ambientales.

Por último, se encuentra injustificado el establecimiento de normas dentro de la ley sobre la forma en que deben surtirse las notificaciones, los recursos que resultan procedentes y la firmeza de las decisiones. Para estos efectos, hubiera bastado con una remisión a las normas generales del Código Contencioso Administrativo sobre estas mismas materias.

1.5. Imprecisión en los criterios para la imposición y tasación de la sanción pecuniaria

Al igual que en otros regímenes sancionatorios, en materia ambiental se ha presentado una preponderancia en la aplicación de la sanción pecuniaria sobre las demás sanciones que las normas prevén. No obstante, bajo la vigencia del régimen sancionatorio establecido en la Ley 99 de 1993, se presentaron algunos problemas para la imposición de las multas como resultado de la confusa redacción del art. 85, que en el literal (a) del num. 1.º, preveía la posibilidad de imponerlas en los siguientes términos: “Multas diarias hasta por una suma equivalente a 300 salarios mínimos mensuales, liquidados al momento de dictarse la respectiva resolución”.

La confusa redacción de este artículo dio lugar a que cada autoridad acogiera su propia interpretación en cuanto a la manera en que debían imponerse las multas, principalmente en relación con:

- ¿Era obligatoria la imposición de una multa diaria o podría llegar a resultar procedente, bajo determinadas circunstancias, la imposición de una multa única, aunque la ley no lo hubiera previsto de manera expresa?
- ¿La multa diaria corresponde a una sola multa resultante de la sumatoria de los días transcurridos desde la comisión de la infracción hasta la expedición del acto administrativo que ponía fin al trámite sancionatorio? O ¿Se trataba de una multa diaria sucesiva, de carácter conminatorio, asimilable a la establecida en el art. 65 del Código Contencioso Administrativo?

De acoger la primera interpretación, se observa que la norma no fue suficientemente clara en la determinación de la forma en que habrían de contabilizarse los días para efectos de la determinación de la multa. Entretanto, la segunda de las interpretaciones genera un problema teleológico, pues, como lo advierte Jaime Ossa Arbeláez,¹⁰ “la multa, como sanción administrativa, tiene una connotación jurídica distinta a la que encierra el concepto de multa coercitiva”, aludiendo a que esta última tiene como única finalidad “coaccionar a los destinatarios de órdenes de cesar, para que den cumplimiento a las mismas”.

¹⁰ Jaime Ossa Arbeláez. *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática...*, op. cit.

- ¿El tope establecido correspondía al monto de cada una de las multas diarias a imponer o a la sumatoria de ellas?

Estos problemas de interpretación se constituían en una de las principales razones para considerar urgente la adopción de un nuevo régimen sancionatorio ambiental. Sin embargo, y contra todas las expectativas, el num. 1.º del art. 40 de la Ley 1333 de 2009 acogió una redacción que, salvo por el aumento del monto máximo, mantiene las imprecisiones de la norma anterior, cuando consagra que la sanción pecuniaria consistirá en “multas diarias hasta por cinco mil (5000) salarios mensuales vigentes”.

El otro gran problema que evidenció la Ley 99 de 1993 respecto de las sanciones pecuniarias se relacionaba con la ausencia de criterios objetivos para su tasación, dejando este asunto al arbitrio de las autoridades ambientales. Como resultado de lo anterior, no ha sido posible asegurar una correspondencia entre la gravedad de las infracciones y el monto de la multa, lo que se constituye en una manifiesta violación al derecho constitucional a la igualdad. Puede afirmarse que la Ley 1333 de 2009 planteó una solución a este problema en el parágrafo 2.º del art. 40, al consagrar que: “El gobierno Nacional (sic) definirá mediante reglamento los criterios para la imposición de sanciones de que trata el presenta (sic) artículo, definiendo atenuantes y agravantes. Se tendrá en cuenta la magnitud del daño ambiental y las condiciones socioeconómicas del infractor”.

La reglamentación expedida por el Gobierno Nacional en ejercicio de la potestad reglamentaria que se deriva del art. 40 de la Ley 1333 de 2009, se encuentra contenida en el Decreto 3678 de 2010, que presenta fórmulas para asegurar la proporcionalidad de las sanciones, sin limitar el margen de discrecionalidad de las autoridades, ya que, como lo manifiesta Altava Lavall:¹¹

Así pues, puede observarse que la potestad sancionadora no es de carácter reglado, sino discrecional. No obstante, ello no debe desembocar en arbitrariedad, sino que debe servir para que las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes sean valoradas y tenidas en cuenta en su justa medida por la Administración, para, en fin, obtener la mayor eficacia posible en la protección del medio ambiente.

¹¹ Manuel Guillermo Altava Lavall. “Las sanciones administrativas en defensa del medio ambiente”. En: *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 31, mayo-agosto de 2002, pp. 157-175.

Esta situación actual indica una decidida superación de las dificultades con las que tiempo atrás tropezaba dicha discrecionalidad, fruto de la creencia de que la Administración Pública debía ser dirigida por el Parlamento con las menos lagunas posibles, lo que provocó un sin fin de leyes supuestamente perfeccionistas que, además de superar la capacidad de producción normativa del propio Parlamento, ralentizaba en exceso la actuación administrativa.

En consecuencia, la Ley 1333 de 2009 no asume la responsabilidad de establecer los criterios para la imposición de las sanciones, entre los que deberán entenderse comprendidos los necesarios para la tasación de las multas, sino que la traslada al ejecutivo. Correspondió entonces al Gobierno Nacional expedir un decreto que bien hubiera podido expedirse bajo la vigencia de la Ley 99 de 1993.

Por otra parte, el párrafo 2.º del art. 40 genera confusión cuando consagra que el decreto que expida el Gobierno Nacional definirá atenuantes y agravantes, sin advertir que la misma ley ya se había ocupado del tema en sus arts. 6.º y 7.º

Por último, si en gracia a discusión se admite que la generación de un daño lícito debe estar llamada a constituirse en un hecho generador de la sanción administrativa, como lo propone la Ley 1333 de 2009, tendrá que advertirse que la misma ley excluye la posibilidad de que para estos casos se imponga una multa, ya que su art. 43 señala que esta modalidad de sanción “consiste en el pago de una suma de dinero que la autoridad ambiental impone a quien con su acción u omisión infringe las normas ambientales”. En otros términos, y de acuerdo con lo expresado en la ley, solo existirá fundamento jurídico para imponer multa cuando el hecho generador consista en una infracción a las normas ambientales.

Todo lo anterior evidencia que la Ley 1333 de 2009, en lo relacionado con la determinación de las multas, no solo no atendió a las necesidades del régimen sancionatorio ambiental, sino que reprodujo los errores que durante más de quince años se hicieron evidentes en la aplicación de los art. 83-85 de la Ley 99 de 1993.

1.6. Algunos aspectos sobre los que dejó de ocuparse la Ley 1333 de 2009

A partir de la implementación de la Ley 99 de 1993 comenzaron a evidenciarse diversos asuntos estrechamente relacionados con la imposición de sanciones por violación de las normas ambientales, que requerían de mayor desarrollo o precisión conceptual. La expedición de una ley llamada a adoptar un nuevo régimen sancionatorio en materia ambiental se constituía en la oportunidad para poder alcanzar este objetivo.

De manera específica, la Ley 1333 de 2009 hubiera podido entrar a regular los siguientes aspectos:

- El párrafo 1.º del art. 85 de la Ley 99 de 1993 consagra que el pago de las multas no exime al infractor de la ejecución de las obras o medidas que hayan sido ordenadas por la entidad responsable del control, ni de la obligación de restaurar el medio ambiente y los recursos naturales renovables. En similar sentido se pronuncia el art. 31 de la Ley 1333 de 2009, cuando consagra que la imposición de una sanción no exime al infractor del “cumplimiento de las medidas que la autoridad ambiental competente estime pertinentes establecer (sic) para compensar y restaurar el daño o impacto causado con la infracción”.

En consecuencia, ha sido propósito de ambas leyes permitir que las autoridades ambientales, además de imponer sanciones y medidas preventivas, puedan exigir al infractor la adopción de todas las medidas que resulten necesarias para la reparación del daño causado con la infracción. Sin embargo, no es clara la forma en que el ejercicio de esta facultad puede hacerse efectiva ni cómo se articula con el proceso administrativo sancionatorio. Ello ha generado que muy rara vez la reparación de un daño ambiental se dé como resultado de una orden administrativa, enmarcada en este tipo de procesos.

La Ley 1333 de 2009 podría haber definido, en el marco del proceso sancionatorio ambiental, los mecanismos a partir de los cuales la autoridad ambiental competente puede llegar a hacer exigible la reparación de los daños derivados de la infracción que se sanciona.

- El art. 62 de la Ley 99 de 1993 contempla la posibilidad de que se revoquen o suspendan las licencias ambientales, permisos, autorizaciones y concesiones para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales

renovables cuando las condiciones y exigencias que tales instrumentos establezcan no se estén cumpliendo. Agrega que esta revocatoria o suspensión podrá darse sin el consentimiento expreso o escrito del licenciatario.

Por su parte, el art. 40 de la Ley 1333 de 2009 consagra como una de las sanciones por violación a las normas ambientales la revocatoria o caducidad de la licencia ambiental, autorización, concesión, permiso o registro.

No es claro entonces si en ambos casos se está haciendo referencia a un mismo instrumento o si, por el contrario, lo que pretendió la Ley 99 de 1993 fue que la revocatoria pudiera producirse sin necesidad de surtir un trámite administrativo de carácter sancionatorio, aunque ello en principio puede ser contrario a las garantías constitucionales del afectado. De ser válida la segunda de las interpretaciones, soportada en el hecho de que el art. 62 no haya quedado incorporado al título XII de la ley, sobre sanciones y medidas de policía, habría que entrar a preguntarse qué sentido tendría sujetarse al procedimiento de la Ley 1333 de 2009 para revocar una licencia o permiso, cuando las autoridades pueden hacerlo unilateralmente y sin necesidad de plantear un debate con el beneficiario de aquellos.

- La violación de las normas ambientales también puede tener efectos frente a otros sectores y ramas del derecho. A modo de ejemplo, las normas agrarias prevén la extinción del derecho de dominio de predios rurales cuando el propietario incurra en violación de las normas ambientales;¹² los contratos mineros y de exploración y producción de hidrocarburos pueden incluir cláusulas con obligaciones de contenido ambiental que originen sanciones, como pueden hacerlo otros contratos que se celebran con el Estado.

Por otra parte, y de forma casi simultánea con la Ley 1333 de 2009, el Congreso de la República expidió la Ley 1259 de 2008, por medio de la cual se instaura en el territorio nacional la aplicación del com-

¹² El art. 52.º de la Ley 160 de 1994 establece la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales cuando los propietarios violen las disposiciones sobre conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables y las de preservación y restauración del ambiente. En igual sentido se había pronunciado la Ley 1152 de 2007, declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

parendo ambiental a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros; y se dictan otras disposiciones. Esta norma prevé un régimen sancionatorio especial, igualmente relacionado con infracciones de contenido ambiental.

La Ley 1333 de 2009 hubiera podido prever mecanismos para articular todas estas disposiciones, de manera que no hubiera lugar a interpretar que se configura una violación al *non bis in ídem*, uno de los principios que debe regir el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado.

- Para el caso de las infracciones asociadas a los individuos o especímenes de fauna o flora silvestre, la Ley 1333 de 2009 replantea los conceptos de decomiso preventivo y definitivo que resultaban aplicables bajo el amparo de la Ley 99 de 1993, por los de aprehensión preventiva y restitución.

Este cambio, como se expresó en la exposición de motivos del proyecto de ley, parte del presupuesto de que la fauna y la flora silvestre son recursos naturales renovables cuya titularidad se encuentra en cabeza del Estado y que, por consiguiente, el decomiso no se constituye en el instrumento aplicable. Sin embargo, este mismo argumento debió servir de base para que las labores que adelante la administración para recuperar tales recursos no necesariamente deban realizarse a través de una medida preventiva o de una sanción, impuestas en el desarrollo de un proceso administrativo de carácter sancionatorio.

1.7. Evidencias de la falta de rigor con la que se expidió la Ley 1333 de 2009

En el proceso de aprobación de la Ley 1333 de 2009, el Congreso de la República debió haber sometido el proyecto de ley a una revisión de estilo dirigida a corregir el sinnúmero de problemas de redacción, inconsistencias, imprecisiones y errores de remisión, entre los que conviene destacar los siguientes:

- El art. 13 es redundante en el momento de establecer que las medidas preventivas deben imponerse mediante acto administrativo motivado.

El párrafo 3.º del mismo artículo remite al art. 49 de la ley para definir los términos en que se podrán a disposición de la autoridad ambiental

los especímenes o individuos que son objeto de decomiso. Sin embargo, en esta remisión se evidencia un problema por cuanto el artículo al que se remite versa sobre el trabajo comunitario en materia ambiental y no guarda ninguna relación con esas materias.

- El art. 14 trae una redacción que no se compadece con la jerarquía de la ley y del órgano que la expide. Busca regular el procedimiento aplicable en aquellos casos en que un agente es sorprendido en flagrancia o lo que denomina el artículo como “violando disposición que favorece el medio ambiente, sin que medie ninguna permisión de las autoridades ambientales competentes”. Luego señala el artículo que en estos casos “la autoridad ambiental impondrá medidas cautelares que garanticen la presencia del agente durante el proceso sancionatorio”, disposición que por los mismos problemas de redacción resulta poco clara en su contenido y alcance.
- En el art. 23 no se tuvo en cuenta que el proyecto de ley que dio lugar a la expedición de la Ley 1333 de 2009 estaría llamado a ser aprobado por el Congreso de la República y se mantuvo, en la versión que fuera acogida mediante ley y sancionada, una redacción en la que se remite a “Las causales señaladas en el *proyecto* de ley”.
- En el art. 24, al final del primer inciso, se consagra: “Este último aspecto, deberá ser cumplido para todos los efectos en que se efectúe notificación por edicto dentro del proceso sancionatorio ambiental”. Conviene tratar de establecer cuál es el último aspecto a que la norma hace referencia y si no hubiera bastado, en lugar de incluir estas disposiciones de confusa redacción, con remitir a lo que en relación con la notificación de los actos administrativos establece el Código Contencioso Administrativo.
- El párrafo del art. 27 remite a los arts. 8.º y 22 para determinar los casos en que existirá mérito para proceder al archivo del expediente. Teniendo en cuenta que estos dos artículos no guardan relación directa con la materia que es objeto de regulación por parte del art. 27, es de suponerse que en realidad se quiso hacer referencia a los arts. 9.º y 23, que hacen referencia a las causales y el procedimiento para la cesación de procedimiento.

- Convendría haber tratado de precisar el alcance del art. 31 cuando señala que la sanción y las medidas compensatorias o de reparación deberán guardar una estricta proporcionalidad.
- No es preciso señalar, en la forma en que lo hace el art. 36, que las medidas preventivas deban imponerse de acuerdo con la gravedad de la infracción. Lo que determina la medida preventiva a imponer es la necesidad de hacer cesar determinada amenaza o riesgo sobre el medio ambiente y los recursos naturales, de forma que la medida será en todo caso aquella que resulte idónea para el logro de este propósito, independientemente de si la infracción es más o menos grave.

Conclusión

Los problemas identificados en la Ley 1333 de 2009 son más que simples diferencias de criterio sobre la forma en que debe orientarse la gestión del Estado frente a la violación de las normas ambientales. De hecho, uno de estos problemas es precisamente la falta de definición de criterios y políticas que garanticen un articulado coherente e idóneo en relación con estas materias que, según se ha advertido, son de especial importancia para el cumplimiento de los fines estatales frente a la protección del medio ambiente y las riquezas naturales de la nación.

La Ley 1333 de 2009 debió haberse elaborado a partir de consultas a las autoridades ambientales sobre la realidad existente en materia sancionatoria ambiental en Colombia y los principales inconvenientes derivados de la aplicación de las disposiciones de la Ley 99 de 1993 que regulaban la materia como base para establecer el sentido que debía tener la regulación. Una vez definido el proyecto del articulado, este debió haberse sometido a una revisión de estilo para corregir eventuales errores en la redacción o en la remisión a otras disposiciones. Todas estas son labores que el texto aprobado por el Congreso de la República no evidencia, lo que no debería resultar políticamente admisible si se tiene en cuenta la trascendencia de la norma expedida y la jerarquía del órgano encargado de expedirla.

En las anteriores circunstancias, no puede admitir discusión el derecho que asiste a todos los ciudadanos para exigir que las pocas leyes de relevancia que expide anualmente el Congreso de la República cumplan con parámetros mínimos de calidad, de manera que logren atender al fin para el cual fueron propuestas. Lo que no es claro son los mecanismos para hacer exigible ese de-

recho, ni las consecuencias jurídicas de una ley que no cumpla tales parámetros, en todo cuanto se relaciona con la responsabilidad que deberían asumir los congresistas por su negligencia y el poder vinculante de la ley que se aprueba.

Cabe preguntarse si la Ley 1333 de 2009 no es contraria a nuestra Carta Política por el hecho de que sus vicios e inconsistencias la hagan inoperante como instrumento para la protección de una garantía constitucional como es la protección del derecho a gozar de un medio ambiente sano. Esta inconstitucionalidad también podría encontrar fundamento en el hecho de que la ley no consulte la justicia y el bien común que, por mandato constitucional, las leyes están llamadas a proteger.

Queda entonces planteado un gran interrogante sobre si efectivamente contamos con los instrumentos legales efectivos para ejercer control sobre el desgüeño legislativo convertido en Ley de la República o si, por el contrario, debemos adaptar para Colombia el antiguo proverbio romano *Dura lex, sed lex*, como base para interpretar que nuestras leyes pueden quedar mal hechas y ser contradictorias, pero son las leyes.

Bibliografía

- Altava Lavall, Manuel Guillermo. “Las sanciones administrativas en defensa del medio ambiente”. En: *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 31, mayo-agosto de 2002.
- Henao, Juan Carlos. “Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental”. En: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Instituto de Estudios del Ministerio Público, Universidad Externado de Colombia. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Leñero Bohórquez, Rosario. “La relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por daños ambientales”. En: *Medio Ambiente y Derecho / Environment & Law*, núm. 3, 1999.
- Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2.^a ed. ampliada, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1994.
- Ossa Arbeláez, Jaime. *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*. 2.^a ed., Bogotá: Legis Editores, 2009.

Aproximaciones a la problemática de la responsabilidad por daño ambiental en el contexto internacional

Jairo Cabrera Pantoja*

Introducción

El ambiente es hoy uno de los principales temas en las agendas de la mayoría de países del mundo, pues hemos pasado del valor ambiental —el cual no es nuevo— a la novedad de que este tenga relevancia jurídica. En las últimas décadas la relevancia del tema ambiental ha avanzado de manera significativa debido “a que en periodos pasados había existido un equilibrio entre el hecho creativo y el hecho destructivo del hombre, pero que hoy dicho equilibrio se ha roto, prevaleciendo por tanto el elemento negativo, pues las fuerzas destructivas son mayores que aquellas constructivas”.¹ Se podría afirmar que de ese desequilibrio nace un nuevo interés jurídico relevante para la protección del medio ambiente.

En 1972 el System Dynamics Group del Instituto Técnico de Massachusetts, de conformidad con la comisión impartida por el Club de Roma,²

* Abogado. Máster en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho Ambiental, Università degli Studi di Palermo, Italia.

¹ Massimo Severo Giannini. “Diritto dell’ambiente e del patrimonio naturale e culturale”. En: *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 1971, p. 1125.

² En abril de 1968 un grupo de profesionales de los ámbitos de la diplomacia, la industria, la academia y la sociedad civil se reunieron en una tranquila casa de campo en Roma, invitados por el industrial italiano Aurelio Peccei y el científico escocés Alexander King, con el fin de poner de presente las preocupaciones sobre el consumo ilimitado de recursos en el mundo. El grupo, denominado el Club de Roma, ofrece un enfoque nuevo y original centrado en las consecuencias a largo plazo de la creciente interdependencia

publicó el informe “Los límites del crecimiento”, conocido como “Informe Meadows”,³ cuyo propósito era examinar la incidencia de la actividad humana sobre el planeta. El informe fue la base de la teoría sobre desarrollo sostenible, que deja claro que el planeta no es una fuente inagotable de recursos, y que de no cambiar de manera radical y urgente nuestros hábitos de producción y de consumo estaríamos llevando al planeta a la destrucción.

El gran deterioro ambiental del planeta exige encontrar soluciones concretas que permitan reducir, o al menos aplacar, las amenazas derivadas del uso irracional de los recursos. Ante esta alerta, la comunidad internacional han sentido la necesidad de tomar medidas de acción sobre el medio ambiente no solo para salvaguardar el ecosistema, sino para garantizar la supervivencia del hombre.

En los últimos años, la actividad de reglamentación ha sido una muestra del interés real de los Estados por implementar todos los logros en materia científica, técnica y jurídica que permitan la plena protección del medio ambiente. Sin embargo, a pesar de la existencia de normas que tratan de preservar y conservar el ecosistema, el derecho internacional no tiene la suficiente coercibilidad (*soft law*) para proteger de manera eficaz los intereses ambientales en disputa que permitan garantizar su protección y sostenibilidad. Además, se mantienen en juego intereses contrapuestos entre la necesidad de los hombres de producir más y la creciente exigencia de preservar el ambiente.

Desde la perspectiva jurídica surge la dificultad de individualizar al sujeto portador del interés ambiental, el nexo de causalidad y el responsable del daño ocasionado. Sumado a lo anterior, el factor tiempo, que actúa como mediador entre la conducta realizada y el daño ambiental ocasionado, complica aún más

mundial y en la aplicación de sistemas de pensamiento para comprender cómo y por qué estaba sucediendo el consumo ilimitado de recursos. El informe “Los límites del crecimiento”, publicado en 1972 y realizado por un grupo de científicos del Instituto Tecnológico de Massachusetts, explora una serie de escenarios y destaca las opciones que la sociedad tiene para conciliar el progreso sostenible dentro de las limitaciones del medio ambiente. El informe está disponible En <http://www.clubofrome.org/eng/about/4/>

³ Publicado hace cuarenta años, el informe “Límites del crecimiento”, de los esposos Meadow, G. Rangers y W. Behrens, indicaba que crecimiento económico y sostenibilidad eran incompatibles. Según ellos, el crecimiento conduciría a una gran crisis a mediados del siglo xxi a medida que las fuentes de energía y las materias primas se fueran agotando y los sumideros de residuos se fueran llenando. Por ello, la única salida era llegar a una economía de crecimiento cero y basada en energías renovables. La teoría chocaba abiertamente con el capitalismo, y fue duramente combatida. En aquellos años el precio del petróleo subió. Disponible en <http://www.nodo50.org/ecologistas.valladolid/spip.php?article449>

la identificación de la relación de causalidad necesaria para la activación de mecanismos resarcitorios en materia ambiental. Estas y otras situaciones propias de la materia ponen en crisis a muchos ordenamientos jurídicos tradicionales, pues no encuentran mecanismos idóneos y efectivos que permitan una verdadera protección y reparación integral del ambiente, lo cual induce al Derecho a explorar nuevas categorías de reparación y resarcimiento con el objeto de reevaluar o introducir modificaciones a las ya existentes.

Este capítulo pretende ser una aproximación a las dificultades y posibles soluciones que la responsabilidad por daño ambiental presenta. Se abordarán temáticas de manera general y otras referenciadas a diversos ordenamientos, que permiten apreciar la problemática en el contexto internacional, y obtener un estado del arte de la problemática planteada. Este será el primer paso de una investigación a fondo sobre la responsabilidad por daño ambiental en el contexto nacional.

1. El debate de la responsabilidad ambiental en el contexto internacional

En los últimos años, particularmente a partir de los años ochenta, la responsabilidad civil ha experimentado un redimensionamiento como instrumento necesario y de vital importancia en la protección del ambiente y en la prevención del daño. Desde ese momento han sido muchos los países que desde el punto de vista normativo han incursionado en el tema de responsabilidad ambiental, entre otros: Estados Unidos, con la “Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act”⁴ de 1980; Suiza, con la Ley Federal sobre Protección del Medio Ambiente de 1981; Italia, con la promulgación de la ley que creó el Ministerio del Medio Ambiente, además de la responsabilidad legal por daños ambientales, de 1986; Alemania, con la Ley sobre Responsabilidad Civil por Daños Ambientales de 1991;⁵ Venezuela y Colombia, con la creación del Ministerio del Medio Ambiente en 1976 y

⁴ Esta ley creó un impuesto sobre las industrias químicas y del petróleo, y proporcionó a la autoridad federal un amplio margen de acción para responder directamente ante una amenaza de escape o de emisión de sustancias peligrosas que pueden poner en peligro la salud pública o el medio ambiente. Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA). Disponible en: www.epa.gov

⁵ Barbara Pozzo. “I problema Della Responsabilità per i danni causati dall’inquinamento”. En: *Quaderni della Rivista Giuridica dell’ambiente*, núm. 12: *La nuova Responsabilità civile per danno all’ambiente*. Milano: Giuffrè Editore: 2002, p. 23.

1993, respectivamente. En el ámbito europeo, se cuentan el *Libro verde sobre reparación del daño ecológico*; la Convención de Lugano sobre Responsabilidad Civil; el *Libro blanco sobre responsabilidad ambiental* de 2000⁶ y la Directiva 2004/35/CE⁷ sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales.

Pese a los esfuerzos de los Estados por generar normatividad aplicable a la reparación del daño ambiental, los avances no han sido significativos; al contrario, se han visto enfrentados a una serie de problemáticas derivadas de la adaptación que las legislaciones deben hacer para analizar y establecer tanto los presupuestos como los efectos del daño ambiental dentro de los postulados clásicos de reparación.

En el campo de la responsabilidad, no son pocos los problemas derivados de la aplicación de la materia ambiental, entre otros: 1. Aquellos derivados de las diferentes definiciones del daño ambiental que los reguladores nacionales han adoptado; 2. El problema de legitimidad de los procedimientos para solicitar la indemnización por los daños; 3. Los procedimientos relativos a la reparación y los criterios de la indemnización; 4. Los criterios de atribución de responsabilidad; 5. La dificultad para identificar la relación de causalidad; finalmente, 6. La asegurabilidad de los riesgos ambientales.⁸

Las situaciones referenciadas exigen la creación de postulados de base para estructurar un régimen de responsabilidad. La primera gran corriente de pensamiento está marcada por la definición de peligro ambiental futuro, que se basa en la aplicación del principio de precaución; sin embargo, una segunda corriente aborda el tema del daño ambiental presente, prevaleciendo posiciones puramente ideológicas y en contraposición al principio de precaución sobre una base documentada de la realidad, muchas veces dejando a un lado

⁶ El principal objetivo de *Libro blanco* es determinar que la responsabilidad ambiental tiene por objeto obligar al causante de daños al medio ambiente a pagar la reparación de tales daños, en aplicación del principio de “quien contamina, paga”.

⁷ A través de la directiva se ha aceptado la solución propuesta por la comisión en el *Libro blanco* y el proceso iniciado hace más de diez años, lo cual ha conducido a la aprobación de esta directiva, que es el primer acto legislativo que entre sus objetivos principales incluye la aplicación del principio de “quien contamina, paga”. Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/other/128107_es.htm

⁸ Barbara Pozzo. “I problema Della Responsabilità per i danni causati dall'inquinamento”..., op. cit., p. 24.

estudios y documentos técnicos disponibles sobre la problemática a resolver.⁹ Una tercera posición ideológica muy presente en el debate internacional se fundamenta en la idea según la cual la riqueza económica es la causante del daño al ambiente; sin embargo, la degradación ambiental también es evidente en los países con un deficiente crecimiento económico, pues la contaminación del aire o del agua y la deforestación deben afrontarse en contraposición a los problemas de hambruna, enfermedad, desocupación, inseguridad, entre otros, dejando al equilibrio ambiental en un segundo plano. La provocativa afirmación de Aaron Wildawsky *wealthier is healthier*, usada en los años setenta para reírse de la rígida posición ambientalista anti-crecimiento, hoy es corroborada por la experiencia, concordando con una de las conclusiones formuladas por el reporte Brundtland: la pobreza es la causa principal de la degradación ambiental en todo el mundo.¹⁰

Así mismo, el punto a combatir no es la globalización en sí misma, sino las metodologías de producción inadecuadas que conducen al uso indebido de los recursos y del talento humano; por tanto, la problemática de responsabilidad ambiental en el contexto internacional no solo está relacionada con los mecanismos de protección y resarcimiento, también se localiza en un contexto económico, político y social.

2. Responsabilidad por daño ambiental: problemática en su configuración

El punto de partida de la incidencia del daño ambiental en lo jurídico es la premisa de que no todas las leyes que han introducido la responsabilidad civil como instrumento de política ambiental comparten el mismo objeto. Algunas legislaciones están enmarcadas en los daños a cosas y a personas derivados de la actividad contaminante; otras, en una definición de daño ambiental en sentido estricto. Esta diferenciación no debe pasar inadvertida, pues trae consigo consecuencias derivadas de la definición misma del daño ambiental, de la problemática referida a la cuantificación del evento dañino o de la legitimación en la causa y, en general, de todas las demás variables de la responsabilidad civil.

⁹ Stefano Nesor. "Il dibattito internazionale sulla Responsabilità per danno ambientale". En: *Quaderni della Rivista Giuridica dell'ambiente*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 11.

¹⁰ *Ibidem*, p. 13.

Un ejemplo de la primera tendencia jurídica es la ley alemana del 1 enero de 1991, desarrollada por el ordenamiento jurídico alemán, que introduce el modelo de responsabilidad objetiva para todos los daños causados por la contaminación a la salud y a la integridad de las personas y de las cosas, protegiendo al ambiente de manera indirecta.¹¹

La segunda tendencia, correspondiente al daño ambiental en sentido estricto, tutela todos los recursos naturales, independientemente de la lesión que se pueda producir a un derecho protegido, y exige la elaboración y el cumplimiento de una cláusula general de responsabilidad civil por daño ambiental. Uno de los ejemplos más ilustrativos que se han adaptado a esta tendencia es la Ley de Responsabilidad, Compensación y Recuperación Ambiental (Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act, CERCLA, su sigla en inglés), conocida como Superfund, decretada por el Congreso de los Estados Unidos el 11 de diciembre de 1980.¹²

CERCLA dispone el resarcimiento del daño causado a los recursos naturales independientemente de la lesión de otro derecho individualmente tutelado, como la salud o la propiedad. Esta norma establece prohibiciones y requisitos para sitios cerrados y abandonados que acumulan desperdicios peligrosos; además, imputa a los propietarios y usuarios de dichos sitios, utilizando un fondo en fideicomiso para proveer limpieza, mejora o restauración cuando no sea posible identificar al grupo o a la persona potencialmente responsable. En este sentido, la Ley autoriza dos clases de acciones de respuesta:

1. De emergencia: conocidas como de corto plazo, las acciones emprendidas controlan los escapes que amenazan la salud pública y el medio ambiente, y exigen una atención correctiva inmediata.
2. De restauración a largo plazo: que reducen permanentemente y de forma significativa los peligros asociados a los riesgos de escapes de gases o a la acumulación de sustancias peligrosas que no representan una amenaza inmediata. Estas acciones solo se aplicarían sobre aquellas actividades incluidas en la lista de prioridades de protección nacional (National Priorities List, NPL, su sigla en inglés).¹³

¹¹ *Ibidem*, p. 14.

¹² Estados Unidos, Agencia de Protección Ambiental (EPA). Disponible en: www.epa.gov

¹³ Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica, Superfund, 11 de diciembre de 1980.

A la luz de la interpretación realizada por la doctrina estadounidense, el principal objetivo de la cláusula general es considerar los recursos naturales como cualquier otro recurso por cuyo uso las empresas deben pagar un precio compensatorio.

Por su parte, la legislación italiana ha introducido la noción de ambiente como objeto de la protección directa por parte del Estado, estableciendo el resarcimiento del daño ambiental independientemente de la violación de otros derechos tales como la propiedad privada o la salud. Esta normatividad adopta un concepto amplio y unitario del ambiente, no solo como el conjunto de bienes ambientales, sino como elemento esencial para el bienestar de la colectividad.¹⁴

En el mismo sentido, la legislación colombiana ha establecido un concepto amplio, al definir que daño ambiental es aquel “que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes”;¹⁵ esto significa que el daño afecta “exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las ‘cosas comunes’ que en ocasiones hemos designado como ‘bienes ambientales’ tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje”. Se trata de aquello que se ha convenido llamar perjuicios ecológicos puros.¹⁶

No obstante lo anterior, los mayores problemas que se derivan del reconocimiento de dicha protección directa son dos: el primero tiene que ver con los aspectos procesales, en particular con la determinación de quién tiene la legitimación en la causa por activa en un proceso de responsabilidad por daño ambiental; el segundo, con los criterios que permitan la cuantificación del daño.

En los ordenamientos que reconocen la mera reparación del daño por contaminación, la legitimación en la causa por activa no tiene mayores problemas, porque generalmente se encuentra en cabeza del propietario o del titular

¹⁴ Ugo Salanitro. “Il risarcimento del danno all’ambiente, un confronto tra vecchia e nuova disciplina”. En: *Rivista Giuridica dell’ambiente*, núm. 6. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 941.

¹⁵ Colombia, Ley 99 de 1993, art. 42.

¹⁶ Geneviève Viney y Patrice Jourdain. “Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité”, Paris: L.G.D.J., 1998, p. 55. Citados en: Juan Carlos Henao. “La responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental”. En: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 128.

del derecho afectado cuya salud o integridad física han sido vulneradas;¹⁷ mientras que en los ordenamientos que tienen un modelo de protección directa de los recursos ambientales se ha observado el problema de individualizar los sujetos sobre los cuales debe estar consignada la titularidad del derecho de reclamación. Tanto en el sistema estadounidense como en el continental, la ley establece que es el Estado o sus representantes, y en particular los entes locales o territoriales, los legitimados por activa para accionar de manera directa a fin de pedir la restitución *in integrum* del bien natural dañado.¹⁸

Por otra parte, resulta interesante observar que en ciertos casos la titularidad para actuar es cedida a las asociaciones ambientales o a un particular. En este caso, las primeras pueden revestirse de un papel importante, al no ser llamadas a representar los intereses individuales de los miembros afectados sobre un determinado territorio, sino a verificar la aplicación efectiva de la política ambiental de interés general. A manera de ejemplo, en la década de 1970, con el *Clean Water Act* y el *Clean Air Act*,¹⁹ el Congreso de Estados Unidos quiso asignarle a los ciudadanos una función prevalente en las actuaciones de políticas públicas ambientales, pues el objetivo principal no era proporcionarles un instrumento para lograr la protección de sus intereses individuales, sino hacer posible la acción de dichos particulares en contra de quienes han violado las disposiciones objeto de protección ambiental. De este modo, los ciudadanos asumían una posición de concurrencia con las instituciones públicas encargadas de dictaminar y ejecutar las políticas ambientales.²⁰

La legislación colombiana no está muy lejos de la concepción anterior, pues establece, por medio de la denominada participación ciudadana consagrada en la Constitución Política, que quienes se consideren afectados por el posible deterioro de su patrimonio natural pueden participar activamente en cualquier trámite relacionado con una causa ambiental. Así, por ejemplo, a través del derecho constitucional de petición se puede solicitar información

¹⁷ Barbara Pozzo. "I problema Della Responsabilità per i danni causati dall'inquinamento"..., op. cit., p. 26.

¹⁸ Giampaolo Rossi. *Diritto dell'ambiente*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, p. 95.

¹⁹ Estados Unidos. Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, EPA. Disponible en: www.epa.gov. Dichos actos fueron objeto de profunda reforma en el mandato del presidente George W. Bush.

²⁰ Barbara Pozzo. "I problema Della Responsabilità per i danni causati dall'inquinamento"..., op. cit., p. 28.

y la garantía de participación ciudadana en los procesos administrativos y en los procesos judiciales que se refieran a temas ambientales. De igual forma, en los procesos administrativos ambientales se garantiza la intervención de cualquier persona sin necesidad de demostrar ningún interés, esto es, cuando se habla específicamente de procesos de licenciamiento y de procesos sancionatorios, lo cual significa que los particulares pueden ser parte activa e indispensable en la protección y restauración del medio ambiente.

3. La reparación del daño ambiental

El resarcimiento por daño ambiental es un tema complejo y aún con vacíos para su aplicación, pues se carece de criterios específicos que puedan ayudar a identificarlo y tasar la debida compensación. Para el derecho comunitario es claro que:

La responsabilidad objetiva significa que no es necesario probar la culpa del causante, sino sólo el hecho de que la acción u omisión causó el daño. A primera vista, la responsabilidad basada en la culpa puede parecer más eficaz desde el punto de vista económico que la responsabilidad objetiva, en la medida en que los incentivos a los costes de descontaminación no superan los beneficios de la reducción de las emisiones. Sin embargo, diversos regímenes nacionales e internacionales de responsabilidad ambiental recientemente adoptados tienen como base el principio de responsabilidad objetiva, pues parten del supuesto de que el mismo favorece la consecución de los objetivos medioambientales. Una de las razones para ello es la gran dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios por responsabilidad ambiental.²¹

Así las cosas, existe la necesidad de lograr claridad y unificación de criterios con el fin de establecer parámetros adecuados de cuantificación, cuyo objetivo sea controlar a los contaminadores a fin de disminuir o detener su conducta dañina y lesiva del medio ambiente como presupuesto de su responsabilidad civil.

²¹ Commissione delle Comunità Europee. *Libro Bianco sulla Responsabilità per danno all'ambiente*. Bruselas, 9 de febbraio de 2000, com, 66.

La exigencia de desarrollar criterios unívocos y de alcanzar decisiones análogas en todas las cortes ayudaría notablemente en la obtención de directrices similares para ser utilizadas por los operadores jurídicos de diversos países, a fin de evitar que la cuantificación del daño se haga utilizando versiones diferentes por cada una de las jurisdicciones existentes.

Sin embargo, a manera de ejemplo, en la legislación comunitaria existen algunos apartes interesantes que permiten observar la elaboración de algunos criterios de cuantificación del daño ambiental, los cuales aparecieron principalmente en la Convención de Lugano para luego ser tomados por el *Libro blanco de la responsabilidad*. En caso de que técnicamente la reparación no sea posible, el *Libro blanco* establece que la cuantificación del daño debe basarse en los costos de soluciones alternativas, es decir, introduciendo la reparación de recursos naturales equivalentes a aquellos destruidos.²² Con este presupuesto, la reparación del daño ambiental parte de la restauración del bien ambiental dañado y no de su equivalente en dinero; es decir, busca privilegiar la reparación en especie que logre la restauración total del hábitat o el restablecimiento del equilibrio ecológico. El pago dinerario nunca podrá compensar un daño ambiental, por cuanto el dinero no se puede dar para cambiar un bien por otro, sino que se tiene que invertir obligatoriamente en la reparación del ecosistema.²³ Así, se ha dicho que:

La evaluación de los daños a la biodiversidad es un ejercicio difícil que debe realizarse teniendo en cuenta los costos de restauración o los costos de las soluciones alternativas si la restauración no es posible. El contaminador debería verse obligado a abonar indemnizaciones o compensaciones para la restauración o la descontaminación. Si, por razones técnicas o económicas, el contaminador no puede sufragar toda la reparación de los daños, el importe de la compensación por el valor del daño que queda sin reparar deberá emplearse en proyectos similares.²⁴

²² *Ibidem*.

²³ Juan Carlos Henao. "La responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental"..., op. cit., p. 128.

²⁴ Commissione delle Comunità Europee. *Libro Bianco sulla Responsabilità per danno all'ambiente...*, op. cit., com 66 final.

Entonces, la responsabilidad ambiental tiene por objeto obligar al causante del deterioro (el contaminador) a pagar la restauración del objeto ambiental dañado.

La reglamentación ambiental establece normas y procedimientos destinados a preservar el medio ambiente. En ausencia de un régimen de responsabilidad, el incumplimiento de las normas y los procedimientos vigentes solo puede entrañar una mera sanción de carácter administrativo o penal. En cambio, si se incorpora a la normativa el concepto de responsabilidad, los causantes de la contaminación también tendrían que asumir los gastos de restauración o compensación por los daños que hayan provocado.²⁵

Existen diversos tipos de daños al medio ambiente para los que resulta adecuado el régimen de responsabilidad; sin embargo, no todas las formas de daño pueden remediarse a través de este sistema, pues para que sea efectivo deben concurrir uno o más actores identificables (contaminadores), así como la posibilidad de verificar que el daño sea concreto y cuantificable, sumada a la de establecer una relación de causa-efecto entre los daños y los presuntos contaminadores.

Por tanto, el régimen de responsabilidad se puede aplicar en los casos en que el daño ha sido provocado por accidentes industriales o por la contaminación gradual causada por sustancias peligrosas o residuos vertidos al medio ambiente por fuentes identificables. Por el contrario, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para los casos de contaminación generalizada, de carácter difuso, en que es imposible vincular los efectos negativos sobre el medio ambiente con las actividades de determinados agentes. Así ocurre, por ejemplo, con los efectos sobre el cambio climático producidos por las emisiones de CO₂ y otros contaminantes, la muerte del bosque como consecuencia de la lluvia ácida y la contaminación atmosférica causada por el tráfico.

El daño ambiental es un sector en el cual las reglas comunes para establecer el nexo de causalidad han demostrado no dar buenos resultados o su aplicación resulta particularmente confusa. Los problemas inherentes a la fenomenología ambiental traen consecuencias muy particulares. El daño podría verificarse muchos años después del momento de su ocurrencia, lo cual traería como consecuencia una dificultad mayor para determinar la relación existente entre la acción dañosa y el evento lesivo.

²⁵ *Ibidem.*

En este orden de ideas, podría suceder que el daño no sea la consecuencia de una sola acción dañosa sino de un conjunto de ellas, lo que agravaría notablemente la posibilidad de identificar a los autores; de hacerlo, se enfrentaría la problemática de determinar cuál es la participación porcentual de cada contaminador en la actividad lesiva del ambiente.

Así, por ejemplo, en el régimen de responsabilidad alemán se ha establecido la inversión de la carga de la prueba en cabeza del posible contaminador, así como la evaluación de las circunstancias del hecho concreto con el fin de verificar si una planta de producción puede ser considerada capaz de causar la lesión al medio ambiente, lo cual permite presumir la responsabilidad del contaminador sin necesidad de que el afectado demuestre la existencia de un nexo de causalidad.

La idoneidad de la planta específica para producir los daños serán evaluados en función del lugar concreto de sus operaciones, los equipos utilizados en el mismo, la naturaleza y concentración de las sustancias liberadas en el ambiente, las condiciones meteorológicas, así como cualquier otra circunstancia que permita aportar elementos de juicio para su identificación.²⁶

Por su parte, la jurisprudencia estadounidense ha adoptado la condición *sine qua non but for test*, según la cual la conducta del individuo no puede ser considerada causa del evento. Otra regla aplicada se concretiza en el *substantial factor test*, esto es, el actor es llamado a demostrar que la acción de la parte demandada debe considerarse un elemento esencial, aunque no exclusivo, para verificar el daño.²⁷

Otro ejemplo importante se encuentra en la legislación italiana que, fundada sobre la aplicación del principio “quien contamina, paga”, ha conducido a una profunda reforma introducida con la Directiva 2004/35/CE,²⁸ cuyo objetivo es constituir un mínimo común denominador en la disciplina de res-

²⁶ Barbara Pozzo. “I problema Della Responsabilità per i danni causati dall’inquinamento”..., op. cit., p. 44.

²⁷ *Ibidem*, p. 46.

²⁸ Parlamento Europeo. Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. 21 de abril de 2004.

ponsabilidad ambiental de cada uno de los Estados miembros. De conformidad con ella, el ordenamiento italiano estableció el Decreto-Ley 152 de 2006.

El perfil italiano evidencia en la disciplina del daño ambiental la relación del criterio de imputación de la responsabilidad con el concepto de daño y la forma de protección prevista en el ordenamiento. En cuanto al criterio de imputación de la responsabilidad, la legislación italiana permite la posibilidad de aplicar los modelos de responsabilidad objetiva y subjetiva, tal como se desprende de la interpretación de la cláusula general de responsabilidad plasmada en el art. 90 de la Constitución colombiana.

No obstante, el Consejo de Estado colombiano, al referirse a la responsabilidad del Estado en materia ambiental, dijo que:

El libro blanco sobre responsabilidad ambiental, publicado por la Comisión de las Comunidades Europeas y que tiene como propósito establecer las reglas en materia de responsabilidad ambiental alude al principio quien contamina, paga, el cual, al no aludir para nada al elemento subjetivo de culpa, parece inclinarse por la consagración de un régimen objetivo de responsabilidad. En el Derecho Nacional, el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, también excluye toda referencia al elemento culpa, lo cual supone que acoge el mismo principio.²⁹

Es decir, que tanto para el alto tribunal como para gran parte de la doctrina colombiana, la responsabilidad ambiental es objetiva; sin embargo, se observa una serie de elementos que permiten establecer que dicha responsabilidad es de naturaleza mixta. Para Juan Carlos Henao es claro que:

No se puede apresuradamente predicar que el principio “el que contamina, paga” supone que el Estado sea responsable por toda contaminación ocurrida en el territorio nacional. El mencionado principio, en nuestro entender, no supone un régimen objetivo de responsabilidad en el campo del medio ambiente y, por el contrario, se observa que el mismo tiene, al igual que en el conjunto de la responsabilidad civil, una naturaleza mixta.³⁰

²⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de 2004, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

³⁰ Juan Carlos Henao. “La responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental”..., op. cit., p.26.

Para tal fin, es importante tener en cuenta elementos diferenciadores que permitan identificar si el daño es procedente del Estado o de un particular, lo que sin lugar a dudas afecta la interpretación del art. 16 de la Ley 23 de 1973,³¹ según la cual el “Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada”. En este sentido, se comparte la idea de Henao, al determinar que frente a este evento

existe una diferencia sustancial para lograr la aplicación del citado principio, pues el mismo variará para el caso en que la contaminación la produce directamente la persona que se busca como responsable, o, si por el contrario, la contaminación solo le puede ser atribuida por la vía de la omisión pero no por la de la producción activa del daño. La diferencia entre responsabilidad por acción y por omisión hará cambiar los alcances del principio en estudio.³²

En la disciplina comunitaria, el criterio de la responsabilidad por culpa es sustituido por un mecanismo de imputación de responsabilidad diferenciado entre la actividad profesional considerada de alto riesgo (contenida en un anexo de la directiva), por la cual la forma de responsabilidad se acerca mucho a aquella de carácter objetivo, y la actividad de bajo riesgo, por la cual la responsabilidad se acciona en caso de dolo o culpa.³³

En relación con el resarcimiento, cabe destacar que la legislación italiana prevé la posibilidad del resarcimiento por equivalencia, al referirse que

cualquiera que realizando un hecho ilícito o ante la omisión de actividades o deberes, con violación de la Ley, del reglamento o de providencias administrativas, con negligencia, impericia, imprudencia o violación de la norma técnica, genere un daño al ambiente, alterándolo, deteriorándolo o destruyéndolo en todo o en parte, está

³¹ El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado.

³² Juan Carlos Henao. “La responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental”..., op. cit., p. 23.

³³ Giampaolo Rossi. *Diritto dell'ambiente...*, op. cit., p. 100.

obligado a la reparación del daño ocasionado y ante la imposibilidad, al resarcimiento por equivalencia patrimonial.³⁴

En el caso colombiano aún no existe una cultura jurídica sostenida que permita establecer un resarcimiento por equivalencia, pese a la existencia de normatividad y jurisprudencia internacional que la ha aplicado, como los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de Colombia, que, entre otras formas de reparación, condena con obligaciones de hacer. En materia ambiental, la idea de este tipo de resarcimiento está apoyada por el art. 7.º de Ley 491 de 1999, que determina: “Cuando el beneficiario de la indemnización sea una entidad estatal, el monto de la indemnización deberá destinarse a la reparación, reposición o restauración de los recursos naturales o ecosistemas deteriorados”.

El párrafo del art. 7.º de la ley referenciada establece que “cuando las actividades de reparación, reposición o restauración no sean posibles realizarlas, el monto de la indemnización será invertido directamente en proyectos ecológicos o ambientales de especial interés para la comunidad afectada”. Es decir, si la indemnización no logra el objetivo de resarcir el daño ambiental, entonces se debe “privilegiar la reparación *in natura*, que supone hacer las tareas necesarias para que el bien lesionado vuelva a cumplir la función anterior al hecho dañino o, por lo menos, a que la cumpla de la manera más parecida posible. Dicha indemnización se logra con obligaciones de hacer que en nuestro caso solo pueden apuntar a recomponer el medio ambiente dañado”.³⁵

No obstante lo anterior, es importante recalcar que para el derecho comunitario el daño debe ser el último elemento a reparar, dando prioridad a los sistemas de previsión del hecho, en aplicación del principio de precaución. Sin embargo, cuando se ha verificado la ocurrencia de un daño entendido como “el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente”,³⁶ el Estado está facultado para activar los mecanismos resarcitorios.

³⁴ Art. 311 del Decreto Legislativo 152 de 2006.

³⁵ Juan Carlos Henao. “La responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental” ..., op. cit., p. 13.

³⁶ Commissione delle Comunità Europee. *Libro Bianco sulla Responsabilità per danno all'ambiente...*, op. cit., com 66 final.

Los mecanismos preventivos se basan entonces en la individualización de las obligaciones a cargo de los diversos operadores para que adquieran conciencia del peligro de su actividad como potencial contaminador del ambiente. En este evento, la legislación italiana establece que:

la competencia para adoptar las medidas preventivas se encuentra en cabeza del Ministerio del Ambiente, el cual tiene la facultad en cualquier momento de requerir al operador para que proporcione la información necesaria sobre cualquier amenaza inminente de daño ambiental o sobre casos sospechosos de tal amenaza, así como ordenar al mismo adoptar las medidas de prevención que considere necesarias.³⁷

Una de las principales formas de protección al ambiente no se sustenta en la responsabilidad civil, sino en las políticas de prevención en cabeza de la Administración Pública; de igual forma, la aplicación del principio “quien contamina, paga” precede a la política ambiental. Dicho principio se constituye en el eje fundamental de la política de reparación de los bienes dañados, pues de no aplicarse correctamente al contaminador, los costos recaerían en el Estado, específicamente en el contribuyente. En síntesis, un daño causado por un tercero terminaría siendo asumido por la colectividad en general.

Por ejemplo, en la legislación colombiana, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y las corporaciones autónomas regionales tienen la potestad legal de imponer sanciones y medidas preventivas al infractor de las normas sobre protección ambiental o sobre manejo y aprovechamiento de recursos naturales renovables; sin embargo, esto no obsta para que ante la ocurrencia de un daño dicha sanción no excluya la responsabilidad civil, pues el párrafo 2.º del art. 85 de la Ley 99 de 1993 afirma que “las sanciones establecidas por el presente artículo se aplicarán sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles y penales a que haya lugar”, pero con sumo cuidado en su ejecución para evitar doble pago por el mismo objeto. De igual manera, la norma establece el pago de tasas retributivas y compensatorias que, una vez pagadas, no excluyen la posibilidad de iniciar la acción de responsabilidad civil respecto de quien ha ocasionado el daño ambiental.

³⁷ Giampaolo Rossi. *Diritto dell'ambiente...*, op. cit., p. 103.

La tasa compensatoria se establece para “compensar los gastos de mantenimiento de renovabilidad de los recursos naturales renovables”,³⁸ no constituye el pago de un daño, sino la puesta en marcha de determinada política pública preventiva para el mantenimiento del ecosistema. En efecto, este pago es un reembolso por gastos hechos en la renovación del recurso con independencia de que el interesado lo haya dañado o no.³⁹ Por su parte, la tasa retributiva se paga “por las consecuencias nocivas de las actividades expresadas”, esto es, por “la utilización directa o indirecta de la atmósfera, del agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio, sean o no lucrativas”.⁴⁰

Bajo este concepto, la persona que voluntariamente quiere iniciar una actividad, paga para que el Estado retribuya con ese valor el mejoramiento del medio ambiente, en donde, gracias a la capacidad de regeneración del ecosistema o a que el impacto se considera mínimo, el ecosistema sigue cumpliendo su finalidad.⁴¹ Esto permite afirmar que el pago de tasas y contribuciones no excluye la posibilidad de solicitar la reparación del daño ambiental, pues cada una tiene causas diferentes.

Por todo lo anterior, el objetivo fundamental de la responsabilidad es individualizar jurídicamente a quienes contaminan, por cuanto si estos se ven en la obligación de asumir los costos reales relacionados con el daño causado, sea de manera dineraria o por equivalencia,

reducirían sus niveles de contaminación hasta el punto en que el costo marginal de la descontaminación resulte inferior al importe de la indemnización que habrían tenido que abonar. De este modo,

³⁸ Colombia, Ley 99 de 1993, art. 42, inc. 2.º

³⁹ Juan Carlos Henao. “La responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental” . . . , op. cit., p. 15.

⁴⁰ Colombia, Ley 99 de 1993, art. 42.

⁴¹ “La resiliencia es el mecanismo o propiedad del ecosistema que le permite, generalmente por dos vías o procesos alternativos, beneficiarse o asimilar las perturbaciones internas y externas. Por la primera vía, el sistema consigue regresar a su estado anterior o normal después de asimilar los trastornos; por la segunda, la perturbación es amortiguada gracias a la integración de los agentes perturbadores”. Edgar Morin citado por José Borrero Navia en Juan Carlos Henao. “La responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental” . . . , op. cit., p. 16.

el principio de responsabilidad ambiental hace posible la prevención de los daños y la asunción de los costos ambientales, pues la responsabilidad ambiental también puede facilitar la adopción de mayores precauciones, mediante la prevención de riesgos y daños, así como fomentar la inversión en el ámbito de la investigación y el desarrollo, con fines de mejorar los conocimientos y las tecnologías en la materia.⁴²

Frente a lo cual el medio ambiente sería el principal beneficiado y por ende toda la humanidad.

Conclusiones

Pese a los avances que en materia de responsabilidad han desarrollado algunos sistemas como el europeo, se debe promover el establecimiento de criterios internacionales unificados de responsabilidad con el fin de instaurar postulados que puedan ser aplicados unívocamente en las diferentes legislaciones, toda vez que el daño ambiental no se constituye en una frontera aislada dada sus características particulares. Por tanto, se requiere un trabajo continuado y constante tendiente a la instauración de un régimen internacional de responsabilidad por daños ambientales. Por ahora, es necesario seguir examinando los elementos estructurales en que se funda dicha responsabilidad; esto exige un diseño novedoso de protección al medio ambiente, alejándonos poco a poco de concebir a la naturaleza como un elemento residual o excepcional, dándole la importancia y la prioridad que merece.

Para lograr todo lo anterior, es preciso erradicar la creencia de la imposibilidad de resarcimiento del daño ambiental reemplazándola por nuevos postulados de reparación, pues existen legislaciones que han implantado mecanismos diferentes a los clásicos supuestos de la responsabilidad civil –dinerarios– los cuales no garantizan dejar indemne al medio ambiente; por tanto, se deben establecer criterios de reparación novedosos e ingeniosos que garanticen la efectiva recuperación del bien ambiental.

⁴² Commissione delle Comunità Europee. *Libro Bianco sulla Responsabilità per danno all'ambiente...*, op. cit., com 66 final.

Bibliografia

- Commissione delle Comunità Europee. *Libro Bianco sulla Responsabilità per danno all'ambiente*. Bruselas, 9 de febbraio de 2000.
- Henaó, Juan Carlos. "La responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental". En: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Nespor, Stefano. "Il dibattito internazionale sulla Responsabilità per danno ambientale". En: *Quaderni della Rivista Giuridica dell'ambiente*. Milano: Giuffré Editore, 2002.
- Parlamento Europeo. Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. 21 de abril de 2004.
- Pozzo, Barbara. "I problema Della Responsabilità per i danni causati dall'inquinamento". En: *Quaderni della Rivista Giuridica dell'ambiente*, núm. 12: *La nuova Responsabilità civile per danno all'ambiente*. Milano: Giuffré Editore: 2002.
- Rossi, Giampaolo. *Diritto dell'ambiente*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.
- Severo Giannini, Massimo. "Diritto dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale". En: *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 1971.
- Salanitro, Ugo. "Il risarcimento del danno all'ambiente, un confronto tra vecchia e nuova disciplina". En: *Rivista Giuridica dell'ambiente*, núm. 6. Milano: Giuffré Editore, 2008.

El daño a los bosques naturales

Régimen de responsabilidad y derechos humanos*

Leonardo Güiza Suárez**

Introducción

Más del 80% de la biodiversidad de Colombia, considerada una de las más ricas del mundo, se encuentra en los bosques naturales (BN) del país y está amenazada por la deforestación ilegal, los incendios forestales, la ampliación de las fronteras agropecuarias y los cultivos ilícitos. Si se toma como referente los primeros estudios realizados al respecto, para el año 2000 el país ya había perdido alrededor de cuarenta millones de hectáreas de BN por las causas mencionadas.

Al respecto, el papel que desempeñan las autoridades ambientales en cumplimiento de sus deberes de control y exigencia de la reparación del daño ambiental es de suma importancia, pues con ello el Estado garantiza, además de la sostenibilidad de los bienes y servicios que ofrecen los BN, el respeto de los derechos humanos derivados de su conservación. Si, al contrario, las autoridades pasan por alto la exigencia de la reparación de los daños ambientales,

* Este capítulo se sustenta en la tesis de Maestría en Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá, *Daño ambiental puro de los bosques naturales de Colombia: una mirada desde los derechos humanos*, y surge de la necesidad de integrar, por una parte, los estudios que demuestran el avance de la deforestación de los bosques naturales (BN) en Colombia y, por otra, su reflexión desde la dogmática de los derechos humanos y de la responsabilidad ambiental, con el ánimo de clarificar y estructurar los elementos jurídicos que permitirían contrarrestar esta situación.

** Abogado y Biólogo. Máster en Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, España. Master 2 en Droit de l'Environnement Industriel, Université de Poitiers, Francia. Profesor de Carrera Académica e integrante del grupo de investigación en Derechos Humanos, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Correo electrónico: leonardo.guiza@urosario.edu.co

pueden ver comprometida su responsabilidad por los posibles efectos sobre los derechos subjetivos y colectivos involucrados.

Este capítulo, además de hacer un análisis de la concepción de daño ambiental, del régimen jurídico de los BN y de su estado actual en Colombia, identifica los derechos humanos involucrados, los mecanismos para su defensa y el régimen de responsabilidad del Estado en caso de omisión o cumplimiento parcial en cuanto a la exigencia de reparación de los daños ambientales derivados de la degradación de los BN del país.

1. Daño ambiental

Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus componentes.¹ Desde el punto de vista jurídico, esta expresión designa no solo el daño que recae en el patrimonio ambiental común a un grupo de personas –en cuyo caso hablamos de daño ambiental puro (DAP)–,² sino también el perjuicio que el daño al medio ambiente ocasiona a los intereses legítimos de una persona, lo que configura un perjuicio ambiental (PA) que ataca un derecho subjetivo y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado. La ilustración 1 muestra mejor esta distinción.

De acuerdo con la ilustración 1, el daño ambiental afecta dos ámbitos de derechos: uno personal, que produce un PA sobre derechos subjetivos de personas; otro colectivo, que produce un DAP sobre personas indeterminadas. Esta diferenciación es de suma importancia para escoger el tipo de acción

¹ Colombia, Ley 99 de 1993, art. 42. Tasas retributivas y compensatorias.

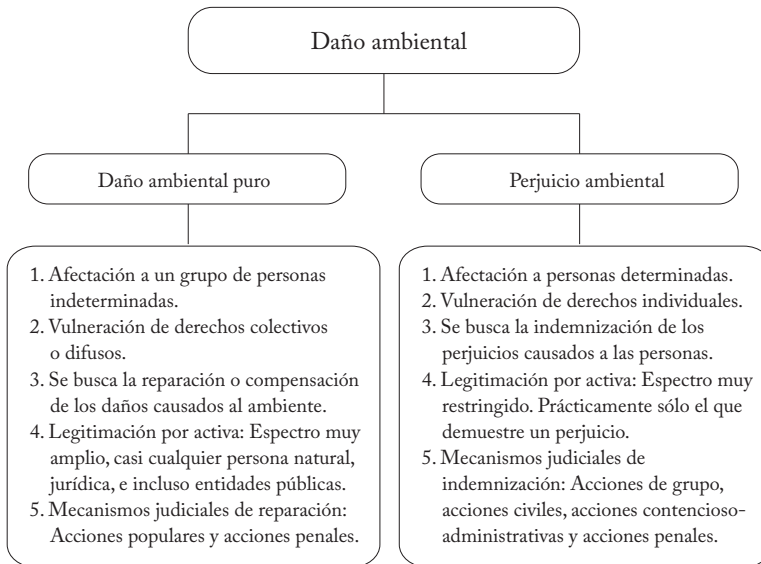
Para el caso del daño ambiental a los BN, la definición anterior debe ser leída en consonancia con la definición de los factores que deterioran el ambiente consignada en el art. 8 del Decreto 2811 de 1974:

“ART. 8º –Se consideran factores que deterioran el ambiente, entre otros:
(...) La extinción o disminución cuantitativa o cualitativa de especies animales y vegetales o de recursos genéticos;
(...) La alteración perjudicial o antiestética de paisajes naturales;
(...) La disminución o extinción de fuentes naturales de energía primaria”.

² La doctrina lo ha llamado daño ambiental puro, daño colectivo o simplemente daño al ambiente, por lo cual, con el ánimo de diferenciarlo de su fuente (impacto o daño ambiental), aquí se denominará *daño ambiental puro*, siguiendo a la mayoría de la doctrina y a la denominación que le da el art. 2.º de la Ley 491 de 1999, por medio de la cual se crea el seguro ecológico.

a ejercer en caso de vulneración de derechos, determinar la legitimación por activa, identificar la forma de compensación y lograr la reparación integral de los daños ambientales.

Ilustración 1. El daño ambiental puro frente al perjuicio ambiental



Fuente: elaboración propia.

2. Bosques naturales

La legislación nacional ubica a los BN dentro de la flora silvestre, es decir, el conjunto de plantas no cultivadas por el hombre.³ Además de su condición silvestre, se caracteriza porque sus especímenes son maderables. A pesar de que en la legislación no existe una definición exacta de bosque natural, en numerosas normas se utiliza esta denominación para diferenciarlo de los bosques artificiales; por tanto, el bosque natural es el ecosistema compuesto por árboles y arbustos maderables con predominio de especies autóctonas, en un espacio determinado y generados espontáneamente por sucesión natural.

³ Colombia, Decreto 2811 de 1974, art. 199: “Se denomina flora silvestre el conjunto de especies e individuos vegetales del territorio nacional que no se han plantado o mejorado por el hombre”.

La legislación ambiental colombiana⁴ consagra al bosque natural como un recurso perteneciente a la nación.⁵ Su importancia intrínseca radica en cinco aspectos principales:

1. Permite la continuidad de los ciclos biogeoquímicos (ciclo hidrológico y del carbono, entre otros).
2. Permite la estabilidad del clima, pues los bosques absorben gran parte de la luz y el calor que llega al planeta de la irradiación solar. La destrucción de la masa forestal causa cambios en el balance de radiación del sistema planetario y es una de las principales amenazas para el equilibrio del ecosistema terrestre, puesto que altera el régimen de lluvias, facilita el calentamiento de la superficie y el proceso de desertización por los efectos erosivos de la lluvia.
3. Sirve de hábitat y medio de vida de la biodiversidad terrestre y acuática del planeta. En las regiones tropicales y subtropicales, que ocupan un área inferior al 10% del total del planeta, se encuentra más de 50% de la biomasa.
4. Los BN son reguladores hídricos. Con la eliminación de la cobertura boscosa se presentan derrumbes, avalanchas e inundaciones en épocas de lluvia y déficit de humedad en los períodos secos.
5. Son fuente de bienes y servicios como maderas, fármacos y materias primas.

Con la expedición de la Ley 99 de 1993 se clarificó que la autoridad ambiental en el tema de los BN es el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible).⁶ Entre sus competencias se contempla la reglamentación, el control y vigilan-

⁴ Colombia, Decreto 2811 de 1974. Código de Recursos Naturales Renovables, art. 42.

⁵ Colombia, Acuerdo 38/73, “Por el cual se establece el Estatuto de Flora Silvestre del Inderena” y Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto 2811 de 1974, art. 42.

⁶ Colombia, Ley 99 de 1993, art. 5.º Funciones del ministerio: “Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente: (...) 42. Fijar los cupos globales y determinar las especies para el aprovechamiento de bosques naturales y la obtención de especímenes de flora y fauna silvestres, teniendo en cuenta la oferta y la capacidad de renovación de dichos recursos, con base en los cuales las corporaciones autónomas regionales otorgarán los correspondientes permisos, concesiones y autorizaciones de aprovechamiento”.

cia, la introducción, el trasplante, la comercialización, el aprovechamiento, la conservación y la restauración de sus especies en todo el territorio nacional.⁷

En Colombia, los BN están protegidos principalmente por la declaración de áreas protegidas.⁸ Las áreas protegidas del país, que incluyen ecosistemas que cubren un poco más de 10,5 millones de hectáreas, representan para Colombia el avance formal en la estrategia de conservación de la biodiversidad como respuesta al Convenio de la Diversidad Biológica al que se vinculó con la Ley 165 de 1994.⁹

Cabe resaltar que una de las maneras más eficaces para proteger los BN es la declaración de zonas de protección ambiental, puesto que ellas restringen los usos del suelo e incluso limitan el derecho a la propiedad de los particulares con el objeto de proteger y preservar los recursos naturales allí contenidos. Al respecto, la legislación ha señalado tres tipos de áreas: las zonas de reserva forestal (ZRF), el sistema de parques naturales y el área especial ecológica.

2.1. Las reservas forestales

Por medio de la Ley 2.^a de 1959 fueron declaradas siete grandes ZRF, que hoy abarcan una extensión de 51.376.621 ha de zonas boscosas, equivalente al 45% del territorio continental del país.¹⁰ De esa superficie, aproximadamente

⁷ “El Código de Recursos Naturales Renovables faculta a la autoridad ambiental (MAVDT) a tomar las medidas necesarias para conservar y evitar la desaparición de especies e individuos de la flora. Estas medidas son: proteger las especies en peligro de extinción, determinar los puertos marítimos y fluviales, aeropuertos y lugares fronterizos por los cuales se permite la exportación de individuos de la flora, así como, promover el desarrollo y utilización de mejores métodos de conservación de esos individuos”. María del Pilar Pardo. *Biodiversidad: análisis normativo y competencias para Colombia*. Bogotá: Legis Editores S.A., 1999.

⁸ La legislación colombiana es abundante en normas sobre áreas protegidas y plantea diferentes categorías:

- Áreas de manejo especial (Decreto 2811 de 1974 o Código de los Recursos Naturales).
- Reservas forestales de la Ley 2 de 1959.
- Territorios fáunicos (Decreto 1608 de 1978).
- Paisajes protegidos (Decreto 1715 de 1978).
- Ley 99 de 1993, art. 31 en parques naturales regionales.
- Ley 99 de 1993, art. 1.o “Protección especial de páramos, subpáramos, nacimientos de agua, zonas de recarga de acuíferos y del paisaje”.

⁹ Colombia, Contraloría General de la República. *Informe del estado de los recursos naturales y del ambiente 2005-2006*. Bogotá: Contraloría General de la República, agosto de 2006, p. 205.

¹⁰ Hasta finales de 2007 se habían extraído 14.010.660 ha de las zonas de reserva forestal establecidas

45.331.312 ha pertenecen a BN.¹¹ Dichas reservas fueron reglamentadas posteriormente por el Código de Recursos Naturales, decreto con fuerza de ley que las definió como “zonas de propiedad pública o privada, reservada para ser destinada exclusivamente al establecimiento o mantenimiento y utilización racional de áreas forestales”. A su vez, clasificó las reservas en áreas forestales productoras, protectoras y protectoras-productoras.

No obstante lo anterior, desde su creación han venido ocupándose de manera desordenada en muchas regiones del país, presentándose actualmente ciento un cascos urbanos en su interior y la transformación de los ecosistemas naturales que las conforman para la implantación de agrosistemas.¹²

Las ZRF creadas mediante esta ley se componen de áreas de protección forestal (entendida dicha protección en un sentido amplio, los bosques, los suelos, las aguas y la vida silvestre), o para la producción forestal (desarrollo de la economía forestal a partir del aprovechamiento sostenible de los recursos forestales), y comprenden tierras tanto de propiedad pública como privada.¹³

La regla general indica que siempre se deben conservar los bosques en estas áreas de reserva. En los casos en que se pretenda remover permanentemente los bosques, hay que delimitar y sustraer la zona afectada de la reserva forestal; es decir, está permitido el “aprovechamiento sustentable” y se prohíben los aprovechamientos únicos¹⁴ (remoción del bosque de manera

por la Ley 2.^a de 1959, pues la extensión original era de más de sesenta y cinco millones de hectáreas.

¹¹ Juan Carlos Ucrós. *Breve historia y situación actual del patrimonio forestal colombiano*. Bogotá: FAO, 2009.

¹² Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales. *Zonas de reserva forestal de Colombia: atlas temático*. Bogotá: Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, 2007.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Los aprovechamientos forestales pueden ser de tres tipos: único, doméstico y persistente. Según el art. 214 del Código de Recursos Naturales, el aprovechamiento único forestal es aquel que por razones técnicas se realiza en bosques localizados en suelos que deben ser destinados a usos diferentes del forestal. Por tanto, el permiso de aprovechamiento forestal único puede obligar al beneficiario a dejar limpio el terreno luego de haberse llevado a cabo el aprovechamiento, pero no a renovar o conservar el bosque. Según el art. 214 del Código de Recursos Naturales, el aprovechamiento forestal doméstico es aquel que, sin perseguir fines de comercialización, tiende a satisfacer necesidades vitales como construcción de vivienda, cercas y otras similares. Esta misma norma definió los aprovechamientos forestales persistentes como aquellos que implican el aprovechamiento constante y la regeneración del bosque. Esta definición fue complementada por el Código de Recursos Naturales Renovables en el sentido de que son aquellos que se efectúan con la obligación de conservar el rendimiento normal del bosque a través de técnicas silvícolas que permitan la renovación del recurso.

permanente), de hacerlo, hay que sustraer la zona de la reserva mediante acto administrativo. Además, permitió la sustracción de predios cuyos propietarios logren demostrar que los suelos pueden ser utilizados en explotación diferente de la forestal, mientras no se perjudique la función protectora de la reserva.¹⁵

Para cumplir con los objetivos de conservación de estas zonas, la Ley 388 de 1997 estableció responsabilidades claras para los municipios y distritos a fin de que en los procesos de elaboración y adopción de sus planes de ordenamiento territorial tuvieran en cuenta, entre otras determinaciones, las disposiciones que reglamentan el uso y el funcionamiento de las áreas que integran las reservas forestales nacionales.

2.2. Sistema de parques naturales

Además de las reservas forestales, el Código de Recursos Naturales contempló diferentes tipos de áreas para la protección y conservación de los recursos naturales: parque nacional, reserva natural, área natural única, santuario de flora y fauna y vía-parque. Estas áreas abarcan una superficie de 11.662.825 ha que corresponden al 10,23% del territorio nacional (área continental más área marina). De esta superficie, 8.548.729 ha pertenecen a BN.¹⁶

Internamente, el MAVDT (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) expidió el Decreto 2915 de 1994, que organizó la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales (UASPNN), encargada de regular todo lo que se relaciona directa o indirectamente con el sistema de parques, excepto licencias ambientales, otorgamiento de concesiones y reservación, alinderación, sustracción y declaratoria de las áreas del sistema.

Cabe mencionar que las áreas de parques nacionales naturales no pertenecen a la categoría de “bienes de uso público” ni por su vocación ni por su naturaleza jurídica,¹⁷ su propósito es la conservación, la perpetuación y la protección de los recursos naturales presentes en ellas, y de esta manera,

¹⁵ Hasta finales de 2007, se habían extraído 14.010.660 hectáreas.

¹⁶ Juan Carlos Ucrós. *Breve historia y situación actual del patrimonio forestal colombiano...*, op. cit.

¹⁷ En el art. 63 de la Constitución Política, los parques naturales y los bienes de uso público conforman dos categorías diferentes pese a que en ambos casos se hablan de bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables. Como se mencionó, esta diferenciación se hace en virtud de la vocación de cada uno de los bienes que se nombran en este artículo, aunque las consecuencias jurídicas sean las mismas. “Art. 63. –Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras

garantizar a futuro la supervivencia de las especies y su oferta de bienes y servicios naturales.¹⁸

De igual forma, las áreas de parques estarían ocupadas de manera ilegal por quienes desarrollen actividades de explotación y producción agrícola, maderera o industrial, ya que, pese a tener un título de dominio, su inclusión en la categoría de áreas protegidas solo admite actividades de conservación según las normas vigentes.¹⁹

2.3. Área especial ecológica

La Carta Política de 1991 creó una nueva categoría de áreas protegidas, posteriormente reglamentadas por la Ley 99 de 1993. Se trata del sur de la Amazonía y el Chocó, reservas ecológicas que se encuentran bajo el control y vigilancia de las corporaciones autónomas regionales para el desarrollo sostenible Corpoamazonía y Codechocó, respectivamente. Cabe recordar que sobre estas dos zonas hoy existe una declaración de zona de reserva forestal y varios parques naturales. La Ley 99 de 1993 determinó que se trata de áreas especiales de reserva ecológica de Colombia y áreas de interés mundial, recipientes singulares de la megabiodiversidad del trópico húmedo. Sin embargo, al respecto no ha habido ningún desarrollo normativo posterior.

3. Impacto ambiental en los bosques naturales de Colombia

3.1. Panorama general

La información que existe en Colombia sobre el estado de los recursos florísticos del país y su deterioro es escasa, incompleta y desactualizada, debido principalmente a la clandestinidad que envuelve los daños sobre cobertura vegetal, las dificultades geográficas y de orden público para acceder a los lugares donde se presentan y la exigua voluntad tanto de las autoridades públicas como de las mismas comunidades para valorar los costos ambientales, eco-

de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

¹⁸ Colombia, Contraloría General de la República. *Informe del Estado de los recursos naturales y del ambiente 2005-2006*... op. cit., pp. 199 y ss.

¹⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. *Naturaleza jurídica de los parques nacionales naturales*. Sentencia de consulta núm. 1680 del 29 de septiembre de 2005.

nómicos y sociales de su pérdida pese a que existen normas que lo exigen.²⁰ Al respecto, autores como McAlpine²¹ consideran que a la fecha no existen estudios nacionales fiables sobre las tasas de transformaciones del uso del suelo en Colombia, debido a la falta de un sistema nacional de vigilancia y de disponibilidad de imágenes satelitales.

En cuanto a los estudios sobre la pérdida de los BN por biomas realizados en 1998 por Etter²² en el marco del primer informe nacional sobre el estado de la biodiversidad, se presentó un informe sobre la evolución de la situación de los principales tipos de ecosistemas, el cual evidencia que originalmente el 85% del territorio de Colombia estaba cubierto de BN (97.639.085 ha) y 14,65% (16.700.672 ha) de varios tipos de vegetación abierta; en 1993, la transformación de la cobertura natural había alcanzado 36,8%. Teniendo en cuenta que la extensión continental de Colombia es de 113.997.765 ha, lo anterior significa que hace catorce años ya se habían transformado 41.951.177 ha de cobertura vegetal entre BN y vegetación abierta.

En un estudio posterior, Etter y otros autores²³ mencionan que hasta el año 2000, aproximadamente cuarenta millones de hectáreas de BN habían sido deforestadas en Colombia, lo que equivale a la pérdida del 41% de la superficie original de bosque natural y representa una cobertura actual de bosque natural de 57.639.085 ha aproximadamente (50,6% del territorio continental). No obstante, otros autores mencionan que la cobertura de BN

²⁰ Colombia, Decreto 2811 de 1974, art. 65: “Se hará el censo de las aguas y bosques en predios de propiedad privada”. Decreto 2278 de 1953, art. 29: “El Ministerio de Agricultura procederá a levantar el inventario forestal del país, y a determinar las áreas que deban dedicarse exclusivamente a ser explotadas como bosques”. Decreto 1277 de 1994, art. 2.º: “Objeto. El Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, IDEAM, tiene como objeto: (...) 7. Realizar estudios e investigaciones sobre recursos naturales, en especial la relacionada con recursos forestales y conservación de suelos, y demás actividades que con anterioridad a la Ley 99 de 1993 venían desempeñando las subgerencias de bosques y desarrollo del Instituto Nacional de los Recursos Naturales y del Ambiente, Inderena”.

²¹ C. McAlpine; A. Etter; P.M. Fearnside; L. Seabrook; W.F. Laurance. “Increasing world consumption of beef as a driver of regional and global change: A call for policy action based on evidence from Queensland (Australia), Colombia and Brazil”. En: *Global Environmental Change*, num. 19, 2009, pp. 21-33.

²² Andrés Etter. “Mapa general a los ecosistemas (1:2.000.000)”. En: M.E. Chaves, y N. Arango (Eds.). *Informe nacional sobre el estado de la biodiversidad Colombia, 1997*. Bogotá: Instituto Alexander von Humboldt, Ministerio del Medio Ambiente y PNUMA, 1998.

²³ Andres Etter; Clive McAlpine; Kerrie Wilson; Stuart Phinn; Hugh Possingham. “Regional patterns of agricultural land use and deforestation in Colombia”. En: *Agriculture, Ecosystems and Environment*, num. 114, 2006, pp. 369-386.

actual alcanzan una extensión de 61.246.660 ha equivalente al 53,7% del territorio continental.²⁴

3.2 Principales causas

Con base en los estudios realizados por el IDEAM y los informes anuales del estado de los recursos naturales presentados por la Contraloría General de la República al Congreso de la República, entre otras fuentes, se han determinado las principales causas que afectan este recurso, que serán analizadas con el ánimo de determinar el impacto que han causado en el recurso flora en Colombia. Las principales causas son:

- El aprovechamiento forestal.
- Los incendios forestales.
- Conversión de bosques a tierras agropecuarias.
- Los cultivos ilícitos.

3.2.1. Aprovechamiento forestal

El aprovechamiento forestal es la extracción de productos de un bosque y comprende desde la obtención hasta el momento de su transformación. Esta actividad económica está incluida en la Constitución Política como parte de la *seguridad alimentaria del Estado*,²⁵ lo cual debe sopesarse con los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que ha establecido que la explotación maderera indiscriminada, con o sin autorización estatal, atenta contra el ecosistema, ocasiona la extinción de numerosas especies de flora y fauna, altera los ciclos hidrológicos y climáticos de vastas regiones y agota los recursos primarios de las comunidades.²⁶

Sin embargo, en Colombia no existe una ordenación forestal medianamente persistente. Según Leyva,²⁷ el mayor porcentaje de madera para satisfa-

²⁴ Juan Carlos Ucrós. *Breve historia y situación actual del patrimonio forestal colombiano...*, op. cit.

²⁵ Colombia, Constitución Política, art. 65: "La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras".

²⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁷ Pablo Leyva (Ed.). *El medio ambiente en Colombia*. Bogotá: Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos, 2001.

cer la demanda nacional proviene del bosque natural (75%), mientras que de los bosques plantados solo se extrae el 25%. De la información sobre permisos de movilización que se han otorgado, se sabe que el 63% de la madera para el consumo proviene de la región Pacífica, el 20% de la zona Andina, el 9% de la Amazonia, y el 4% del Caribe y la Orinoquía cada una. La tabla 1 muestra el consolidado de la tasa de deforestación para el período 1998-2004; según las cifras presentadas en la tabla, anualmente se explotan entre 93.000 y 220.000 ha de bosque naturales y plantados.

Tabla 1. Tasas de deforestación en Colombia

Autor y fecha	Año	Metodología o referencia del dato	Tasa (miles de ha por año)
IDEAM, 1998. <i>El medio ambiente en Colombia</i> ; IDEAM, 2001. <i>Primera comunicación nacional</i> .	1998	Clasificación visual imágenes Landsat TM 1986-1994	93
IGAC, 2002. <i>Cobertura y uso actual de las tierras</i> , en Minambiente 2003	2002	Ventanas de análisis y cartografía temática de conflictos en uso	221
DNP, 2003. <i>Documento Conpes 3218</i>	2003	Presenta 1.700.000 ha desforestadas por ilícitos, más 500.000 por explotación antieconómica de productos del bosque en los últimos diez años	220
IDEAM, 2004. <i>Mapa de coberturas del territorio</i>	2004	Clasificación visual imágenes Landsat TM 1994-2001	101

Fuente: Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos. *Informe anual sobre el estado del ambiente y los recursos naturales renovables en Colombia*. Bogotá: Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos, 2004, p. 70.

3.2.1.1. *Ilegalidad del aprovechamiento forestal*

Según Motta,²⁸ el 42% de la madera que se consume en el país proveniente de bosque natural o plantado se explota de manera informal o ilegal. Esta cifra es aún más preocupante si se tiene en cuenta que alrededor del 75% de la explotación proviene de BN, es decir, bosques que hasta ese momento no habían sufrido intervención antrópica y que alojan invaluable recursos ecológicos. Sin embargo, en la práctica, las cifras exactas de explotación forestal ilegal son

²⁸ María Teresa Motta. *Régimen de aprovechamiento del bosque natural y sistema de tasas forestales*. Bogotá: PNUD-DNP 1992.

difíciles de determinar debido a que se desarrolla en la clandestinidad. Con base en estudios realizados hasta la fecha, la tabla 2 presenta la explotación forestal en Colombia y su margen de ilegalidad. Se advierte que, al no existir en el país un sistema efectivo de ordenamiento forestal ni un inventario claro del recurso, los valores consignados en la tabla son relativos.²⁹

Tabla 2. Caso hipotético de la explotación forestal en Colombia

Total de ha deforestadas al año	100.000 ha
Total comercio legal (58%)	58.000 ha
Bosque natural (75%)	43.500 ha
Bosque plantado (25%)	14.500 ha
Total comercio ilegal (42%)	42.000 ha
Bosque natural (75%)	31.500 ha
Bosque plantado (25%)	10.500 ha

Fuente: elaboración propia con base en María Teresa Motta. *Régimen de aprovechamiento del bosque natural y sistema de tasas forestales*. Bogotá: PNUD-DNP, 1992; Pablo Leyva (Ed.). *El medio ambiente en Colombia...*, *op. cit.*; Colombia, Contraloría General de la República. *Estado de los Recursos Naturales 2004-2005*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2005, p. 13.

3.2.2. Incendios forestales

La alta diversidad biológica, la sostenibilidad de los recursos agua y suelo, al igual que algunas actividades humanas son afectadas por la ocurrencia de incendios de coberturas vegetales en Colombia. Este fenómeno es recurrente en gran parte del país, en especial durante los períodos secos prolongados en los cuales los ecosistemas tropicales húmedos y muy húmedos disminuyen el contenido de humedad superficial e interior, predisponiéndolos a niveles de susceptibilidad y amenaza de combustión de la biomasa vegetal que los

²⁹ Sólo en el departamento del Amazonas, la Contraloría Departamental reportó que en el 2005, debido a la ocupación de áreas de importancia ambiental, se presentaron procesos de transformación y fragmentación de los bosques naturales por colonización, asentamientos, cultivos ilícitos en un área de cinco mil doscientas hectáreas.

componen.³⁰ Cabe mencionar que según la normatividad ambiental la quema de BN está prohibida.³¹

De acuerdo con los datos del Sistema de Información Ambiental (SIAC),³² en Colombia existe una cultura generalizada de uso del fuego en diferentes actividades desarrolladas por las comunidades, algunas de las cuales están asociadas con la preparación de los terrenos agrícolas o para ampliar áreas con fines productivos. Las quemas con fines agrícolas casi siempre conllevan alto riesgo de incendios, en razón de las escasas medidas preventivas adoptadas por los usuarios de la tierra. Los incendios que escapan al control y consumen coberturas no destinadas a arder afectan especialmente a los bosques nativos, bosques plantados, páramos y sabanas, ya que los procesos de desmonte, roza y quema ocurren en sitios circundantes a ellos. La mayoría de los incendios son causados por actividades con fines productivos, recreativos y de caza, en muy pocos casos se deben a agentes de orden natural, como las tormentas eléctricas secas.

Según registros del SIAC,³³ los incendios de la cobertura vegetal en Colombia son recurrentes durante los períodos secos del año y tanto el área como la frecuencia de afectación tienden a aumentar significativamente, en especial en la región Andina, donde se ven afectados los páramos, los bosques húmedos andinos y las áreas de plantaciones forestales, con causalidades asociadas a las necesidades de expansión y a deficiencias en la educación ambiental de la población. De manera particular se resalta el rango superior que alcanzan las coberturas vegetales en esta región, que fluctúa entre los tres mil y los cuatro mil metros sobre el nivel del mar; a escala global, son los eventos de fuego reportados a mayor altura y pueden ser catalogados como incendios de alta montaña. La tabla 3 compara las hectáreas de bosques destruidas por incen-

³⁰ Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos, Sistema de información ambiental SIAC. *Perfil del estado de los recursos naturales*, t. III. Bogotá: Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos, Julio de 2002, pp. 333 y ss.

³¹ Colombia, Decreto 948 de 1995, art. 28: “Quema de bosque y vegetación protectora. Queda prohibida la quema de bosque natural y de vegetación natural protectora en todo el territorio nacional”.

³² Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos. Sistema de información ambiental SIAC. *Perfil del estado de los recursos naturales...*, op. cit., pp. 333 y ss.

³³ *Ibidem*.

dios forestales durante el período 2001-2003. Durante el 2009 se quemaron 10.648 ha, de las cuales el 91,49% (9.770 ha) son bosque denso nativo.³⁴

Tabla 3. Alteración en hectáreas de la cobertura vegetal por incendios forestales

Tipo de cobertura	2001	2002	2003
Coberturas boscosas	10.201	2.761	1.691
Páramos	1.752	3.312	1
Sabanas y/o pastizales	11.099	56.946	944
Agroecosistemas	26	854	24
Plantaciones	199	92	318
Sin definir	72.772	2.806	9.589
Total cobertura vegetal	96.050	66.770	12,567

Fuente: Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos, Sistema de Información Ambiental SIAC. *Perfil del estado de los recursos naturales...*, op. cit.

3.2.3. Conversión ilegal de bosques a agrosistemas

Según el IDEAM,³⁵ si bien es cierto que los aprovechamientos forestales conducen al empobrecimiento de los BN o al agotamiento local de algunas especies, también debe notarse que los impactos adversos son poco significativos si se comparan con la conversión de bosques a agrosistemas.³⁶

En el caso de la conversión de bosques a otros tipos de uso de la tierra, debe señalarse que no solo se degradan los ecosistemas forestales, sino que literalmente se pierden todos los recursos, hecho que limita las opciones actuales y futuras para satisfacer las crecientes y continuas demandas de bienes, servicios y productos que la sociedad necesita para su bienestar. Según el IDEAM,³⁷ entre en 1986 y 1996 los agroecosistemas pasaron de 8.456 ha a 866.355 ha,

³⁴ Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres. Disponible en: http://www.sigpad.gov.co/alertas_detalle.aspx?id=171. Noviembre de 2009.

³⁵ Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos, Sistema de Información Ambiental SIAC. *Perfil del estado de los recursos naturales...*, op. cit., pp. 218 y ss.

³⁶ Se entiende por agroecosistema el área que ha sido intervenida con el fin de desarrollar procesos de producción agrícola y pecuaria. La intervención se inicia con la eliminación de las coberturas vegetales originales y la alteración de los ciclos naturales.

³⁷ Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos, Sistema de Información Ambiental SIAC. *Perfil del estado de los recursos naturales...*, op. cit., pp. 174 y ss.

aproximadamente. Se estima que cada año se deforestan entre 150.000 y 250.000 ha de BN para convertirlas, principalmente, en zonas de ganadería.³⁸

3.2.4 Los cultivos ilícitos

Durante los últimos diez años en Colombia han sido arrasadas casi dos millones de hectáreas para el establecimiento de cultivos ilícitos.³⁹ Según Ortiz,⁴⁰ la primera consecuencia de la implantación de cultivos ilícitos sobre los ecosistemas es la deforestación y sus efectos sobre el régimen de aguas y la biodiversidad. Los efectos son diferentes de acuerdo con el cultivo establecido y el ecosistema afectado.

Según un informe de las Naciones Unidas,⁴¹ de las hectáreas de coca registradas en 2007, el 16% del área sembrada reemplazó bosques primarios; por tanto, pueden considerarse “nuevos cultivos” en ese lapso. Lo anterior significa que tan solo en 2007 se arrasaron dieciséis mil hectáreas de bosque natural, sin incluir las afectaciones de otros cultivos ilícitos. Con respecto a los cultivos de amapola, “afectan los bosques altoandinos hasta alturas cercanas a los 3.100 msnm, los cuales cumplen un papel crucial en la oferta de bienes y servicios ambientales principalmente en relación con el recurso hídrico”.⁴²

En cuanto al impacto de los cultivos ilícitos en las áreas protegidas, constituidas en su mayoría por BN, en 2007 se encontraron cultivos de coca en dieciséis de los cincuenta y un parques nacionales naturales colombianos. Para el mismo año, el área cultivada con coca (3.770 ha) representaba el 0,02% del área total de los parques nacionales naturales y el 4% del área total sembrada en el país. Entre 2006 y 2007 el cultivo de coca creció 6% en los parques naturales, incremento debido, principalmente, al aumento de cultivos en los parques Nukak (+591 ha), Paramillo (+184 ha o +78%) y Munchique (+49 ha). En la

³⁸ C. McAlpine; A. Etter; P.M. Fearnside; L. Seabrook; W.F. Laurance. “Increasing world consumption of beef as a driver of regional and global change...”, op. cit., pp. 21-33.

³⁹ Colombia, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Disponible en: <http://www.minambiente.gov.co/contenido/contenido.aspx?conID=1968&catID=672> Noviembre de 2009.

⁴⁰ C. Ortiz. “La estrategia del programa de desarrollo alternativo en Colombia”. En: *Memorias del Foro Cultivos Ilícitos en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2000.

⁴¹ Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito. *Colombia: Censo de cultivos de coca 2007*. Bogotá: UNODC, 2008.

⁴² Naciones Unidas. *Censo de cultivos ilícitos en diciembre de 2002 & Estimado intercensal en julio de 2003*. Bogotá: Oficina para las Drogas y el Crimen, 2003.

mayoría de los parques naturales restantes, el cultivo de coca disminuyó. Por primera vez se vieron afectados los parques El Tuparro, Sanquianga y Utría.⁴³

Finalmente, el efecto de la aspersión aérea con glifosato sobre los BN también es importante. Entidades públicas de control, como la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo, le han aconsejado en numerosas oportunidades al Gobierno la erradicación manual de cultivos como una estrategia alternativa a la fumigación con glifosato.⁴⁴ Cabe resaltar que esta política ha generado controversias que han sido llevadas a cortes internacionales por los países vecinos que se sienten afectados por la aspersión aérea de glifosato. Una de las principales críticas al Gobierno radica en que hace de juez y parte en el otorgamiento de los permisos ambientales y sanitarios del programa de erradicación, pues son el MAVDT (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) y el Ministerio de Protección Social los que otorgan los permisos y las licencias a la Dirección de Antinarcóticos, que depende del Ministerio de Defensa.

4. Derechos humanos afectados por el daño ambiental puro a los bosques naturales

En cuanto a los daños ambientales, se debe diferenciar entre daño ambiental puro (DAP) y perjuicio ambiental (PA). Por ejemplo, un vertimiento de petróleo en un río afecta varias zonas de su cauce. En este caso, los habitantes ribereños pueden invocar perjuicios individuales por la transgresión a sus derechos subjetivos, como el de la propiedad. Sin embargo, esta indemnización no cambia en nada el estado de las cosas con respecto a los recursos naturales afectados, los cuales no solo interesan a los ribereños, sino a toda la sociedad. Es decir, queda pendiente la reparación del daño al ambiente, que normalmente debe consistir en restablecer las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de producido el hecho. En este punto cobra importancia el DAP y su régimen de responsabilidad.

⁴³ Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito. *Colombia: Censo de cultivos de coca 2007...*, op. cit.

⁴⁴ Colombia, Contraloría General de la República. *Informe del estado de los recursos naturales y del ambiente 2005-2006...*, op. cit., presentación.

En el párrafo anterior se encuentran varias pistas para identificar los derechos humanos⁴⁵ relacionados. Entre ellas vemos que con el DAP no se afecta a una persona o a un grupo determinado de personas sino a un grupo indeterminado; además, no se busca la indemnización del grupo sino la reparación del medio ambiente. Al aplicar estos filtros, se reduce ostensiblemente el espectro de derechos y se llega a lo que la doctrina y la legislación han denominado derechos difusos o *derechos colectivos*.

Los derechos colectivos o difusos son derechos humanos específicos de los cuales son titulares ciertos grupos humanos,⁴⁶ y son parte de los llamados *derechos de tercera generación*, cuyo reconocimiento internacional fue posterior a la de los derechos civiles y políticos (primera generación) y a la de los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación).⁴⁷

La doctrina ha diferenciado entre los derechos colectivos y los derechos difusos.⁴⁸ Estos afectan a todos, pero no es posible determinar específicamente a quiénes; en contraste, aquellos tienden a referirse a grupos más específicos. Sin embargo, según la jurisprudencia colombiana estos dos conceptos son equivalentes y se conjugan en la denominación genérica de derechos colectivos.⁴⁹ A continuación se enuncian los derechos colectivos consagrados en el

⁴⁵ “Los derechos humanos son demandas de abstención o actuación, derivadas de la dignidad de la persona y reconocidas como legítimas por la comunidad internacional, siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado”. Guillermo Escobar. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Trama editorial, 2005.

⁴⁶ Agustín Grijalva. *Qué son los derechos colectivos*. Disponible en: <http://www.uasb.edu.ec/ciyb/ddhh/boletines/001/dcolect.html>, julio de 2007.

⁴⁷ Hoy se considera que todos los derechos humanos, sean estos civiles o políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

⁴⁸ nivelen el ámbito latinoamericano, y con una mayor incidencia después de la Declaración de Río de Janeiro, se le dio al ambiente y a los recursos naturales la connotación especial de necesarios para el ejercicio de todos los derechos del hombre. De esta manera se reconoció que la degradación del ambiente repercute en la dignidad y la calidad de vida de las personas, por lo cual se crearon varios derechos llamados derechos colectivos o difusos de tercera generación, como el del ambiente sano, el equilibrio ecológico, el desarrollo sostenible, la biodiversidad, el paisaje natural, la protección y recuperación del ambiente, entre otros, que fueron contemplados a través de diferentes constituciones, leyes y desarrollos jurisprudenciales en toda América Latina.

⁴⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera, Acción Popular 019 de 2000, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

ordenamiento jurídico colombiano que cobran relevancia en el tema del DAP de los BN.

4.1. Derecho humano al goce de un ambiente sano

Pese a que en el siglo XIX hubo algunas tentativas de desarrollo del derecho ambiental internacional (centrado en la conservación de la vida silvestre), solo a partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972 se reconoció explícitamente el derecho a un medio ambiente sano en un documento de derecho ambiental internacional. El Principio 1 de la Declaración de Estocolmo estableció una relación entre la protección ambiental y las normas de derechos humanos, al afirmar:

El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, igualdad y condiciones adecuadas de vida, en un ambiente con una calidad que le permita vivir con dignidad y bienestar; y, tiene la responsabilidad de mejorar y proteger el medio ambiente para las presentes y futuras generaciones.⁵⁰

A partir de este postulado, la gran mayoría de los países latinoamericanos, entre otros Argentina,⁵¹ Ecuador,⁵² Brasil,⁵³ Paraguay,⁵⁴ Venezuela,⁵⁵ Chile,⁵⁶ Costa Rica⁵⁷ y Colombia,⁵⁸ consagraron de manera explícita en sus constituciones políticas el derecho a un ambiente sano.

Sin duda, el estatus legal del medio ambiente sano como derecho humano varía según los sistemas. En el caso de Colombia, se considera como

⁵⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, reunida en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972. Principio 1.

⁵¹ Constitución de la Nación de Argentina de 1994, art. 41.

⁵² Constitución Política de Ecuador, art. 23.

⁵³ Constitución Política de Brasil, art. 5.º

⁵⁴ Constitución Política de Paraguay, art. 7.º

⁵⁵ Constitución Política de Venezuela, art. 127.

⁵⁶ Constitución Política de Chile, art. 19, num. 8.

⁵⁷ Constitución Política de Costa Rica, art. 50.

⁵⁸ Constitución Política de Colombia de 1991, art. 79.

un derecho humano colectivo que por el hecho de estar consagrado en la Constitución también es un derecho fundamental.⁵⁹

Una segunda posibilidad consiste en consagrar el derecho al goce de un ambiente sano como un derecho fundamental. Así ha ocurrido en diversos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos en desarrollo de la Declaración de Estocolmo, sobre todo a partir de 1980. Al respecto, la Organización de Estados Americanos incluyó el derecho al ambiente sano en el protocolo de San Salvador (art. 11).⁶⁰ En el marco de las Naciones Unidas, los instrumentos de derechos humanos se han quedado cortos en declarar un derecho fundamental al ambiente sano, pero hay referencias específicas, por ejemplo, en la Convención de Derechos del Niño.

En el caso particular de Colombia, la Corte Constitucional considera que el derecho al goce de un ambiente sano, se concibe como “un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permite su supervivencia biológica individual, lo cual le garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo en el medio social”.⁶¹ Conforme con lo anterior, este derecho, a pesar de estar considerado en la Carta Política como un derecho colectivo, también ha sido estimado como un derecho fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal con el objeto de ser amparado por la acción de tutela siempre que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.⁶²

Este derecho se ve afectado en la medida en que la destrucción de los BN afecta la estabilidad del clima, al alterar el régimen de lluvias, facilitando

⁵⁹ “Los derechos humanos reconocidos en la Constitución se denominan derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son aquellos derechos que el poder constituyente, máxima expresión jurídica de la soberanía popular, ha considerado los más importantes, los seleccionados para gozar del mayor nivel de garantía”. Guillermo Escobar. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos...*, *op. cit.*

⁶⁰ Organización de Estados Americanos. Protocolo de San Salvador. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. San Salvador: 17 de noviembre de 1988. Adoptado mediante la Ley 319 de 1996.

⁶¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-366 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶² A pesar de que el mecanismo estatuido para la protección del ambiente son las acciones populares, se esgrimen dos razones principales para la defensa del ambiente por la vía de la tutela: la conexidad lógica entre el derecho a gozar de un ambiente sano con los derechos fundamentales a la salud y a la vida, y cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, véase: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-67 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón; Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

el calentamiento de la superficie en temporadas de sequía y el proceso de desertización a causa de los efectos erosivos de la lluvia. También se afecta el hábitat y medio de vida de la biodiversidad terrestre. Finalmente, al ser los BN reguladores hídricos, con la eliminación de la cobertura boscosa se presentan derrumbes, avalanchas e inundaciones en épocas de lluvia y déficit de humedad en los períodos secos, fenómenos relacionados directamente con la deforestación. Lo anterior limita el conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y muchas veces hacen insostenible su supervivencia.

4.2. Derecho humano al equilibrio ecológico

Según la Ley del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de México, el equilibrio ecológico es la relación de interdependencia entre los elementos que conforman el ambiente que hace posible la existencia, transformación y desarrollo del hombre y demás seres vivos. En Colombia, el equilibrio ecológico está contemplado como derecho colectivo en el literal c del art. 4.º de la Ley 472 de 1998.⁶³ Según el art. 3.º del Decreto 622 de 1977, le corresponde al Sistema de Parques Naturales “mantener (...) el equilibrio ecológico mediante la conservación y protección de áreas naturales”.⁶⁴

Este derecho humano se ve afectado por la destrucción de los bosques naturales, puesto que no solo se arrasa con el hábitat y medio de vida de la biodiversidad presente en ellos, sino con los ecosistemas circunvecinos, al producirse aislamiento de poblaciones y rupturas en las cadenas alimenticias.

4.3. Derecho humano a la biodiversidad

La biodiversidad o diversidad biológica se define como “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos entre otros, los ecosistemas acuáticos, así como los complejos ecológicos de los que forman parte. Comprende la diversidad existente dentro de cada especie, entre las especies y de

⁶³ Colombia, Ley 472 de 1998. “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial*, núm. 43.357, 6 de agosto de 1998.

⁶⁴ Colombia, Decreto 622 de 1977. “Por el cual se reglamenta el Sistema de Parques Nacionales de Colombia”. En este Decreto se establece que el Inderena es la entidad encargada del manejo y la administración del Sistema de Parques Nacionales, correspondiéndole, entre otras funciones, la de reservar, alinear, regular, conservar, restaurar, controlar las diferentes áreas que integran el Sistema.

ecosistemas, como resultado de procesos naturales y culturales.⁶⁵ Dada su importancia, Colombia adoptó el Convenio sobre Biodiversidad Biológica⁶⁶ y la Decisión 391 de 1996 del Acuerdo de Cartagena.⁶⁷ Asimismo, la biodiversidad está contemplada implícitamente como derecho colectivo en el literal c del art. 4.º de la Ley 472 de 1998, al referirse a la conservación de las especies animales y vegetales y la protección de las áreas de especial importancia ecológica.

La biodiversidad reviste gran importancia por los servicios ambientales que se derivan de ella y por sus múltiples usos: nuestra alimentación proviene de la diversidad biológica, los combustibles fósiles son subproducto de ella, las fibras naturales también.⁶⁸ Con la destrucción de los BN se afecta la biodiversidad no solo de las especies vegetales sino de los organismos que habitan en ellos; el conocimiento y aporte a la ciencia y a la tecnología que puede ofrecer su patrimonio genético también se ven afectados, pues, como se mencionó, los BN tropicales albergan gran biodiversidad aún desconocida por la humanidad.

4.4. Derecho humano al paisaje natural

Según Mateo,⁶⁹ las características propias del paisaje son tres: estabilidad, visualización y utilidad. En cuanto al elemento estabilidad, el autor comenta que el paisaje es estable, por lo menos por un período, hasta que haya una intervención de origen antrópico. La visualización del paisaje se refiere a lo que se percibe con la vista, aunque también puede ser detectado por otros sentidos, como el olor de las flores, la brisa que acaricia los árboles, el rumor de las olas. Por último, el paisaje es un recurso natural, en el sentido de que es suministrado por la naturaleza, es escaso y proporciona satisfacción a quien

⁶⁵ Decisión Andina núm. 391 del 2 de julio de 1996. Comisión del Acuerdo de Cartagena, la cual reglamenta lo concerniente al acceso a los recursos genéticos. Art. 1.º

⁶⁶ Convenio sobre Diversidad Biológica. Aprobado por Colombia mediante la Ley 165 de 1994 y declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-519 de noviembre 21 de 1994.

⁶⁷ Decisión Andina núm. 391 del 2 de julio de 1996. Comisión del Acuerdo de Cartagena, la cual reglamenta lo concerniente al acceso a los recursos genéticos.

⁶⁸ Colombia es reconocida como una de las cinco naciones megadiversas del mundo. Con una superficie continental de 113.997.765 ha, 0,8% del área terrestre del mundo, alberga aproximadamente 15% de las especies terrestres conocidas. Esto hace de Colombia uno de los países con la concentración más alta de especies por unidad de área. Además, es el país con mayor número de especies de pájaros y anfibios en el mundo y está en las primeras posiciones de países ricos en plantas vasculares y vertebrados.

⁶⁹ Martín Ramón Mateo. *Tratado de derecho ambiental*, vol. III. Madrid: Editorial Trivium, 1997, pp. 505-507.

lo perciben. La utilidad tiene que ver con los beneficios proporcionados por el paisaje, que pueden ser exclusivamente extraeconómicos, consistentes en el mero placer estético, en la sensación de equilibrio, de calma y felicidad, en la satisfacción lúdica asociada a la contemplación de la belleza, o a las emociones suscitadas por las referencias culturales.

Uno de los primeros instrumentos internacionales de protección a los paisajes fue la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, suscrito en la ciudad de Washington el 12 de octubre de 1940. En Colombia, el paisaje natural está contemplado implícitamente como derecho colectivo en el literal m del art. 4.º de la Ley 472 de 1998, al referirse a “la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes”; además, cuando en el literal c se refiere al “manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible”.

Según el art. 303 del Decreto 2811 de 1974, para la preservación del paisaje le corresponde a la administración: a. Determinar las zonas o lugares en los cuales se prohibirá la construcción de obras; b. Prohibir la tala o la siembra o la alteración de la configuración de lugares de paisajes que merezca protección; c. Fijar límites de altura o determinar estilos para preservar la uniformidad estética o histórica, y d. Tomar las demás medidas que correspondan por ley o reglamento. La destrucción de los BN elimina toda posibilidad de disfrute, admiración y contemplación del paisaje natural que nos ofrece en las facetas de estabilidad, visualización y utilidad.

4.5. Derecho humano a la preservación y restauración del ambiente

La preservación y restauración del ambiente están contempladas como derechos colectivos en el literal c del art. 4.º de la Ley 472 de 1998. Estos derechos involucran un ejercicio activo por parte del Estado representado por las autoridades ambientales para que, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, prevenga, inspeccione, vigile y controle el acatamiento de la normatividad ambiental existente. Con esto, el Estado garantiza a los ciudadanos que, además de que se preserve el ambiente, se obliga al infractor o delincuente ecológico a restaurarlo en caso de que se le infrinja un daño. Si el Estado omite sus funciones frente a la preservación y restauración del ambiente, po-

dría ver comprometida su responsabilidad cuando los ciudadanos o entes de control inicien recursos jurisdiccionales tendientes a la reparación del DAP.⁷⁰

En el caso específico de los bosque naturales, el decreto que estableció el régimen de aprovechamiento forestal⁷¹ estipuló que los usos a los que se puede destinar el recurso forestal deben ceñirse a prioridades de conservación y protección tanto de los BN como de la flora silvestre mediante la declaración de reservas en aquellas regiones donde sea imprescindible adelantar programas de restauración de recursos. Esta norma además estipuló la obligación de adoptar medidas de restauración en los casos en que se pretenda adelantar aprovechamientos forestales o de productos de la flora silvestre.

A pesar de todas estas consagraciones constitucionales y legales que estipulan las funciones del Estado frente al daño ambiental, este, representado por las autoridades ambientales, se ha mostrado como un espectador más frente a la destrucción de los BN por las cuatro causas mencionadas en el numeral 3.2 de este capítulo. Son muy pocas las sanciones administrativas impuestas por los daños a los BN, y entre las pocas que se imponen, la mayoría no conminan a la reparación del daño.

4.6. Derecho humano al desarrollo sostenible

El desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.⁷² Según el principio I de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, “los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible”.⁷³ De igual forma, el art. 2.º del Convenio sobre la Diversidad Biológica define

⁷⁰ La Constitución Política de Colombia consagró las acciones populares y de grupo como mecanismos de protección de los derechos e intereses colectivos; como complemento, la Ley 472 de 1998 reglamentó estas acciones y permitió que los particulares puedan solicitar la restauración de los recursos naturales y del medio ambiente.

⁷¹ Colombia, Decreto 2278 de 1953.

⁷² Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo. Comisión “Buntland”, 1987.

⁷³ En la Declaración de Río de 1992 existen varias alusiones al concepto de desarrollo sostenible. Por ejemplo, el principio 4 establece que “a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”; y el principio 8 se menciona que “para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas”.

como utilización sostenible “la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras”.

Además de estar incorporado formalmente en tratados internacionales y en el art. 80 de la Carta Política como un principio, el concepto desarrollo sostenible también está contemplado como derecho colectivo en el literal c del art. 4.º de la Ley 472 de 1998, por lo cual adquiere la categoría de derecho humano invocable a través de las acciones populares en caso de ser vulnerado.

Cabe resaltar que cuando se destruye un bosque natural, así sea por un fin económico, no hay lugar a que se le incluya en el marco del derecho humano al desarrollo sostenible puesto que, en palabras de la Corte Constitucional, “la explotación maderera indiscriminada, con o sin autorización estatal, atenta contra el ecosistema, ocasionando la extinción de numerosas especies de flora y fauna, alterando los ciclos hidrológicos y climáticos de vastas regiones y agotando los recursos primarios de las comunidades”.⁷⁴ Por tanto, no se puede hablar de sostenibilidad cuando no se puede aprovechar el recurso después de su explotación.

4.7. Derecho humano a la protección de zonas ecológicas especiales

Las zonas ecológicas especiales son espacios del territorio de cada país donde existen recursos o elementos naturales –como especies vegetales y animales, condiciones geomorfológicas y hábitat, entre otros– de especial interés ecológico o escénico, que relevantes para la ciencia, la educación y la recreación. Según la categoría correspondiente, estas zonas deben ser sometidas a un régimen especial para su conservación y manejo.

La Constitución Política⁷⁵ establece la obligación del Estado de conservar las áreas de especial importancia ecológica. Además, la protección de zonas ecológicas está contemplada expresamente como derecho colectivo en el literal c del artículo 4.º de la Ley 472 de 1998. En Colombia, el deber estatal de conservar dichas áreas supone el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en zonas de selva húmeda tropical (art. 79) y en los terri-

⁷⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁵ Colombia, Constitución Política de 1991, Art. 79.

torios indígenas (art. 330), diferente al concedido a la explotación de recursos naturales en otras áreas, siempre bajo el parámetro del desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución.

Dada su importancia ecológica, es preocupante encontrar que cada año se destruyen miles de hectáreas de bosques en las áreas del sistema de parques naturales debido principalmente a la implantación de cultivos ilícitos y a la presión de los sistemas agroecológicos. En el país, dada la gran extensión de estas áreas y a la poca presencia del Estado en ellas, resulta relativamente sencillo expandir los cultivos legales e ilegales en su interior. Por tanto, la obligación del Estado, es decir, proteger la biodiversidad contenida en las áreas del sistema de parques naturales, en la mayoría de los casos solo se refleja en las normas promulgadas para su declaración.

5. Mecanismos de reparación del daño ambiental puro de los bosques naturales

5.1. En virtud de la obligación del Estado de exigir la reparación de los daños ambientales

Con respecto al DAP, el Estado colombiano tiene cuatro deberes constitucionales: la prevención, la mitigación, la indemnización y la punición.⁷⁶ En este sentido, el primer llamado a exigir la reparación del DAP es el Estado, de acuerdo con el inciso 2.º del art. 80 constitucional. Esta tarea debe ser llevada a cabo por las autoridades ambientales, bien sea dentro del proceso sancionatorio ambiental, al imponer la obligación de reparar el daño,⁷⁷ o bien al constituirse parte civil de los procesos penales por delitos ecológicos que ventilan intereses ambientales que están bajo su tutela. A continuación se presenta la acción del Estado frente a las cuatro causas de daños ambientales puros a los BN de Colombia.

⁷⁶ Leonardo Güiza. "Efectividad de los instrumentos administrativos de sanción y exigencia de la reparación del daño ambiental en Colombia". En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.

⁷⁷ Además de estar en la Constitución, la obligación de las autoridades ambientales de exigir la reparación de los daños ambientales se encuentra prescrita en las siguientes normas: Ley 1333 de 2009, art. 31 y art. 40, parágrafo 1.º; Ley 99 de 1993, art. 31, num. 17 y art. 85.

5.1.1. Aprovechamiento forestal ilegal

De acuerdo con la información suministrada por las autoridades ambientales a la Defensoría del Pueblo,⁷⁸ del total de las sanciones ambientales impuestas entre 2004-2006, el 13% corresponde a conductas de tala ilegal de bosques. Estos datos reflejan que al año se imponen cerca de trescientas sanciones por este concepto en todo el territorio nacional, cifra extremadamente inferior, pues no alcanza a ser una sanción diaria por persona en todo el territorio, pese a los altos índices de ilegalidad relacionada con la extracción forestal en el país.

Es destacable que pese al deber de las autoridades ambientales de incluir en la sanción administrativa la obligación de reparar el daño causado, esta solo se incluyó en el 14% de los casos de deforestación ilegal; es decir, el 86% de las sanciones no hacen referencia a reparación de daños causados por esta conducta.

5.1.2. Incendios forestales

Según la Defensoría del Pueblo,⁷⁹ del total de las sanciones ambientales en el período 2004-2006, el 1% fueron impuestas por incendios forestales sin los debidos permisos. Solo se sancionaron veintidós infractores al año por este concepto; de ella el 55% incluyeron la obligación de reparar el daño causado.

5.1.3. Conversión ilegal de bosques a agrosistemas

Del total de las sanciones ambientales entre 2004 y 2006, el 1% fueron impuestas por conversión ilegal de bosques a tierras agropecuarias; es decir, se sancionaron veintidós infractores al año por este concepto. De estas sanciones, solo el 23% incluyeron la obligación de reparar el daño causado.⁸⁰

5.1.4. Cultivos ilícitos

Con respecto a la actuación de las autoridades ambientales,⁸¹ entre 2004 y 2006 no se impuso ninguna sanción administrativa por este concepto; además, no se remitió ningún informe, proceso o expediente a la Fiscalía General de

⁷⁸ Información suministrada por las autoridades ambientales a través de solicitud hecha por la Defensoría del Pueblo, Delegada de Derechos Colectivos y Ambiente, entre 2006 y 2007.

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

la Nación para que se investigaran las conductas que se configurarían, seguramente, como un delito ecológico.

5.2. En virtud del principio de solidaridad ejercido por los ciudadanos a través de las acciones populares

El mecanismo constitucional de la acción popular les permite a los particulares requerir la reparación de los daños ambientales puros. Según el Consejo de Estado,⁸² las acciones populares consagradas en el inciso 1.º del art. 88 de la Constitución Política, y reglamentadas por la Ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. Adicional a su carácter preventivo, las acciones populares están contempladas para hacer restituir las cosas a su estado anterior cuando sea posible,⁸³ con lo cual se abre la posibilidad de buscar la reparación de los daños causados cuando se afectan intereses colectivos. En este orden de ideas, la protección del ambiente a través de las acciones populares se muestra como un objeto de actuación pública y ciudadana que se materializa en el deber del Estado y en la solidaridad de los ciudadanos de procurar el cuidado integral del ambiente y la protección de los derechos colectivos de carácter ambiental ya enunciados.

Además de que la preservación y restauración del ambiente es un derecho colectivo en sí mismo, en la ley que regula estas acciones⁸⁴ se establece que la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá:

Condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible.
(...)

⁸² Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Acción Popular de 2003, radicación: 25000-23-25-000-2002-00977-01, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁸³ Colombia, Ley 472 de 1998, art. 2.º

⁸⁴ Colombia, Ley 472 de 1998, art. 34.

La condena al pago de los perjuicios se hará “in genere” y se liquidará en el incidente previsto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil;

(...)

En caso de daño a los recursos naturales el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización.⁸⁵

Por tanto, no cabe duda de que los daños ambientales puros, incluidos los daños a los BN, pueden y deben ser reparados a petición de los legitimados en causa para interponer la acción popular en representación de la colectividad a través de este instrumento de protección de los derechos colectivos conforme a lo establecido por la Ley 472 de 1998.

En cuanto a la manera de cuantificar el resarcimiento del daño, según la doctrina y la jurisprudencia, el daño debe ser reparado plenamente, es decir, con la intención de dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de producirse el daño. Al respecto, la Corte Constitucional mencionó: “El resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”.⁸⁶

De no ser posible volver a dejar las cosas en su estado anterior, debido el carácter irremediable del daño ambiental, pese a la expresión de la Ley 472 “hacer restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”, el juez está en la obligación de exigir una indemnización monetaria que guarde correspondencia directa con la magnitud del daño causado y de aplicar el *estándar mínimo de daño*, pues, probada la existencia del daño en el proceso, no se requiere probar su cuantía para que la responsabilidad sea declarada. Como lo ha afirmado la jurisprudencia colombiana: “Una cosa es la ausencia de prueba del perjuicio, y otra es la falta de los elementos para hacer su tasación”.⁸⁷ En el caso de que se pruebe el daño pero que sea difícil, por no decir imposible, probar su cuantía, se puede aplicar el *estándar mínimo de daño*.⁸⁸

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁸⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Acción Popular de 1993, expediente 6144. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

⁸⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Acción Popular de 1996, expediente 10805. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Sin embargo, en ningún caso se puede exigir a la persona que ocasionó el daño que, además de volver a dejar las cosas en su estado anterior, pague una indemnización adicional por este hecho, debido a que en Colombia el objeto de la responsabilidad no es castigar al responsable, sino indemnizar a la víctima, en este caso la sociedad, hasta por la proporción equivalente al daño sufrido.

En la práctica son muy pocas las acciones populares falladas por daños a los BN. A continuación se mencionan algunos aspectos relevantes de la revisión de cada una de ellas:⁸⁹

1. A pesar de haberse demostrado el daño ambiental a los BN, se negaron las pretensiones con el argumento de que las autoridades ambientales habían iniciado procesos sancionatorios.⁹⁰
2. El proceso de regeneración natural de los BN por el paso del tiempo subsana la vulneración de los derechos colectivos afectados.⁹¹
3. La deforestación de la ronda hídrica es una causa de deterioro de las cuencas hidrográficas. Al respecto, las autoridades deben actuar pues existen deberes objetivos que así lo indican.⁹²

⁸⁹ Esta información fue consultada a través del registro de acciones populares y de grupo que lleva a cabo la Defensoría del Pueblo, 1 abril de 2010.

⁹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Acción Popular de 2007, radicación núm. 1582. “Luego de la denuncia ciudadana las autoridades de policía se dirigieron al lugar de los hechos y encontraron que se venía desarrollando en la mencionada vereda labores de construcción sin contar con licencia ambiental, por lo cual fue notificada la CAR, que a su vez emitió la resolución sancionatoria, por lo mismo, al enviar el Tribunal un inspector judicial, no encontró ninguna situación que vulnerara los derechos colectivos. De lo anterior la Sala concluye que las autoridades fueron diligentes, por tanto, se confirma la negativa del tribunal”.

⁹¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Acción Popular de 2003, radicación núm. 1511. “Gracias a las fotografías aportadas en la contestación de la demanda se aprecia la reforestación del talud del río, aspecto de regeneración de la zona explotada, el proceso de restauración de la escombrera, regeneración del suelo, lo que desvirtúa lo afirmado por el demandante”.

⁹² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Acción Popular de 2002, radicación núm. 2854. “Las autoridades administrativas demandadas tienen deberes sobre la protección de las cuencas y de sus aguas. Por lo tanto, enfrentando los deberes administrativos objetivos para esas autoridades con la realidad fáctica probada se concluye que aunque ellas han efectuado actividades tendientes a la construcción de un sistema de irrigación en el municipio, para lograr que las veredas de la parte baja de la quebrada tengan acceso y puedan aprovechar el recurso hídrico, no han adelantado las acciones pertinentes para evitar el deterioro, el manejo inadecuado y el uso irracional de dicha fuente hídrica. Por lo tanto se accederá a las pretensiones de la demanda”.

4. La práctica indebida de la tala y quema en los linderos del bosque y dentro de él pone en grave peligro el equilibrio del ecosistema e incrementa el deterioro de las fuentes hídricas.⁹³

Lo anterior deja claro que en sus fallos los jueces y magistrados de la República deben promover una mejor conciencia de lo que significan estos impactos ambientales. Por ejemplo, sería catastrófico para los derechos humanos relacionados con la degradación de los BN que se siga negando su amparo por el simple hecho de que los bosques se han regenerado a través de los procesos de sucesión natural, teniendo en cuenta que ningún proceso de este tipo, en un corto período de tiempo y por sí solo, puede llegar a restablecer los valores ambientales que portaban antes de su destrucción. Por otra parte, es evidente la poca participación ciudadana frente a este tipo de daños naturales, pese a su gran dimensión en el país. Según el registro de la Defensoría del Pueblo, tan sólo cinco acciones populares se han fallado sobre este tema desde la proclamación de la Ley 472 de 1998.

6. Responsabilidad del Estado por la omisión o cumplimiento parcial en el deber de exigir la reparación de los daños ambientales

Cuando el Estado omite o cumple deficiente o parcialmente su deber de exigir la reparación de los daños ambientales, incluidos los causados a los BN, se pueden producir dos consecuencias: por una parte, perjuicios ambientales que afectan derechos individuales de personas determinadas; por otra, daños ambientales puros que afectan derechos colectivos de personas indeterminadas.

Al respecto, cabe anotar que la indemnización a particulares no siempre implica la reparación del DAP y viceversa, por lo cual, se puede presentar de forma concomitante una reparación del DAP y una indemnización de los perjuicios causados sin que se incurra en una reparación punitiva o con la intención de sancionar una conducta, pues simplemente se exige la reparación de los daños causados en dos ámbitos diferentes: uno personal y otro colectivo.

⁹³ Juzgado Civil del Circuito De Líbano, Tolima, Acción Popular De 2002, radicación núm. 3392. “La práctica indebida de la tala y quema en los linderos del bosque y dentro de él, ha generado una reducción sistemática del área de ubicación del bosque, colocando en grave peligro el equilibrio del ecosistema, la pérdida de cobertura boscosa conlleva al deterioro de las fuentes hídricas en detrimento del caudal de los ríos que a su vez alimentan el río Grande de la Magdalena y el acueducto de varios municipios vecinos”.

Con respecto a los perjuicios ambientales (ámbito personal), la responsabilidad del Estado por esta conducta está consagrada en el art. 90 de la Constitución Política, en el cual se dispone que este “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas”. Este precepto constitucional se complementa con el art. 16 de la Ley 23 de 1973, que establece que el “Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generan contaminación o detrimento del medio ambiente”. En este sentido, se estipula una cláusula general de responsabilidad del Estado, cuya aplicación se determina por la configuración de dos requisitos: la existencia de un daño antijurídico y que este sea imputable a la acción u omisión de una autoridad pública.

En este orden de ideas, la noción de daño antijurídico sólo se puede aplicar a los perjuicios individuales (ámbito personal), pues la jurisprudencia⁹⁴ ha insistido en que este se define como aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar.⁹⁵ Por tanto, el DAP no causa lesiones patrimoniales o extrapatrimoniales en el ámbito colectivo (puesto que son cubiertas en el ámbito individual); además, afecta al interés colectivo de un grupo indeterminado de personas que no puede ser dividido y cuantificado para cada uno de sus integrantes. Lo anterior no significa que los daños a los intereses o derechos colectivos causados por la omisión o el cumplimiento deficiente de los deberes del Estado referidos a la exigencia de reparación de los daños ambientales queden impunes, puesto que para ello existe la acción popular de carácter reparatorio reglamentada por la Ley 472 de 1998.

⁹⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-100 de 2001, M.P. María Victoria Sánchez Méndez.

⁹⁵ Para resarcir un daño ocasionado por una omisión de una autoridad pública, la persona interesada dispone de la acción de reparación directa, conforme al art. 86 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el art. 31 de la Ley 446 de 1998; aun así habría que analizarse si tal acción es procedente ante el tiempo transcurrido, ya que la caducidad de esta acción es de dos años contados a partir del día siguiente a la omisión. Si el daño proviene de un acto administrativo que contempla un cumplimiento parcial, la persona interesada dispone de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al art. 85 del Código Contencioso Administrativo.

Cabe resaltar que en torno al ámbito colectivo de los daños ambientales, el objeto de la acción popular debe estar dirigido a la reparación del daño *in natura*, es decir, volver las cosas al estado inmediatamente anterior de producirse el daño, entre otras cosas porque así lo determina la Ley 472 de 1998, según la cual en la sentencia a favor de las acciones populares de carácter reparatorio se debe “exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible”, y en el caso de daños a los recursos naturales “el juez procurará asegurar la restauración del área afectada”.⁹⁶

En cuanto a la utilización de la acción popular para exigir la indemnización de perjuicios ambientales (ámbito personal del daño), la jurisprudencia ha establecido que, aunque las acciones populares se encaminen a la protección y amparo judicial de intereses y derechos colectivos,

no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos: para estos últimos fines el constituyente erigió el instituto de las acciones de grupo o de clase y conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual la acción de tutela si se presenta la violación de los derechos constitucionales, como en este caso lo propone el peticionario.⁹⁷

Finalmente, para el caso del DAP, todos los titulares mencionados en el art. 12 de la Ley 472 de 1998 están legitimados para exigir su reparación, y según el art. 14 de la misma ley, se puede dirigir contra toda autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo.

⁹⁶ Colombia, Ley 472 de 1998, art. 34. –Sentencia: “La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. (...) En caso de daño a los recursos naturales el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización”.

⁹⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-528 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz.

Conclusiones

Los BN representan un activo de valor no solo para el Estado en el cual se encuentran sino para toda la humanidad. Su importancia radica en que permiten la estabilidad y regulación del clima, albergan la biodiversidad y son fuente de bienes y servicios para el hombre.

Pese a su importancia, el panorama de destrucción de los BN en Colombia es desalentador. Hasta el año 2000, aproximadamente cuarenta millones de hectáreas de bosque natural habían sido destruidas por diferentes causas: cuarenta y dos mil hectáreas de BN perdidas cada año por el aprovechamiento forestal ilegal; más de diez millones de hectáreas de BN arrasadas en los últimos diez años por la siembra de cultivos ilícitos; un promedio de cinco mil hectáreas de BN destruidas cada año por incendios forestales; finalmente, entre ciento cincuenta mil y doscientas cincuenta mil hectáreas de BN devastadas cada año por la conversión de bosques a tierras agropecuarias, principalmente para producción ganadera.

Apoyado en los escasos estudios científicos existentes, en las estadísticas de las entidades de control y en la aplicación de la dogmática jurídica, este capítulo ha mostrado la escasa aplicación de los mecanismos jurídicos de reparación de los daños ambientales, en especial de los daños producidos a los BN, a pesar de existir obligaciones jurídicas expresas en cabeza de las autoridades ambientales e instrumentos jurídicos para que los ciudadanos exijan a la jurisdicción las compensaciones a favor del ambiente.

Con respecto a las autoridades ambientales, no hay un compromiso real para medir el avance de la degradación de los recursos naturales, dado los escasos, deficientes y desactualizados estudios al respecto. Por otra parte, a pesar de que la Constitución y la ley imponen al Estado el deber de exigir la reparación de los daños ambientales, tan sólo una cuarta parte de las sanciones ambientales impuestas por daños a los BN exigen la reparación de daños.

De igual manera, la capacidad de policía administrativa de las autoridades ambientales es muy baja, pues más de doscientas cincuenta mil hectáreas de BN son destruidas cada año. Sólo se sanciona a una pequeña parte de los infractores y solo se exige la reparación de los daños causados al ambiente a la cuarta parte de ellos.

Este panorama refleja en consecuencia la vulneración de una serie de derechos humanos que protegen intereses colectivos o difusos de carácter ambiental contemplados en la Constitución y la ley, como el derecho a un

ambiente sano, el derecho al equilibrio ecológico, el derecho al desarrollo sostenible, el derecho a la biodiversidad, el derecho al paisaje natural y el derecho a la preservación y restauración del ambiente.

En razón de lo anterior, las autoridades competentes pueden ver comprometida su responsabilidad por la omisión o cumplimiento parcial de su deber de exigir la reparación de los daños ambientales. Este comportamiento de la administración puede afectar derechos subjetivos y/o derechos colectivos, por lo cual, los mecanismos de exigencia de reparación son diferentes: para el primer caso, la exigencia de la reparación o indemnización de derechos subjetivos, se deben utilizar las acciones contenciosas administrativas siempre que ocurra un daño antijurídico; para el segundo, la exigencia de la reparación de derechos colectivos, se debe hacer uso de las acciones populares de carácter reparatorio.

En este tipo de acciones populares se debe tener en cuenta que las pretensiones y decisiones judiciales tienen que estar orientadas hacia la reparación integral del daño causado, es decir, buscar que las cosas vuelvan a estar en el estado en que se encontraban antes de infligirse el daño (reparación *in natura*); en el caso de que el daño sea irreparable, el juez debe exigir de todas formas que la indemnización monetaria guarde correspondencia directa con la magnitud del daño causado. Del mismo modo, se debe aplicar el *estándar mínimo de daño* a favor de la entidad pública no culpable que tenga a su cargo el recurso natural afectado, conforme a lo establecido en los arts. 46 y 90 de la Ley 99 de 1993 y el art. 34 de la Ley 99 de 1993.

En cuanto a las acciones populares instauradas en Colombia en virtud de los daños ambientales a los BN, se evidencia que solo en una se concedió la reparación del daño y que es muy poca la participación de los ciudadanos en comparación con los inmensos daños ambientales que afectan este recurso natural en el país.

Por último, cabe destacar el importante reto que tienen la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República en torno al seguimiento, verificación y, llegado el caso, aplicación de las sanciones pertinentes, con el fin de garantizar el cumplimiento de las autoridades frente al deber de exigir la reparación integral de los daños ambientales, en especial cuando se afectan los BN del país.

Bibliografía

- Boó, Daniel y Villar, Ariel. *El derecho humano al medio ambiente*. Buenos Aires: Editorial Némesis, 1999.
- Brañes, Raúl. *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano*. México: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2001.
- Cans, Chantal et ál. *La Responsabilité Environnementale: Prévention, Imputation, Réparation*. París: Ediciones Dalloz, 2009.
- Caro, Ángela y Murcia, Sandra. *La protección penal derecho colectivo a un ambiente sano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003.
- Chaves, M.E. y Arango N. (Eds.). *Informe nacional sobre el estado de la biodiversidad, Colombia 1997*, t. 1: Diversidad biológica. Bogotá: Instituto Humboldt, Ministerio del Medio Ambiente y PNUMA, 1998.
- Colombia, Contraloría General de la República. *Estado de los Recursos Naturales 2004-2005*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2005.
- Colombia, Contraloría General de la República. *Informe del estado de los recursos naturales y del ambiente 2005-2006*. Bogotá: Contraloría General de la República, agosto de 2006.
- Escobar, Guillermo. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Trama editorial, 2005.
- Etter, Andrés. “Mapa general a los ecosistemas (1:2.000.000). En: M.E. Chaves, y N. Arango (Eds.). *Informe nacional sobre el estado de la biodiversidad Colombia, 1997*. Bogotá: Instituto Alexander von Humboldt, Ministerio del Medio Ambiente y PNUMA, 1998.
- Etter, Andrés; McAlpine, Clive; Wilson, Kerrie; Phinn, Stuart; Possingham, Hugh. “Regional patterns of agricultural land use and deforestation in Colombia”. En: *Agriculture, Ecosystems and Environment*, num. 114, 2006.
- Grijalva, Agustín. *Qué son los derechos colectivos*. Disponible en: <http://www.uasb.edu.ec/ciyb/ddhh/boletines/001/dcolect.html>, julio de 2007.
- Güiza, Leonardo. “Efectividad de los instrumentos administrativos de sanción y exigencia de la reparación del daño ambiental en Colombia”. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.
- Henao, Juan Carlos. *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extrac contractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

- Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos. *Informe anual sobre el estado del ambiente y los recursos naturales renovables en Colombia*. Bogotá: Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos, 2004.
- Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos, Sistema de Información Ambiental SIAC. *Perfil del estado de los recursos naturales*, t. III. Bogotá: Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos, 2002.
- Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales. *Zonas de reserva forestal de Colombia: atlas temático*. Bogotá: Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, 2007.
- Leyva, Pablo (Ed.). *El medio ambiente en Colombia*. Bogotá: Instituto de Estudios Ambientales y Meteorológicos, 2001.
- Londoño Toro, Beatriz. *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2003.
- Mateo, Martín Ramón. *Tratado de derecho ambiental*, vol. III. Madrid: Editorial Trivium, 1997.
- McAlpine, C.A.; Etter A.; Fearnside, P.M.; Seabrook L.; Laurance W.F. "Increasing world consumption of beef as a driver of regional and global change: A call for policy action based on evidence from Queensland (Australia), Colombia and Brazil". En: *Global Environmental Change*, num. 19, 2009.
- Motta, María Teresa. *Régimen de aprovechamiento del bosque natural y sistema de tasas forestales*. Bogotá: PNUD-DNP, 1992.
- Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito. *Colombia: Censo de cultivos de coca 2007*. Bogotá: UNODC, 2008.
- Naciones Unidas. *Censo de cultivos ilícitos en diciembre de 2002 & estimado intercensal en julio de 2003*. Bogotá: Oficina para las Drogas y el Crimen, 2003.
- Nebel, Bernard et ál. *Ciencias ambientales: ecología y desarrollo sostenible*. 6.^a ed., México: Editorial Prentice Hall, 1999.
- Organización de las Naciones Unidas. *Informe Brundtland: Nuestro Futuro Común*. Oslo: Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987.
- Ortiz, C. "La estrategia del programa de desarrollo alternativo en Colombia". En: *Memorias del Foro Cultivos Ilícitos en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2000.
- Pardo, María del Pilar. *Biodiversidad: análisis normativo y competencias para Colombia*. Bogotá: Legis Editores S.A., 1999.
- Rudas, Guillermo et ál. *Indicadores de seguimiento de la política de biodiversidad en la amazonía colombiana* [Informe final]. Bogotá: Instituto Alexander

Von Humboldt, CDA, Corpoamazonía, Cormacarena, Instituto Sinchi, Ministerio de Medio Ambiente, 2002.

Ucrós, Juan Carlos. *Breve historia y situación actual del patrimonio forestal colombiano*. Bogotá, FAO, 2009.

Viveros G. y Henny, Elsy. *Procedimiento sancionatorio en materia ambiental. Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, t. III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

Normas

Colombia, Acuerdo 38 de 1973, “Por el cual se establece el Estatuto de Flora Silvestre del Inderena”. [En línea]. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9024>.

Colombia, Constitución Política de 1991. [En línea]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html

Colombia, Decreto 2811 de 1974. Código de Recursos Naturales y Medio Ambiente. [En línea]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1974/decreto_2811_1974.html

Colombia, Decreto 622 de 1977, “por el cual se reglamenta el Sistema de Parques Nacionales de Colombia”. [En línea]. <http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/pdf/DECRETO-622DEMARZO16DE1977.pdf>

Colombia, Ley 1333 de 2009, “por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial*, núm. 47.417 de 21 de julio de 2009.

Colombia, Ley 2.^a de 1959 [en línea]. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9021>.

Colombia, Ley 388 de 1997, “por la cual se modifica la Ley 9^a de 1989, y la Ley 3^a de 1991 y se dictan otras disposiciones” *Diario Oficial*, núm. 43.127 de 12 de septiembre de 1997.

Colombia, Ley 472 de 1998, “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial*, núm. 43.357, 6 de agosto de 1998.

Colombia, Ley 99 de 1993. “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema

Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.” *Diario Oficial*, núm. 41.146, 22 de diciembre de 1993.

Convenio sobre Diversidad Biológica. Aprobado por Colombia mediante la Ley 165 de 1994 y declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-519 de 1994.

Decisión Andina núm. 391 del 2 de julio de 1996. Comisión del Acuerdo de Cartagena, la cual reglamenta lo concerniente al acceso a los recursos genéticos.

Declaración de Estocolmo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, reunida en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, reunida en Río del 3 al 14 de junio de 1992.

Organización de Estados Americanos. Protocolo de San Salvador. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. San Salvador: 17 de noviembre de 1988.

Jurisprudencia

Colombia, Consejo de Estado

Sección Primera, Acción Popular de 2007, radicación núm. 15001-23-31-000-2001-00085-01(ap), C.P. Camilo Arciniegas Andrade.

Sección Primera, Acción Popular de 2005, radicación núm. 25000 23 24 000 2002 01038 01 C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Sala de Consulta y Servicio Civil. *Naturaleza jurídica de los parques nacionales naturales*. Sentencia de consulta núm. 1680 del 29 de septiembre de 2005.

Sección Tercera, Acción Popular de 2004, radicación núm. AG-52001233 1000200200226-01, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Sección Tercera, Acción Popular de 2003, radicación núm. 25000-23-25-000-2002-00977-01, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Sección Primera, radicación núm. acción popular -031 de 2000, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

Sección Primera, radicación núm. acción popular -019 de 2000, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

Sección Tercera, Acción Popular de 1996, expediente 10805. C.P. Montes Hernández.

Sección Tercera, Acción Popular de 1993, expediente 6144. C.P. Montes Hernández.

Sala Plena, Concepto legal, AFDA, núm. 5, 10 de abril de 1992.

Colombia, Corte Constitucional

Sentencia C-100 de 2001, M.P. María Victoria Sáchica Méndez.

Sentencia C-200 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-366 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-197 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia T-67 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-528 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

La concesión de aguas superficiales

Una mirada desde la tradición dogmática del derecho público*

Andrés Gómez Rey**

Introducción

El punto de partida¹ de un estudio en el campo de la disciplina jurídica difícilmente puede obviar su origen:² la persona humana en sociedad. Es decir, se circunscribe el derecho al hombre y a este en relación con otros –alter– y cosas. Esta “fundamentación antropológica es evidente: ya que todo problema jurídico está determinado por lo que podríamos llamar una relación de personas con relación a cosas que le pertenecen o con relación a cosas que se le adeudan”.³

Sin embargo, esta concepción tradicional en el derecho ambiental⁴ no es del todo completa, ya que el ambiente, más que ser una cosa debida, es una “condición” sobre la cual el ser humano proyecta sus potencialidades. “(...) el concepto ambiente es el presupuesto material de la calidad de vida (...)”.⁵ En

* Extractos y avances del proyecto de tesis de maestría en Derecho Administrativo que adelanta el autor en la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

** Abogado de la Universidad de la Sabana. Especialista en Derecho Ambiental y maestrando en Derecho Administrativo de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

¹ Andrés Gómez Rey, David Espinosa Acuña y Natalia Succar Jaramillo. *El derecho a la información. Análisis sobre su línea jurisprudencia*. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2004.

² Afirmación realizada únicamente con fines prácticos.

³ Gabriel Mora Restrepo. “Reflexiones sobre el estatuto epistemológico en el conocimiento del derecho” [Discurso Cátedra de Derecho Natural]. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2000, p. 23.

⁴ Aunque consciente de las actuales discusiones sobre los derechos del ambiente, obviare el análisis semántico y conceptual de las expresiones derecho ambiental, derecho del medio ambiente y demás, que utilizaré indistintamente.

⁵ Julio Cesar Rodas Monsalve. *Constitución y derecho ambiental. Principios y acciones constitucionales para la defensa del ambiente*. Bogotá: Cargraphics S.A., 2001, p. 49.

otras palabras, el ambiente esta típicamente dado para el cómodo y adecuado desenvolvimiento y desarrollo del individuo, argumento base para la consagración y crecimiento del derecho ambiental:⁶ otorgar a los coasociados ciertos mínimos básicos⁷ de bienestar para garantizar que la condición medio ambiente satisfaga los principios de dignidad humana.

En este sentido, qué más importante que el agua como elemento del ambiente. Su vital importancia para el hombre obedece al alto porcentaje que compone la materia viva de su cuerpo, alrededor del setenta por ciento. Por consiguiente, la ausencia de este elemento de la naturaleza puede afectar o vulnerar seriamente la vida y la salud de las personas. Con razón algunos de nuestros *iuspublicistas* exponen que el agua o el derecho subjetivo a su acceso es un derecho inherente a la persona humana.

El agua –del latín *aqua*– es un “compuesto químico formado por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno”⁸ que posee como características ser incoloro –posee un matiz azul en grandes masas–, inodoro, insípido, finito, y presentarse en los tres estados de la materia:⁹ líquido, sólido y gaseoso. Esta noción, a diferencia de muchas otras, parece no tener controversia en la doctrina por cuanto proviene de las ciencias descriptivas.

Según lo anterior, y conociendo la importancia connatural del agua para el hombre, resultó indispensable que la disciplina jurídica estableciera un marco normativo especial: el derecho al medio ambiente y en particular el derecho de aguas. Categorías o ramas del derecho¹⁰ no autónomas ni suficientes para lograr el correcto y necesario acceso al agua, sino que se ven enmarcadas y complementadas por el derecho constitucional, administrativo y público en general.

No obstante, acercándonos un poco más a nuestro objeto de estudio, la protección jurídica del agua como elemento del medio ambiente y como parte de la función administrativa del medio ambiente es una misión encargada a

⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-519 de 1994, expediente núm. L.A.T.-036, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷ Para vivir dignamente. Delfín Ignacio Grueso. *John Rawls. Legado de un pensamiento*. Colección de Artes y Humanidades, Cali: Universidad del Valle, 2005, p. 194.

⁸ Disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Agua_\(mol%C3%A9cula\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Agua_(mol%C3%A9cula)), miércoles 24 de junio de 2009.

⁹ Disponible en: http://www.visionlearning.com/library/module_viewer.php?mid=120&d=s, jueves 17 de septiembre de 2009.

¹⁰ Como disciplina.

las instituciones que conforman¹¹ el Sistema Nacional Ambiental (en adelante SINA). Pero ¿mediante qué instrumentos las instituciones integrantes del SINA adelantan la función administrativa del medio ambiente? La respuesta no es otra diferente a nuestro objeto material de estudio: la decisión administrativa, materializada en actos como ejercicio práctico del poder,¹² la cual es fundamento mismo del derecho administrativo.

Este capítulo pretende el análisis de esta función del medio ambiente en cuanto a los actos administrativos emitidos en torno al agua –aquellas superficiales–, los cuales poseen reglas recogidas por la tradición dogmática del derecho público en la teoría general del acto administrativo, pero que en ejercicio del especial y joven derecho del medio ambiente, son excepcionales,¹³ no siempre en observancia de su teoría general, sino bajo la constitucionalización del derecho¹⁴ y la necesidad de protección de los recursos naturales, lo cual hace que estas decisiones posean reglas únicas merecedoras de un estudio particular.

En una palabra, se busca destacar las inconformidades que el derecho del medio ambiente presenta ante la teoría general del acto administrativo, abordando el tema desde los procesos de concesión de aguas superficiales adelantados ante una entidad perteneciente al SINA, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (en adelante CAR) en su oficina Bogotá D.C.-La Calera (en adelante OBDC).

El problema que se identifica en este estudio radica en esclarecer o dar respuesta al siguiente interrogante: ¿en qué forma se presenta atipicidad derivada de la particularidad y constitucionalización del derecho del medio ambiente ante la teoría general del acto administrativo?, visto desde el estudio y la caracterización de los actos administrativos emitidos por la OBDC de la CAR en los procedimientos de concesión de aguas superficiales.

¹¹ Parágrafo único del art. 4.º de la Ley 99 de 1993.

¹² Gustavo Penagos. *El acto administrativo*, t. I: parte general, nuevas tendencias. 8.ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2008, p. 20.

¹³ Gloria Amparo Rodríguez. “La licencia ambiental, un acto administrativo especial y su proceso de flexibilización”. En: *Retos y perspectivas del derecho administrativo*. Segunda parte. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

¹⁴ Constitución ecológica: concepto desarrollado por la Corte Constitucional en sentencias T-02 de 1992, T-411 de 1992, C-375 de 1994, C-126 de 1998 entre otras.

La metodología utilizada¹⁵ consistió, por un lado, en la realización de visitas a la OBDC de la CAR, o trabajo de campo *in situ*, para consultar y examinar los expedientes físicos de concesión de aguas superficiales; por otro, en el barrido o recopilación bibliográfica especializada sobre la materia, incluyendo la consulta de fuentes secundarias como publicaciones, fuentes oficiales y documentos internos de la CAR.

Sobre el primero de ellos hay que afirmar que se pretende el estudio de todos los expedientes de la OBDC, comenzando por los más antiguos. En este orden de ideas, los resultados que se presentan aquí reflejan la realidad hasta el momento encontrada.

Como nota del autor la presente investigación finalizó en la vigencia del Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo; sin embargo, con posterioridad se expidió la Ley 1437 de 2011, o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En este sentido, en pie de página se tratará el nuevo régimen. Todo lo anterior bajo la dirección de la Doctora Gloria Amparo Rodríguez, directora de la Especialización y de línea de investigación en Derecho Ambiental, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, a quien de antemano le manifiesto mi infinita gratitud. "(...) El objetivo de esta presentación, no obstante, es enriquecer el ámbito de discusión sobre el tema".¹⁶

1. De la teoría general del acto administrativo

El primer aparte se dedica a explicar brevemente el significado y las características principales del acto administrativo *in genere*.

1.1. Concepto

La conceptualización de la especie, acto administrativo en el derecho del medio ambiente, así como del género, no se satisface únicamente con una definición. Sí lo hace el estudio de sus atribuciones o características, elementos, caracteres, clasificación y patologías o vicios.

No obstante, es indispensable traer a colación algunas de ellas, no sin antes mencionar que existen innumerables definiciones de acto administrativo

¹⁵ En palabras de mi directora de tesis.

¹⁶ Diego Isaías Peña Porras. *La construcción del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad de los Andes, Editorial Temis, 2008, p. xi.

tanto en la doctrina nacional como en la internacional que corresponden a la proliferación de autores que estudian la materia.

El acto administrativo hoy es entendido como fundamento e institución principal del derecho administrativo por ser el instrumento básico de manifestación y ejercicio de la actividad de la administración, así como de comunicación con las personas en la nación. Por ejemplo, Vidal Perdomo propone que es el producto jurídico de la función administrativa.¹⁷

El Consejo de Estado¹⁸ entiende por acto administrativo “(...) la expresión de voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas, que modifique el ordenamiento jurídico, es decir, que por sí misma cree, extinga o modifique una situación jurídica (...)”, destacando como nota esencial de la definición los rasgos de voluntad, organismo que lo expide y efectos jurídicos.¹⁹

En esta línea –caso ambiental–, el autor propone como definición de acto administrativo, con fines netamente prácticos, aquella manifestación de la voluntad unilateral, emitida por cualesquiera de las instituciones que componen el SINA, dictada en ejercicio de la función administrativa del medio ambiente con el fin de crear, extinguir o modificar una situación en derecho.

1.2. Elementos

Son aquellos que se presentan en su etapa de producción. Gustavo Penagos considera que “es más exacto hablar de condiciones de validez o componentes del acto administrativo”,²⁰ y distingue entre los que representan su existencia –órgano, competencia y contenido–, su validez –voluntad, forma y procedimiento– y su eficacia u oponibilidad –publicación, notificación o comunicación.

¹⁷ Jaime Vidal Perdomo. *Derecho administrativo*. 10.ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1994, p. 132.

¹⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4, Sentencia de 1998, C.P. Delio Gómez Leyva.

¹⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sentencia de 1998, C.P. Juan Alberto Polo.

²⁰ Gustavo Penagos. *El acto administrativo...*, op. cit.

1.2.1. De existencia

Claro lo anterior, comencemos con el estudio de los elementos que representan la existencia del acto administrativo. Identificaremos primero al sujeto, que es el autor, productor o emisor²¹ del acto en ejercicio de una función administrativa. En el derecho del medio ambiente, estos sujetos son determinados y finitos, aquellos organismos que integran el SINA.

En la actualidad se acepta que el acto administrativo puede ser emitido por cualquier órgano del Estado, así como por particulares²² en ejercicio de funciones administrativas; esta postura se conoce como criterio objetivo o material, que va en contraposición del criterio subjetivo, orgánico o formal que establecía que los actos administrativos solo podían ser emitidos por la rama ejecutiva del poder y en su mayor proyección por entidades únicamente estatales. Este sujeto posee o ejerce una competencia entendida como “la facultad o poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinada función administrativa”,²³ la cual está determinada por la Constitución y Ley; es decir, es restrictiva,²⁴ aunque también irrenunciable e improrrogable.

La competencia debe ser respetada material, territorial y temporalmente por las instituciones de la administración con el fin de expedir los actos, so pena de estar viciados de ilegalidad. En el derecho del medio ambiente la competencia se encuentra definida en la Ley 99 de 1993.

Para el caso *sub-examine*, CAR, la *Ratione materiae* se encuentra definida en el art.31 de la Ley 99 de 1993. La *Ratione loci*, conforme a la Ordenanza núm. 23 de agosto de 1998 y a la Ordenanza núm. 7 de abril de 2001 de la Gobernación de Cundinamarca, está comprendida por ciento cinco municipios: seis ubicados en el departamento de Boyacá y noventa y nueve en el departamento de Cundinamarca, entre los cuales se incluye el área rural del Distrito Capital de Bogotá. La *Ratione temporis*, que hace referencia al tiempo en el cual la autoridad puede ejercer legalmente sus funciones, se encuentra establecida de manera abstracta en el ordenamiento jurídico.

²¹ Enrique Berrocal. *Manual del acto administrativo*. Bogotá: Librería del Profesional, 2001, p. 30.

²² La Ley 489 de 1998, en su art. 110, establece las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares.

²³ Libardo Rodríguez. *Derecho administrativo, general y colombiano*. 10.ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 2001, p. 247.

²⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-546 de 1993.

El contenido del acto –aquello que decide– debe ser preciso, claro, determinado, y ajustarse a las normas del ordenamiento jurídico. Este nos invita a pensar que el contenido no puede ni debe ser ilícito, impreciso u oscuro en forma insuperable, contradictorio o desproporcionado.

En cuanto al contenido, pueden ser de carácter general o *creadores de situaciones jurídicas generales, objetivas o reglamentarias*,²⁵ entendiéndolos por ellos los que reúnen personas indeterminadas y los de carácter particular, o actos creadores de situaciones jurídicas individuales, particulares, subjetivas o concretas; aquellos que se refieren a un sujeto determinado.

Lo anterior posee gran relevancia en Colombia por cuanto el Código Contencioso Administrativo, en su art. 49, –art. 75²⁶ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo– establece que en contra de los actos de carácter general no proceden los recursos de la vía gubernativa, y el art. 73 del Decreto 01 de 1984 y el art. 97 de la Ley 1437 de 2011 manifiestan que los actos particulares no pueden ser revocados sin el consentimiento expreso del titular.

En lo que nos corresponde, las concesiones de aguas superficiales son actos administrativos de carácter particular, pero poseen reglas diferentes a las establecidas en la teoría general, las cuales se estudiarán adelante.

1.2.2. De validez

Ahora refiriéndonos a los elementos que representan la validez del acto administrativo, comenzaremos con la voluntad, entendida como su columna vertebral, que diferencia al acto plenamente de las operaciones y los hechos administrativos así como de las vías de hecho. La voluntad administrativa²⁷ no es otra que aquella determinada en el ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en el inciso 2.º del art. 123 de la Constitución Política de Colombia, la cual debe ser expresada con el fin de producir efectos jurídicos.

De tal manera la administración puede manifestar su voluntad en forma expresa, implícita y presunta. Veamos: la voluntad expresa es aquella que se

²⁵ Libardo Rodríguez. *Derecho administrativo, general y colombiano...*, op. cit., p. 218.

²⁶ “Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”.

²⁷ Libre de vicios como error, fuerza o dolo, como lo propone Gustavo Penagos. *El acto administrativo...*, op. cit., t. I, p. 371.

recoge en forma cierta y clara en un acto administrativo, la implícita ocurre cuando la administración toma una medida y en ella se manifiestan claramente otros efectos.²⁸ A su vez, la voluntad puede ser manifestada en forma presunta como sanción a la inactividad de la administración, tal es el caso del silencio administrativo.

Continuando con la voluntad, esta nos permite indicar la existencia de actos administrativos: a. Unilaterales, aquellos en los cuales solo interviene la voluntad de la administración; b. Bilaterales, los que “resultan de un acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares o entre varias personas jurídicas de la administración”;²⁹ y c. Plurilaterales, en los que se requiere el consentimiento de más de dos sujetos. Aquí se distinguen las manifestaciones del querer personal, pero la voluntad de la administración sería solo una, por lo cual es un subtipo de actos administrativos de carácter unilateral.

En esta misma línea, pero ya en la forma o manera como se debe estructurar la voluntad administrativa, se distinguen tanto los procedimientos a los cuales debe estar sujeta como los tipos de su presentación. Por forma “se entiende el modo como se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa”,³⁰ la cual puede ser verbal, escrita, por señales, expresa, tácita, implícita o por sonidos.

El procedimiento que debe atender el acto está en la Constitución y la Ley –ordenamiento jurídico–; no obstante, hay que decir que no todas las inobservancias del procedimiento invalidan el acto, únicamente aquellas que modifican el sentido de la expresión de la voluntad,³¹ en aplicación del principio de eficacia.³²

²⁸ Autorizado por el inciso 2.º del art. 107 del Decreto 1950 de 1973.

²⁹ *Ibíd.*, p. 219.

³⁰ José Roberto Dromi. *El procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Editorial de Ciencias y Cultura, 1999.

³¹ Teoría de las formalidades y procedimientos sustanciales y no sustanciales o accidentales, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Bogotá D.C., Sentencia de 1991, Exp. 190, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

³² Arts. 5.º y 6.º del Código Contencioso Administrativo; art. 5.º de la Ley 1437 de 2011.

1.2.3. De eficacia

Adentrándonos más en los elementos que expresan la eficacia u oponibilidad, hay que afirmar, como bien lo expresa André de Laubaudère,³³ los actos del Estado no deben ser secretos y solo deben producir sus efectos vinculantes una vez sean conocidos por sus miembros; la aplicación del acto solo es posible una vez sea divulgado. De tal manera se han diseñado como procedimientos de publicidad la publicación, la notificación y la comunicación. Por el momento, nos satisfará enunciar que la publicación se otorga a los actos de carácter general, mientras la comunicación y la notificación a los actos de carácter particular.

1.3. Características, caracteres o atributos

Encuentran su fundamento último en el Estado social de derecho, en particular en la capacidad jurídica otorgada por el ordenamiento a la administración para actuar. Tradicionalmente son ejecutividad, ejecutoriedad y presunción de legalidad; aunque últimamente se han agregado en la doctrina legitimidad, exigibilidad, obligatoriedad y estabilidad.

Comencemos con ‘la piedra angular’³⁴ de los caracteres: la presunción de legalidad, entendida por Berrocal, como “la prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de este tipo, significando que, al desarrollarse y proyectarse la actividad de la administración, se responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que lo enmarcan”,³⁵ que corresponde en su todo al principio de legalidad mediante el cual “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”.³⁶

En otras palabras, teniendo en cuenta que la actuación de la administración debe ser el reflejo de los enunciados inmersos en el ordenamiento jurídico, conforme al inciso 2.º del art. 84 del Código Contencioso Administrativo, su acto estará –o debería estar– siempre acompañado de la juridicidad correspondiente para el cumplimiento de los fines públicos, por lo cual su actuación se presume legal. Esta presunción encuentra como causa primera las garantías

³³ André de Laubaudère. *Traité de droit administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995, p. 576.

³⁴ Gustavo Penagos. *El acto administrativo...*, op. cit., t. I, p. 546.

³⁵ Diego Isaías Peña Porras. *La construcción del derecho administrativo colombiano...*, op. cit., p. 7.

³⁶ Colombia, Constitución Política de 1991, art. 121.

subjetivas –órgano competente y observancia a los procedimientos– y objetivas –Constitución, ley o reglamento– que precedieron a la expedición del acto, aunque en ocasiones la motivación y su forma la determinan.

Tal vez en el derecho del medio ambiente se refleje cada día más que esta presunción de legalidad es un mito³⁷ histórico necesario del derecho administrativo que se ha venido rompiendo poco a poco para dar lugar a la utilización de principios como justicia, buena fe e interés general como criterios de aplicación del derecho por parte de los jueces, persiguiendo la confianza en la administración. Un ejemplo de lo anterior es la posibilidad de inaplicar un acto administrativo que sea manifiestamente contrario a la Constitución.

En palabras de la Corte Constitucional: “(...) el principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos, no puede oponerse al interés superior de garantizar la vigencia y el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental (...)”,³⁸ de lo cual sería posible afirmar que el “principio de presunción de legalidad, no debe atribuirse a un acto administrativo que manifiestamente infrinja o se oponga a la Constitución”.³⁹

El Consejo de Estado ha dicho: “(...) fluye con meridiana claridad que la incompatibilidad entre la constitución y cualquier norma jurídica produce como consecuencia la inaplicabilidad de esta última en el caso en concreto (...)”.⁴⁰

Lo anterior significa que la presunción de legalidad se predica de todos los actos administrativos, salvo aquellos manifiestamente contrarios a la Constitución e ilegítimos de carácter regular, no aquellos abruptamente ilegales. En palabras de Penagos, “(...) el principio de legalidad no cumpliría con la garantía de seguridad jurídica, si las decisiones se apartan del querer de la Constitución. (...)”.

³⁷ Se afirma que es un mito histórico, por cuanto a partir de la Revolución francesa se estableció que la administración siempre obra conforme a la ley, la cual es expresión de la voluntad popular y de la sapiencia del legislador. El paso de los años ha demostrado que la administración no siempre obedece los preceptos legales y que la ley no siempre es sapiente o la expresión de la voluntad de los administrados. Muestra de lo anterior se observa en que la ley no puede prever todos los casos de actuación de la administración y le deja un amplio margen de discrecionalidad.

³⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-397 de 1997, M.P. Antonio Barrera.

³⁹ Gustavo Penagos. *El acto administrativo...*, op. cit., p. 566.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 568. Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 1995, Exp. 2943, M.P. Ernesto Rafael Ariza.

Adentrándonos un poco más, estudiaremos la ejecutoriedad del acto administrativo como requisito para su ejecución. En palabras de uso jurídico, su firmeza, para lo cual hay que diferenciar nuevamente los actos particulares y los generales. Los actos administrativos de carácter general quedarán en firme una vez sea cumplido el requisito de publicidad para ellos establecidos. En cambio los actos de carácter particular quedarán en firme conforme al art. 62 de Código Contencioso Administrativo cuando: a) No proceda ningún recurso; b) Los recursos interpuestos se hayan decidido; c) No se hubieren interpuesto los recursos en el tiempo habilitante; d) Se renuncie a la utilización de los recursos, y e) Cuando haya lugar a la perención o se acepten sus desistimientos.

Una vez sea configurado cualquiera de los anteriores supuestos, la administración tiene la potencialidad de realizar las actuaciones, procedimientos u operaciones para dar cumplimiento a lo dispuesto en el acto –ejecutividad. Para Santofimio,⁴¹ “(...) el mundo de la eficacia aparece realmente en una determinada situación fáctica cuando el acto reviste el carácter de ejecutivo, esto es, se encuentra en firme y en consecuencia es ejecutorio o de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para el administrado (...)”; por tanto, la firmeza es un requisito de ejecución.

Desde esta concepción se desprende la ejecutividad, que no es otra cosa que la potestad de ejecutar directamente sin requerir de otra autoridad.

1.4. Criterios de clasificación

A propósito de lograr el cometido propuesto, es indispensable identificar los criterios de clasificación de los actos administrativos con el fin de caracterizar las decisiones de la CAR en sus procesos de concesión de aguas superficiales.

El primer criterio, y tal vez el que determina nuestra investigación, corresponde a la función administrativa productora de actos administrativos, según la cual se realizan los fines del Estado. Frente a ella, la protección del medio ambiente y la realización de los preceptos constitucionales develan una función particular ambiental. En este sentido, serán actos administrativos todos aquellos que promuevan las garantías y fines constitucionales ambien-

⁴¹ Seguiremos para este aparte la doctrina del Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, t. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 297.

tales del Estado, emitidos por sujetos de derecho en ejercicio de la función administrativa del medio ambiente.

Posteriormente encontramos, desde el punto de vista del sujeto, el orgánico y el material. El primero corresponde al lugar que dentro de la estructura del Estado ocupa la entidad emisora del acto y, conforme a esta, su derivado control. Tal circunstancia establece la jerarquía del acto administrativo frente a otros de su misma especie. El aspecto material nos revela su prevalencia basada en su contenido. De tal manera se establecen reglas como: el acto general prima sobre el particular. Estoy convencido de esta clasificación y propongo la existencia de actos administrativos que recaen sobre temáticas constitucionales y, aunque emitidos por órganos inferiores de la administración pública, poseen el mayor rango jerárquico. Esto es plenamente combinable con los criterios que determinan los actos administrativos desde la perspectiva del sujeto que los emite. Organicista o subjetivo y material u objetivo. También se presentan, desde el punto de vista de su contenido, actos constitutivos, como aquellos que crean, modifican o extinguen una situación de derecho, y actos declarativos, que se limitan a acreditar presupuestos fácticos existentes.

Después encontramos el criterio “de los efectos jurídicos” según el cual son actos administrativos aquellos llamados a crear, extinguir o modificar derechos y obligaciones. En Colombia no es completamente aceptada esta clasificación, por cuanto no todas las decisiones de la administración producen sus efectos jurídicos hasta tanto se encuentren publicadas, notificadas o comunicadas; en una palabra, se diferencia la existencia de su validez y eficacia.

Desde el punto de vista de los efectos, se encuentra el criterio de actos administrativos de doble efecto⁴² refiriéndose a que un solo acto posee connotaciones gravosas para un o unos ciudadanos y favorables para otros. Tal es el caso de la expedición de licencias de construcción, concesiones de agua y licencias ambientales, entre otros. En varias sentencias el Consejo de Estado⁴³ los ha denominado mixtos, es decir, de efectos particulares y generales, que para ser exigibles deben ser publicados y notificados personalmente.

⁴² Federico Castillo Blanco. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones, 1998, p. 146.

⁴³ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Sentencia de 2001, exp. 981399, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Véase también, Sentencia de 1996, exp. 3575. Sentencia de 1999, exp. 5253.

Por otro lado, se deben distinguir varias hipótesis según los órganos y sujetos intervinientes en la creación de actos, entre otras, el número de órganos intervinientes y el número de personas que deben manifestar su voluntad. Son simples –regla general– aquellos actos en los que para su creación sólo interviene la voluntad de un órgano o sujeto de derecho en ejercicio de una función administrativa. Aunque la entidad sea colegiada, su simplicidad se encuentra en la manifestación de una sola voluntad orgánica.⁴⁴ En contraposición, los actos complejos son aquellos donde interviene la voluntad de varias entidades en ejercicio de una función administrativa. Los actos simples o complejos pueden ser individuales, cuando solo un funcionario interviene en su creación, y colegiados, al requerir la suma de las voluntades de varias personas.

Desde otra perspectiva, es necesario afirmar que existen actos en los cuales es vital la valoración de la posición de los individuos en su formación; en otras palabras, actos que requieren de la participación ciudadana para su validez. En el derecho del medio ambiente existen innumerables ejemplos, como las resoluciones que otorgan licencias ambientales en las que se deben tener en cuenta todos los argumentos expuestos en la audiencia pública, so pena de vicios por falsa motivación.⁴⁵

Por su vinculación a una norma previa encontramos aquellos actos reglados o producto de facultades discrecionales. Los actos reglados son aquellos en los que simplemente se aplica una regla a un caso en concreto por ella previsto. En los no reglados, la administración elige una alternativa interpretativa de la norma y/o de los hechos; circunstancia que deberá justificar y motivar por ser netamente valorativa.

Otro tipo de clasificación se presenta desde el punto de vista procesal, es decir, si el acto es conclusivo o decisorio en contraposición a aquellos de trámite, preparatorios y meros actos administrativos. La importancia de esta clasificación es indicar la posibilidad de recurrir la decisión en vía gubernativa o ante la jurisdicción, ya que solo los actos conclusivos están sujetos al control.⁴⁶

⁴⁴ Gustavo Penagos. *El acto administrativo...*, op. cit., t. II, p. 46, citando a Guido Zanolini. *Curso de derecho administrativo*, t. I, parte general. Buenos Aires: 1995, p. 324.

⁴⁵ Apuntes tomados en la clase de Participación Ciudadana con la Dra. Gloria Amparo Rodríguez en la Especialización en Derecho Ambiental, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2004.

⁴⁶ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 1989, exp. 980, M.P. Consuelo Sarria.

Conforme al art. 50 del Código, los actos conclusivos son los que ponen fin a una actuación administrativa; pueden ser objeto de control por parte de la jurisdicción y establecen la posibilidad de ser atacados ante la misma administración. Los de trámite son actos que se limitan a dar impulso a las actuaciones en la administración, y no expresan la voluntad de esta última, es decir, no deben contener ninguna decisión. Conforme al art. 49 del Código, no tienen recurso, a no ser que sea imposible continuar la acción o ponga fin a la actuación.

Ahora bien, existen otros actos que se desprenden de los anteriores, los denominados preparatorios –de gran importancia en el derecho del medio ambiente–, entendidos como aquellos que sirven para construir la decisión final; estos son: a. Aquellos que impulsan y dan inicio a los expedientes, tales como quejas, peticiones, propuestas; b. Los que tienen un fin consultivo, por ejemplo, informes y dictámenes; c. Los de comprobación preliminar, entre otros, inspecciones, interrogatorios y verificaciones.

En cuanto a la forma de exteriorizar la voluntad administrativa, también existen formas de clasificación, entre las cuales encontramos criterios como actos verbales, escritos, por signos, señales, sonidos o gestos –que afortunadamente en el derecho del medio ambiente se expresan en forma escrita– y expresos, tácitos e implícitos a los cuales ya hicimos referencia.

Como último criterio –reconociendo de antemano la existencia de muchos otros– encontraremos los actos sujetos a una condición, es decir, aquellos que poseen un requisito extra o que exigen el cumplimiento de un suceso futuro para la producción de efectos jurídicos. Como en el derecho civil, este hecho puede ser cierto o incierto, y no suspende la existencia del acto, sino su eficacia.

Ejemplo claro de lo anterior son casi todos los permisos, concesiones, autorizaciones o licencias ambientales. En nuestro caso serán aquellas concesiones de agua cuyo término comienza a correr una vez sean aprobados los diseños y obras de captación por parte de la autoridad ambiental.

2. De las aguas

En la introducción afirmamos que el agua, indispensable para el sostenimiento, vida y salud del hombre, se encuentra en los tres estados de la materia. Dado que el presente estudio busca únicamente las concesiones de aguas superficiales, el estado líquido es el que recibe toda la atención. En este estado,

las aguas se pueden clasificar en: a. Marinas o marítimas y b. No marítimas o continentales, que a su vez se pueden subdividir en corrientes –ríos, quebradas etc.–, depósitos –lagos, lagunas y ciénagas–, lluvias,⁴⁷ subterráneas, termales y minerales.⁴⁸ Aquí solo son importantes aquellas que brotan a la superficie, esto es, ríos, quebradas, lagos, lagunas, entre otras.

Comenzaremos afirmando que por regla general las aguas superficiales son de dominio público; es decir, las aguas se “(...) comprenden constitucional y legalmente, hoy en día como bienes de uso público (...)”,⁴⁹ aunque para algunos es igualmente un elemento esencial del componente territorio del Estado. Esta afirmación tiene su sustento en los arts. 674, 677 y 678 del Código Civil colombiano y en los arts. 80 y 85 del Decreto 2811 del 18 de diciembre de 1974.

No obstante lo anterior, encontramos dos excepciones a la regla de dominio público. La primera se configura “(...) cuando estas se han adquirido por vía de la adjudicación antes de la adopción del Código Civil en 1887 (...)”⁵⁰ y no se dejasen de usar por tres años consecutivos a partir de la vigencia del Decreto-Ley 2811 de 1974, conforme a la teoría de derechos adquiridos. En palabras de la Corte Constitucional,⁵¹ “(...) por expreso mandato constitucional (Art. 58 C.P.), deben ser protegidos y respetados por la ley nueva (...)”.

La segunda y última excepción a la regla de dominio público de las aguas superficiales la encontramos en el art. 677 del Código Civil colombiano ya transcrito, el art. 81 del Decreto-Ley 2811 de 1974 y el art. 6.º del Decreto 1541 de 1978, en donde se establece que son aguas de propiedad privada, siempre que no se dejen de usar por el propietario por tres años continuos, aquellas que brotan naturalmente y desaparecen por infiltración o evaporación dentro de una misma heredad.

La importancia que supone el tema del dominio de las aguas superficiales radica en que cuando se exige la obtención de un modo, lo que se otorga es un

⁴⁷ Miguel Patiño Posse. *Derecho ambiental colombiano*. Bogotá: Legis, 1999, pp. 130-131.

⁴⁸ Luis Fernando Macías Gómez. *Introducción al derecho ambiental*. Bogotá: Legis, 1998, pp. 124-126.

⁴⁹ Álvaro Hernando Cardona González. “Conflictos en los modos de adquirir el derecho a usar las aguas continentales y en su reglamentación”. En: *Derecho de aguas*, t. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 90.

⁵⁰ Álvaro Hernando Cardona González. “El régimen jurídico de las aguas en Colombia”. En *Derecho de aguas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 155.

⁵¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-569 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández. Sentencia C-489 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

derecho de acceso al agua, pues jamás se concede la propiedad, dominio o titularidad del recurso por ser de la nación. Estos modos, conforme a lo dispuesto en el art. 51 del Decreto-Ley 2811 de 1974 son: por ministerio de la ley, permiso, concesión y asociación. Clasificación que genera algunas controversias por cuanto la normativa solo desarrolla los conceptos de concesión y por ministerio de la ley, obviando un poco la asociación y el permiso. Sin embargo, delimitado desde un comienzo nuestro tema, únicamente hablaremos sobre la concesión.

2.1. De la concesión de aguas superficiales

El ordenamiento jurídico aplicable a la materia es amplio, aunque está conformado principalmente por: Decreto-Ley 2811 del 18 de diciembre de 1974; Decreto 1541 de 1978; Ley 99 de 1993; Ley 633 de 2000; Acuerdos CAR 01 de 2001 y 17 de 2001; Resolución CAR 204 de 2002.

En este momento nos ocupa establecer y conocer la figura de concesión de aguas superficiales. En este sentido, en las normas de tipo ambiental podemos encontrar que esta figura puede ser tanto un contrato⁵² como un acto administrativo.⁵³ Sustento de la anterior afirmación lo encontramos en los arts. 61 y 62, literales b y h del Decreto-Ley 2811 de 1974 al afirmar “(...) la resolución o el contrato de concesión (...)”; el art. 279 del Decreto 1541 de 1978⁵⁴ y en los arts. 25⁵⁵ y 39⁵⁶ de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.⁵⁷

En estricto sentido, y de acuerdo con la Real Academia Española,⁵⁸ por concesión se entiende “(...) 4. f. Der. Negocio jurídico por el cual la Admi-

⁵² Acuerdo de voluntades –al menos una estatal– encaminado a producir efectos jurídicos.

⁵³ La diferencia radica en las voluntades concurrentes en el acto.

⁵⁴ “(...) Para el otorgamiento de concesiones, autorizaciones o licencias, y para la celebración de contratos que tengan como objeto las actividades a que se refiere el artículo anterior (...)”.

⁵⁵ “(...) Quienes presten servicios públicos requieren contratos de concesión, con las autoridades competentes según la ley, para usar las aguas (...)”.

⁵⁶ “(...) Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

39.1. Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. El contrato de concesión de aguas, es un contrato limitado en el tiempo, que celebran las entidades a las que corresponde la responsabilidad de administrar aquellas, para facilitar su explotación o disfrute. En estos contratos se pueden establecer las condiciones en las que el concesionario devolverá el agua después de haberla usado (...)”.

⁵⁷ Colombia, Ley 142 de 1994.

⁵⁸ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, vol. 1. 22.^a ed. Madrid: Espasa Calpe, 2001.

nistración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones (...);” cabe observar que en un principio se trata de un contrato. De igual manera, el tratadista español Santiago González-Varas enseña que se trata de un negocio jurídico mediante el cual la administración otorga o cede a un particular facultades de uso privativo sobre el recurso hídrico *res communis*.⁵⁹

Lo anterior se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (y como referencia especial en el artículo 30 de la Ley 105 de 1993) de nuestro ordenamiento, a saber:

(...) Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...) 4º. Contrato de Concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden (...).

No obstante lo anterior—que en primera medida se entienda que la concesión es un contrato y que su posibilidad está plenamente contemplada en nuestro ordenamiento— en el caso *sub-examine* —aguas— no encontramos refe-

⁵⁹ Santiago González-Varas Ibáñez. *Nuevo derecho de aguas*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2007, p. 329.

rencia alguna en el comportamiento de las autoridades ambientales;⁶⁰ en otras palabras, “no se conoce (...) ningún caso (...)”, lo cual nos lleva a concluir que la figura de la concesión como contrato no es del agrado de las autoridades que componen el SINA y no ha sido utilizada mayormente. Esta posición responde probablemente a la inconveniencia de recocer la contraprestación inmersa en el contrato de concesión para el particular y el otorgamiento del uso privativo de un bien público; no obstante, no se encontró documento alguno que explique por qué esta figura no ha sido utilizada.

Claro lo anterior, solo nos queda la figura de concesión de aguas mediante acto administrativo o, como indica el código, mediante resolución; la cual constituye el único ejemplo de concesión no contrato en el ordenamiento colombiano. A propósito, la definición de la concesión de aguas superficiales estará sujeta al concepto de acto administrativo visto en acápite anteriores; esta razón justifica el presente estudio: que la concesión de aguas es un acto administrativo, pero al estar inmerso en el derecho ambiental, su comportamiento no acata necesariamente las reglas de la tradición dogmática del derecho público.

Aunque parezca insólito, no encontramos una definición legal de la concesión de aguas superficiales; por tanto, se propone únicamente con fines prácticos la siguiente: la concesión de aguas superficiales es una autorización o permiso⁶¹ emitida por la autoridad ambiental competente⁶² actuando en nombre de la nación –propietaria del recurso hídrico– instrumentalizada en acto administrativo, por medio del cual se otorga a una persona natural, jurídica, nacional, extranjera, privada o pública –o grupo de ellas– el derecho de acceso, uso y aprovechamiento de aguas continentales no marítimas plenamente identificadas espacialmente –corriente o depósito–, por un tiempo establecido y sujeto al cumplimiento de obligaciones derivadas de la protección al medio ambiente.

⁶⁰ Luis Fernando Macías Gómez. “Licencias y permisos ambientales”. En: *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006, p. 250.

⁶¹ Las doctoras Gloria Amparo Rodríguez y Lina Marcela Muñoz Ávila clasifican la concesión de aguas superficiales, como un trámite administrativo denominado permiso ambiental el cual tiene como fin permitir la utilización de recursos naturales y del ambiente. Gloria Amparo Rodríguez y Lina Marcela Muñoz Ávila. *La participación en la gestión ambiental, un reto para el nuevo milenio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 162.

⁶² Caso *sub-examine*, la OBDC de la CAR.

Así las cosas, es una simple o mera autorización administrativa, es decir, “un acto administrativo que tiene por objeto principal remover una prohibición que obstaculiza el ejercicio de una actividad específica (...)”.⁶³ En cuanto a la autorización en sentido administrativo encontramos que existen tantas definiciones como autores dedicados a la materia; por tanto la anterior nos satisface en el sentido de ser “(...) un acto administrativo cualquiera que sea su denominación específica, por el cual en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad privada, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés afectado (...)”.⁶⁴ Sin embargo, las anteriores apreciaciones no son generales en la doctrina, por el contrario, se encuentran diversas posiciones. Un ejemplo de ello lo trae Santander Mejía,⁶⁵ quien explica que se trata de un “(...) híbrido entre la contratación administrativa y el derecho de petición en interés particular (...)”, por cuanto posee elementos del negocio jurídico como la caducidad y la tasa, pero no se trata de un acuerdo de voluntades.

Recapitulando, la concesión de aguas superficiales en Colombia es una autorización administrativa que permite el uso o aprovechamiento del recurso hídrico. “(...) el derecho del concesionario no emana de un contrato, sino de una gracia o merced de la Administración (...)”.⁶⁶

Tras el análisis de lo que supone la figura de la concesión, es necesario adentrarnos al estudio de aquello que se otorga. En un principio se mencionó que se trata del derecho a utilizar, usar o aprovechar las aguas continentales no marítimas de la nación. No obstante, esta apreciación no resuelve de ninguna manera el contenido de la autorización, simplemente lo describe. Para profundizar seguiremos a Hernando Devis Echandía, quien explica que sobre

⁶³ María Victoria Carpi Abad. *Aprovechamientos hidroeléctricos. Su régimen jurídico-administrativo*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2002, p. 265.

⁶⁴ http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:PYvFrep8sSUJ:www.infoambiental.es/html/files/pdf/amb/R104-64.pdf+definicion+autorizacion+administrativa&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEESgzCL9xov6JpDIIer6gRUZKNxQ1022xcC05yPWtrIwEl_bq3ZgsLwx6gqQTVN2bh3Y-F6xMzml4GqV-6GRRnV3mrABesn-5IuZahrGB6QqYJTAKxmqiPfr69jMm-HbngvLNSGg_e&sig=AHIEtbSuOr1pXzWV8qGfdCsR2QMhDsTfTQ_17 de septiembre de 2010.

⁶⁵ Enrique Santander Mejía. *Instituciones de derecho ambiental*. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2002, p. 139.

⁶⁶ Hernando Devis Echandía. *El régimen de las aguas en derecho colombiano*. Bogotá: Librería Colombiana, Camacho Roldán & Cía. Ltda., Editorial Antena S.A., 1944.

las aguas –por su condición o naturaleza– no es posible predicar la apropiación privada –en concordancia con lo dicho en su momento sobre el dominio de las aguas. Así las cosas, el acto administrativo otorga al particular un derecho real de uso de naturaleza especial, ya que obedece a un estatuto propio que posee el carácter de inestable y precario.

Según nuestra Corte Suprema de Justicia,⁶⁷ este derecho *sui generis* “(...) no es un verdadero derecho de uso, porque el derecho de uso se concede *intuitu personae*, no puede cederse y no le permite al titular afectar la sustancia del objeto sobre la cual recae (...)”. Como se verá adelante, el derecho de uso, utilización o aprovechamiento de las aguas otorgado a través de concesión es susceptible de cesión –previa autorización por parte de la autoridad ambiental–; por tanto, no es *intuitu personae*.

En el derecho español es posible encontrarlo definido como un derecho subjetivo que se ejerce sobre un bien de dominio público, es decir, un derecho real administrativo.⁶⁸ Entre sus características legales encontramos: i. Ser la única forma, salvo disposición en contrario, de hacer uso de las aguas superficiales; ii. Estar sujeta a la disponibilidad del recurso, el cual podrá ser prorrateado entre los interesados, iii. Ser por esencia modificable siempre que obren razones de convivencia o se alteren las condiciones ambientales; iv. Ser susceptible de cesión, previa aprobación por parte de la autoridad ambiental; v. Ser temporal, el término de la concesión deberá ser fijado en la resolución que la otorga, aunque existe un máximo legal de diez años;⁶⁹ vi. Ser prorrogable, la solicitud para este fin debe ser presentada durante el último año de su vigencia.

Lo anterior se complementa lógicamente con el estudio del camino procedimental que se surte para la obtención de la concesión. Su análisis se propone, con fines metodológicos, una vez hayamos traído a colación la naturaleza y funciones de la CAR, debido a que existen normas especiales de esta entidad en el *iter* precitado.

⁶⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación del 11 de junio de 1935.

⁶⁸ María Victoria Carpi Abad. *Aprovechamientos hidroeléctricos...*, op. cit., p. 129.

⁶⁹ Salvo para servicios públicos domiciliarios y obras de interés social en que el término máximo es de cincuenta años. Véase art. 39 del Decreto 1541 de 1978.

3. De la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR)

En la introducción se mencionó que la OBDC de la CAR es un límite en la investigación propuesta, por cuanto se estudiarán los actos administrativos emitidos por esta oficina provincial en procedimientos tendientes a la obtención de concesiones de aguas superficiales.

La reglamentación de este tipo de entidades del Estado está consagrada en el Título VI de la Ley 99 de 1993 a partir de su art. 23 donde se explica su naturaleza jurídica. Según Libardo,⁷⁰ la CAR es un ente público descentralizado, de carácter o régimen especial a nivel nacional,⁷¹ sujeto al derecho público y por consiguiente al régimen del derecho administrativo. De lo anterior se deriva que su actuación se materializa a través de actos, hechos, operaciones y omisiones administrativas. Sus funciones se encuentran consagradas en los arts. 23, 30 y 31 de la Ley 99 de 1993, literales 9.º y 12, que versan sobre su facultad de administrar los recursos naturales renovables en su jurisdicción y expedir permisos, concesiones, autorizaciones y licencias para su aprovechamiento.

La CAR está conformada por entes territoriales de similares condiciones, “(...) ecosistémicas más que políticas (...)”.⁷² Así, el territorio de influencia de la corporación está integrado por ciento cinco municipios de los cuales seis corresponden al departamento de Boyacá, noventa y ocho al departamento de Cundinamarca y el área rural del Distrito Capital de Bogotá. Con el fin de actuar en todo su territorio, la CAR ha dispuesto catorce oficinas provinciales. Este capítulo se centrará en la OBDC que posee las mismas funciones de la corporación otorgadas mediante delegación por las Resoluciones 348 del 23 de enero de 2006, 901 del 3 de marzo de 2006 y 846 del 9 de mayo de 2008.

⁷⁰ Libardo Rodríguez Rodríguez. *Derecho administrativo, general y colombiano...*, op. cit., p. 64.

⁷¹ En este punto discrepamos del doctor Rodríguez, por cuanto poseemos la fiel convicción de que las corporaciones autónomas regionales poseen un carácter departamental y municipal más que nacional.

⁷² Enrique Santander Mejía. *Instituciones de derecho ambiental...*, op. cit., p. 89.

4. Caracterización de los actos administrativos inmersos en los procedimientos tendientes a la obtención de concesiones de aguas superficiales

En numerales anteriores hemos presentado una referencia y breve exposición de la teoría general del acto administrativo con el fin de utilizarla y adecuarla en el tema expuesto en el título del presente acápite. Vale decir que los actos administrativos expedidos en ejercicio de la función administrativa del medio ambiente carecen de uniformidad gracias a la riqueza de la casuística que se presenta. En cierto modo, parte del presente trabajo radica en la alétheia⁷³ de los actos administrativos involucrados en el procedimiento de concesiones de aguas superficiales.

Dicho esto, parece conveniente comprender qué tipo de estructura común pueden presentar los actos administrativos estudiados en cuanto a sus elementos: a. El órgano que los emite es la CAR, que es competente en su jurisdicción –particularmente área rural del Distrito Capital de Bogotá y el municipio de La Calera– conforme al art. 31 de la Ley 99 de 1993; b. En cuanto al contenido todos son actos particulares, aunque en el derecho del medio ambiente se encuentra un componente de interés general conforme al art. 80 de nuestra Constitución; y c. Respecto de la voluntad, se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento y se manifiesta en forma unilateral, escrita y expresa en autos y resoluciones.

Dicho esto, comenzaremos con la exposición del trámite y los actos que en él intervienen. Conforme al memorando SJ 227–del 21 de febrero de 2007, las resoluciones 348 del 23 de enero de 2006, 901 del 3 de marzo de 2006, 846 del 9 de mayo de 2008, 703 del 25 de junio de 2003, el trámite de concesión de aguas superficiales se adelantará en las respectivas oficinas provinciales donde el jefe podrá suscribir todos los actos administrativos tendientes a su obtención, salvo la resolución final, que otorga o niega el permiso, que será de competencia exclusiva de la Subdirección Jurídica de la Corporación.

El procedimiento es el siguiente: los interesados⁷⁴ deberán presentar ante la autoridad ambiental una solicitud de concesión de aguas superficiales. An-

⁷³ De acuerdo con el concepto elaborado por Martin Heidegger “hacer evidente” en Babich Babette. “From Van Gogh’s Museum to the Temple at Bassae: Heidegger’s Truth of Art and Schapiro’s Art History”. En: *Culture, Theory & Critique*, vol. 44 num. 2, 2003, pp. 151-169.

⁷⁴ Personas naturales o jurídicas y las entidades gubernamentales. Véase el art. 54 del Decreto 1541 de 1978; Se exige la prestación personal. Art. 56 *Ibid*.

tes de la expedición de la Resolución 2202 del 29 de diciembre de 2005 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible), acogida por la CAR mediante Resolución 1072 del 29 de marzo de 2006, los arts. 54 y 55 del Decreto 1541 establecían tanto el contenido como los anexos de la solicitud, que hoy son remplazados por el formato único nacional de solicitud de concesión de aguas superficiales, que se encuentra en el sitio web de la corporación (www.car.gov.co).

Con la información allegada, la Corporación “(...) abrirá y radicará un expediente (...)”,⁷⁵ un acto administrativo “por medio del cual se inicia un trámite administrativo de concesión de aguas superficiales y se realiza el cobro por seguimiento y evaluación ambiental”. Generalmente, este es el primer acto administrativo expedido en el procedimiento de concesión de aguas superficiales, aunque esta regla puede verse quebrantada. Las posibilidades que hacen variar su forma dependen de los siguientes hechos: a. Se presentó el formulario único de concesión de aguas superficiales con toda la documentación completa; b. Se presentó la documentación incompleta,⁷⁶ pero están los costos del proyecto que permiten realizar la liquidación por servicio de evaluación; c. Se presentó la documentación incompleta sin los costos del proyecto lo cual no permite que se realice la liquidación por concepto de evaluación ambiental. Estas posibilidades generan tres actos administrativos diferentes: en la primera se expide un acto administrativo que declara el trámite iniciado y que realiza el cobro por el servicio de evaluación; en la segunda se inicia el procedimiento, se liquida el cobro y se requiere la información faltante; en la última se presenta un acto administrativo que inicia el trámite y requiere la información financiera ausente, generando un acto posterior que debe ordenar el cobro denominado auto de cobro.

Ya se habrá observado que lo principal para la existencia del acto es la información suministrada por el peticionario y sus soportes correspondientes. Realmente de aquí derivan las circunstancias que determinarán el camino y comportamiento de la corporación en cuanto a una solicitud particular. Para

⁷⁵ Art. 35 del Acuerdo CAR núm. 10 de 1989.

⁷⁶ En el evento de no reunir toda la información necesaria, la corporación la requerirá e impondrá un plazo máximo para allegarla. De no ser aportada por el solicitante, se entenderá configurado el respectivo desistimiento consagrado en el art. 13 del Código Contencioso Administrativo. La costumbre de esta entidad es emitir un auto “por medio del cual se realizan unos requerimientos y se toman otras determinaciones”. El art. 17 del nuevo código redujo el término a un mes.

ver un ejemplo, supongamos una solicitud de concesión para aprovechar aguas desde predio ajeno o en beneficio de un poseedor o en la cual se requiera la imposición de servidumbre, o que existiera oposición por ausencia de caudal o que posteriormente se verifique que la información suministrada no era suficiente o simplemente falsa, entre muchas otras.

Cualquiera sea el caso que se presente, para efectuar esta actuación a la corporación le interesan únicamente tres cosas: verificar si la información allegada es la requerida, si posee el suficiente soporte probatorio –documental en casi todos los casos– y realizar la liquidación para ordenar el cobro por concepto de servicio de evaluación ambiental.

Nada parece más oportuno que afirmar que este acto es de carácter netamente particular y concreto o creador de efectos particulares. Sin embargo, como se mencionó páginas atrás, sobre él recae un interés común o colectivo que obliga a que el mismo posea una regla típica de las decisiones generales: la publicación. Lo más natural es que el lector se pregunte por la razón justificante, la cual no es otra que la escasez y comunidad de los recursos naturales renovables. En otras palabras, y trayéndolo al caso concreto, todo lo que ocurra en el agua de un río cauce arriba tendrá, de una u otra manera, un impacto o externalidad⁷⁷ cauce abajo; esto hace que el otorgamiento de una concesión de aguas pueda afectar⁷⁸ a una comunidad entera, por tanto, esta posee el derecho de intervenir en el trámite administrativo.⁷⁹

⁷⁷ “En economía y otras ciencias sociales, una externalidad es, parsimoniosamente hablando, ‘una interdependencia no compensada.’ También se la puede calificar como un beneficio o un costo que no refleja su precio real en el mercado (...)”. Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Externalidad>.

⁷⁸ Código Contencioso Administrativo Colombiano, art. 46.- Publicidad: “Cuando, a juicio de las autoridades, las decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutive, por una vez, en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para estos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones”. Ley 1437 de 2011, art. 73: “Cuando, a juicio de las autoridades, los actos administrativos de carácter particular afecten en forma directa e inmediata a terceros que no intervinieron en la actuación y de quienes se desconozca su domicilio, ordenarán publicar la parte resolutive en la página electrónica de la entidad y en un medio masivo de comunicación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones. En caso de ser conocido su domicilio se procederá a la notificación personal”.

⁷⁹ Mediante los mecanismos de participación ambiental, derecho de petición, intervención de terceros, audiencias públicas, entre otros. Véase: Gloria Amparo Rodríguez y Lina Marcela Muñoz Ávila. *La participación en la gestión ambiental...*, op. cit.

De igual manera podríamos, con convencimiento pleno, afirmar que este acto es de aquellos denominados de trámite, *a contrario sensu*, no es su intención poner fin o término a la actuación. Pero ¿cómo se explica que la decisión deba notificarse personalmente y posea recursos en la vía gubernativa? La respuesta y los argumentos se encuentran en el art. 49 del Decreto 01 de 1984 y en la jurisprudencia constitucional,⁸⁰ teniendo en cuenta que los actos administrativos que tomen decisiones definitivas o de fondo deben ser notificados y brindar la posibilidad de ser recurridos. En el caso *sub-examine* la decisión de fondo es la liquidación y el cobro.

En estricto sentido, el recurso únicamente podría versar sobre los elementos constituyentes de la liquidación, es decir, sobre la decisión de fondo tomada—error en la base de liquidación, en la fórmula aritmética, resultado, entre otros—; sin embargo, ya que se abre la puerta para la vía gubernativa, el particular podría alegar un error respecto de los requerimientos o valoración de la información y documentación por él allegada.

Si bien se ha venido destacando la naturaleza del acto, existe otra característica que permite clasificarlo como sujeto a una condición. En estricto sentido, el acto administrativo posee plena ejecutividad y ejecutoriedad sin sujeción alguna; no obstante, crea dos condiciones para poder continuar con el trámite administrativo: el pago del valor cobrado por concepto de servicio de evaluación ambiental y allegar dos copias de las constancias documentales de dicho hecho, una dirigida al expediente y otra a la Subdirección de Recursos Económicos y Apoyo Logístico. El no pago o la no presentación⁸¹ de su acreditación dará lugar a la suspensión del trámite y al archivo de la solicitud.⁸²

Una vez allegados los recibos de pago, se emite un acto administrativo denominado “por medio del cual se ordena la práctica de una visita ocular”, que debe ser notificado personalmente y publicado por medio de aviso durante diez días en las carteleras de la alcaldía del municipio⁸³ y en la Oficina del Sistema de Atención al Usuario de la corporación. En él se informa la

⁸⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 1996, M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez.

⁸¹ La no presentación de la acreditación del pago no está contemplada en el acuerdo, pero se ha tomado la costumbre de asimilarlo a la falta de cancelación.

⁸² Art. 14 del Acuerdo CAR núm. 01 de 2001.

⁸³ Para el caso de Bogotá D.C., en la Alcaldía Menor de la localidad del predio beneficiario de la concesión. Véase art. 57. *Ibid.*

fecha y hora en que se adelantará la visita, para posibilitar la participación⁸⁴ de la comunidad o de terceros interesados en la práctica de la diligencia. De no realizarse en esos tiempos, el trámite administrativo debe ser subsanado⁸⁵ fijando nueva fecha para la inspección.

Una vez cumplidos plenamente los requisitos del camino procesal, se llevará a cabo la visita ocular, que no es otra cosa⁸⁶ que un mecanismo de verificación de la situación ambiental. La vista deberá ser realizada por una persona idónea⁸⁷ en el tema de aguas, con el fin de estudiar las condiciones en las que se encuentran dos sitios: de donde se pretende realizar la captación y el o los predios beneficiarios,⁸⁸ para establecer la viabilidad o no de otorgar la concesión. Una vez sea practicada la visita, se deberá plasmar lo observado en un acto administrativo denominado informe técnico.

La información contenida en el informe es de carácter probatorio, ya que establece las razones ambientales, sociales, culturales y económicas que el visitador discrecionalmente considera importantes para el otorgamiento o no de la concesión de aguas superficiales. A propósito, lo observado en la visita no es vinculante para los usuarios ni el público en general hasta que sea plasmado en el informe y este a su vez en un acto administrativo. De lo cual se deduce que la corporación –área jurídica– no está en la obligación de aceptar el concepto del visitador y puede expedir un acto administrativo en contravía de lo plasmado en el concepto. Sin embargo, el autor no ha encontrado hasta el momento un caso en que esto ocurra, siempre se expide el acto administrativo subsiguiente siguiendo ciegamente las “recomendaciones” realizadas por el técnico.

⁸⁴ Cualquier persona que tenga derecho o interés legítimo podrá oponerse a que sea otorgada la concesión antes de la práctica de la visita ocular o en esta diligencia.

⁸⁵ Generando un acto administrativo conocido como “por medio del cual se sana un procedimiento”.

⁸⁶ La visita ocular es un proceso de constatación de la realidad por parte de uno o varios funcionarios de la corporación. Este tiene un carácter probatorio abstracto y particular.

⁸⁷ El art. 56 del Decreto 1541 de 1978 exige como requisito la idoneidad del funcionario que realiza la visita. A manera de ejemplo: un abogado, un veterinario o un geólogo no es competente para conceptuar sobre aguas.

⁸⁸ Con la inspección ocular a estos lugares se pueden establecer condiciones de transporte, almacenamiento y mantenimiento del agua, verificar medianamente la información allegada en cuanto a costos, la necesidad de imponer servidumbre. Así mismo, las inconformidades y temores de la población posiblemente afectada que puede acompañar la diligencia.

La ausencia de carácter vinculante⁸⁹ obedece a la siguiente razón: quien suscribe este informe no posee una delegación específica conforme a las normas de la Ley 489 de 1998, sino que es avalado por el jefe de la Oficina quien sí tiene la competencia para ello. En el caso de los contratistas la situación es aún más complicada debido a que ni siquiera tiene establecidas funciones en el organigrama de la entidad. En una palabra, la reflexión que se propone radica en que este acto llamado informe o concepto técnico podría llegar a ser demandable por falta de competencia.

Aun así, y conforme a la teoría general, es un acto administrativo preparatorio en la medida en que no pone fin a la actuación; no obstante, dado que define y califica la situación ambiental, aporta información que debe ser tenida en cuenta en el momento de expedir el acto definitivo. Por esta razón no tiene los recursos de la vía gubernativa, conforme a lo dispuesto por el art. 49 del Código Contencioso Administrativo y, por sustracción de materia, tampoco es susceptible de revocatoria directa. Quince días contados a partir de la práctica de la visita, la corporación tiene la obligación legal de expedir una resolución, otorgando o negando la concesión de aguas superficiales. En caso negativo, es viable la presentación de los recursos de ley.

Este acto administrativo posee dos variantes, a saber: las concesiones de aguas mayores a un litro por segundo y las menores a ese caudal. La diferencia radica principalmente en que si la concesión es menor a un litro por segundo, la corporación entrega los diseños de las obras de captación conforme al Acuerdo CAR núm. 11 de 21 de abril de 2005, que modificó el art. 106 del Acuerdo 10 de 1989; si es mayor, el usuario debe presentarlos para su aprobación. Sin embargo, estas dos variantes son actos administrativos de carácter particular y sujetos a condiciones por cuanto el beneficiario deberá construir las obras de captación, dar cumplimiento a las medidas de compensación⁹⁰ y entregar el plan de uso eficiente y ahorro del agua. Esto implica que el tiempo de vida de la concesión comenzará a partir de los tres meses que posee el

⁸⁹ Se expone un caso en donde el concepto técnico solicita medidas extremas para la protección del ambiente pero que nunca fue acogido por acto administrativo y el trámite se estancó ahí. Situación que hace imposible solicitar al ciudadano el cumplimiento de lo establecido en el informe.

⁹⁰ Serie de obligaciones tales como reforestación de fuente hídrica y otras que su incumplimiento podría acarrear la declaratoria de caducidad de la autorización, previo anuncio.

usuario para estos menesteres. En caso de no ocurrir, el acto administrativo no quedará ejecutoriado.

Igualmente es un acto definitivo, conclusivo y decisorio, por cuanto pone fin al procedimiento administrativo. Cabe anotar que esto es válido parcialmente por dos razones: la primera, por la facultad de la corporación de ejercer la vigilancia y el control para estudiar si el beneficiario ha cumplido con las obligaciones impuestas y no está abusando de su derecho de acceso al agua –captación de más caudal del otorgado–; la segunda, por el hecho de estar sujeto a condición verificable.

Una vez ejecutoriado el acto en cuestión, la corporación, de conformidad con sus facultades de vigilancia, puede emitir autos de requerimiento, para solicitarle al usuario cualquier cosa que necesite o estime necesaria para la protección al medio ambiente. Esta es tal vez la decisión con mayor grado de discrecionalidad que podemos encontrar en el proceso. Ejemplos se presentan cuando la CAR requiere: que un usuario que por ley debe obtener concesión para el aprovechamiento de las aguas y no la tiene, la solicite; que se complete cierta información; que se cumpla con alguna medida de compensación;⁹¹ que se aclare cierta información; que se realice alguna actividad para la protección ambiental, entre infinitas posibilidades que representan un riesgo por cuanto es posible abusar de ellas.

Las manifestaciones de exceso de poder implican, aspectos relacionados con la constante evolución tecnológica y científica de los métodos técnicos que utilizan los ingenieros y profesionales de la CAR, que se desenvuelve en que requieran a un usuario técnicas variadas o contradictorias para un mismo asunto. Otra manifestación de exceso de poder se presenta en el interés supremo de conservar y proteger el medio ambiente, así las facultades legales no tengan el alcance deseado, como ordenar la construcción de una cerca para proteger la calidad del agua de un río cercano a una zona de pastoreo.

En este sentido, es algo inquietante que este acto administrativo sea considerado plenamente de trámite y no se pueda recurrir por vía gubernativa, dejando como única opción las acciones contenciosas o las constitucionales y la solicitud de revocatoria directa.

⁹¹ El incumplimiento por parte del concesionario genera la posibilidad a la CAR de declarar la caducidad de la concesión previo anuncio.

5. Puntos de quebrantamiento entre la teoría general del acto administrativo y el derecho del medio ambiente

Las causas generadoras de la modificación y reforma de la teoría general del acto administrativo, diferentes al natural paso del tiempo, se identifican con las tendencias de globalización y constitucionalización del derecho.⁹²

En el derecho del medio ambiente tal vez coexisten la mayoría de tratados internacionales ratificados por Colombia, situación que modifica la tradicional manera de actuar de las entidades encargadas de la administración de los recursos naturales, otorgando nuevos elementos de juicio y comportamiento ante el acto administrativo. Así mismo, con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991 y su consecuente aplicación se han dado cambios o manifestaciones que vienen quebrantando la teoría tradicional del acto administrativo, generados principalmente por las decisiones judiciales en vía de tutela, acciones de grupo y populares. En estas decisiones se promueve la aplicación de principios constitucionales y legales tales como la justicia, equidad, seguridad jurídica e interés general, para resolver casos en concreto.

Un último efecto que justifica y anima el presente capítulo es la particular tipología de los actos administrativos en el derecho del medio ambiente y sus discrepancias con la teoría general. A manera de ejemplo Gloria Amparo Rodríguez, refiriéndose a la licencia ambiental, indica que “(...) se caracteriza por ser un acto administrativo excepcional (...)”;⁹³ que es compuesto porque “(...) incluye los permisos y autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables ... es modificable cuando varían las condiciones que dieron origen a su otorgamiento (...) puede ser objeto de suspensión (...) es de contenido mixto (...) condicional (...)”⁹⁴ y es “(...) discrecional (...)”.⁹⁵

⁹² Paolo Comanducci. *Constitucionalización y teoría del derecho*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2005.

⁹³ Gloria Amparo Rodríguez. “La licencia ambiental, un acto administrativo especial y su proceso de flexibilización”..., op. cit.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

No obstante, únicamente se presentará un caso ilustrativo, ya que el objetivo de este escrito es exponer la existencia del quebrantamiento de la teoría general del acto administrativo en el derecho del medio ambiente.⁹⁶

5.1. Revocatoria y modificación del acto administrativo de carácter particular y concreto

Nuestro ordenamiento no prohíbe ni proscribire de ninguna manera la revocatoria de los actos administrativos de carácter particular y concreto, pero sí impone ciertos límites para que una entidad pueda hacerlo. El Consejo de Estado ha reconocido en diversas sentencias⁹⁷ estos requisitos, que coinciden con los establecidos en la norma precitada, aunque en otras oportunidades ha escogido solo algunos tal como se expone en esta decisión: “El análisis anterior permite a la Sala llegar a la conclusión que los únicos actos de carácter particular o concreto que son susceptibles de revocación, sin el consentimiento expreso y escrito del titular, son los que resultan de la aplicación del silencio administrativo positivo, conforme a la previsión contenida en el inciso 2º del Artículo 73 del C.C.A. (...)”.⁹⁸ No siendo el objeto de estudio esta discusión, aceptaremos los preceptos legales para la revocatoria de los actos administrativos de carácter particular y concreto.

⁹⁶ Otro caso de quebrantamiento podría ser la aplicación de la ley en tiempo.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1991, exp. 6478, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2001, exp. 12907, C.P. Ricardo Duque Hoyos.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2006, exp. 10227, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Véase también para el tema de revocatoria de los actos administrativos de carácter particular:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 2004, exp. 14264, C.P. Ligia López Días.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 2007, exp. 00670, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1987, exp. 4975, C.P. Antonio Irisarri Restrepo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 1991, exp. 5838, C.P. Julio César Uribe Acosta.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 1991, exp. 1185, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

Es necesario afirmar que un acto administrativo debidamente ejecutoriado y que no esté incurso en ninguna de las causales consagradas en el art. 73; para ser modificado, necesariamente debe demandarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Si fuese el caso que nos encontráramos ante la configuración de la caducidad de las acciones,⁹⁹ este acto administrativo tendría un andamio indestructible según su teoría general y la tradición dogmática del derecho público.

Desde otra perspectiva, encontramos unas costumbres diferentes en los actos administrativos del derecho del medio ambiente,¹⁰⁰ ya que en la práctica las autoridades ambientales adicionan así las causales: a. Pueden ser revocados o modificados si las condiciones medio ambientales cambian; b. Cuando se requiera corregir errores emitidos por falta de técnica jurídica, desconocimiento legal o técnico por parte de la autoridad ambiental, por ejemplo, casos en que se otorgó la concesión por un tiempo superior al legalmente permitido, digamos veinte años. Una muestra de lo anterior se presenta en los expedientes 1101-762-6717 y 1101-762-5946;¹⁰¹ c. Cuando se configura la injustificada dilación en los trámites administrativos. Por último, citaremos a Camilo José Orrego Morales,¹⁰² cuando enseña que:

El acto administrativo goza de una serie de privilegios que aseguran su estabilidad jurídica.

⁹⁹ Acción de nulidad simple: no tiene.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho: cuatro meses.

Acción contractual: dos años.

Acción electoral: dos años.

¹⁰⁰ El autor se atreve a formular reglas genéricas para los actos administrativos en ejercicio de la función del medio ambiente, desde aquellos integrantes del procedimiento para la obtención de la concesión de aguas superficiales.

¹⁰¹ En este caso se revoca la Resolución 17 de 1999, por cuanto se impuso una multa sin adelantar el trámite sancionatorio dispuesto en el Decreto 1594 de 1984.

¹⁰² Camilo José Orrego Morales. Extractos textuales de diapositivas mostradas en clase denominada “Acto administrativo: debates actuales sobre el tema”, en el primer semestre de 2009 en la Maestría en Derecho Administrativo, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, así como de su tesis de maestría *Entre la justicia y la seguridad jurídica, debates en torno a la caducidad y el acto administrativo particular como blanco de las acciones populares y contenciosas*.

Un principio fundamental de esta estabilidad, además de la seguridad jurídica, es una razón de buena fe, desde una dimensión de justicia, al tener los ciudadanos certeza de que, cumpliéndose unas condiciones legales, las situaciones particulares y concretas no serán modificadas. Pero también, interesa a la colectividad, desde una perspectiva de interés general (bien común) que tanto los jueces como la administración no puedan modificarlas en cualquier tiempo o a su arbitrio.

La caducidad, si bien es un límite al derecho de acción, también es una regla que opera a favor de la estabilidad del acto administrativo particular y concreto.

Empero, los jueces, a la hora de ponderar cada caso, han incorporado variables a la consagración objetiva prevista por el legislador, ello, en aras de garantizar la eficacia de derechos fundamentales, pero, debe decirse, se corre el riesgo de un trato desigual, que es lo que justamente busca eliminar el legislador.

Sumado a lo anterior, se puede decir que no solo los jueces han incorporado variables a la inmodificabilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto, sino también la administración pública, particularmente las entidades que conforman el SINA, en ejercicio de esta apasionante área del derecho.

Conclusiones

Es pertinente dedicar este aparte a la recopilación *in genere* de los resultados arrojados por nuestro estudio. Así, pues, recordaremos que todo partió de la determinación de la teoría general del acto administrativo en comparación con el trámite de concesión de aguas superficiales que adelanta la CAR, arrojando como resultado una realidad y tipología única de comportamiento especial de actos administrativos.

Dada la cantidad de posibilidades existentes en los requisitos exigidos por la CAR y los comportamientos de los usuarios de este trámite administrativo, el examen de los casos o casuística es insuperable, aunque se pueden identificar puntos concretos de acuerdo con el camino ideal. De esta forma se realizó la exposición de los actos.

Por lo anterior se propone la siguiente reflexión: ¿la teoría general de acto administrativo y los inmensos esfuerzos de nuestros doctrinantes en teorizar y recopilar pensamientos en una gran dogmática del derecho público han tenido el impacto suficiente y adecuado en el comportamiento de nuestras entidades estatales o, por el contrario, esta tradición no ha penetrado nuestra cultura institucional y son otras las reglas bajo las cuales se desarrolla el accionar administrativo –no solamente en ambiental?

Llama la atención del autor que la técnica jurídica no está plenamente identificada en la elaboración de todos los actos en cuestión. La corporación actúa de acuerdo con unos formatos que no siempre contemplan las posibilidades que ofrece la realidad. Lógicamente, esto aumenta el nivel de discrecionalidad de los funcionarios y de su obligación de motivación. Por lo anterior, hoy más que nunca tiene justificación y necesidad la idoneidad, competencia y tecnocracia de los funcionarios que deben, de acuerdo con sus funciones, impulsar estos procedimientos.

Por otra parte, encontramos un uso generalizado y llamativo relacionado con que cada acto administrativo recapitula todos y cada uno de los hechos suscitados en el trámite; de tal manera que con la lectura de la última decisión es posible enterarse de lo ocurrido, pero no de las razones suficientes para su expedición.

Por tanto, concluiremos afirmando que el acto administrativo producto del derecho ambiental es una decisión *sui generis* que no observa a cabalidad las antiguas instituciones dogmáticas del derecho público. Tal es el caso de la teoría general del acto administrativo que se ve trasgredida por las tendencias de los instrumentos de actuación de las autoridades ambientales en la nación. Como bien lo enseña el profesor Cafferatta¹⁰³ citando a Ojeda Mestre, lo anterior ocurre por cuanto el derecho ambiental es novedoso y joven, situación que lo hace especial y diferente a sus congéneres.

Bibliografía

Babette E. Babich. "From Van Gogh's Museum to the Temple at Bassae: Heidegger's Truth of Art and Schapiro's Art History". En: *Culture, Theory & Critique*, vol. 44, núm. 2, 2003.

¹⁰³ Néstor A. Cafferatta, *Introducción al derecho ambiental*. México: Instituto Nacional de Ecología, 2004, p. 246.

- Berrocal, Enrique. *Manual del acto administrativo*. Bogotá: Librería del Profesional, 2001.
- Cafferatta, Néstor A. *Introducción al derecho ambiental*. México: Instituto Nacional de Ecología, 2004.
- Cardona González, Álvaro Hernando. “Conflictos en los modos de adquirir el derecho a usar las aguas continentales y en su reglamentación”. En: *Derecho de aguas*, t. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Cardona González, Álvaro Hernando. “El régimen jurídico de las aguas en Colombia”. En: *Derecho de aguas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Carpi Abad, María Victoria. *Aprovechamientos hidroeléctricos. Su régimen jurídico-administrativo*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2002.
- Castillo Blanco, Federico. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones, 1998.
- Comanducci, Paolo. *Constitucionalización y teoría del derecho*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2005.
- De Laubaudére André. *Traité de droit administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995.
- Devis Echandía, Hernando. *El régimen de las aguas en derecho colombiano*. Bogotá: Librería Colombiana, Camacho Roldán & Cía. Ltda., Editorial Antena S.A., 1944.
- Dromi, José Roberto. *El procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Editorial de Ciencias y Cultura, 1999.
- Gómez Rey, Andrés; Espinosa Acuña, David y Succar Jaramillo, Natalia. *El derecho a la información. Análisis sobre su línea jurisprudencia*. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2004.
- González-Varas Ibáñez, Santiago. *Nuevo derecho de aguas*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A. 2007.
- Grueso, Delfín Ignacio. *John Rawls. Legado de un pensamiento*. Colección de Artes y Humanidades, Cali: Universidad del Valle, 2005
- Macías Gómez, Luis Fernando. “Licencias y permisos ambientales”. En: *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.
- Macías Gómez, Luis Fernando. *Introducción al derecho ambiental*. Bogotá: Legis, 1998.

- Mora Restrepo, Gabriel. “Reflexiones sobre el estatuto epistemológico en el conocimiento del derecho” [Discurso Cátedra de Derecho Natural]. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2000.
- Orrego Morales, Camilo José. “Acto administrativo: debates actuales sobre el tema” [Extractos de clase]. Maestría en Derecho Administrativo, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, 2009.
- Patiño Posse, Miguel. *Derecho ambiental colombiano*. Bogotá: Legis, 1999.
- Penagos, Gustavo. *El acto administrativo*, t. I y II: parte general, nuevas tendencias. 8.^a ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2008.
- Peña Porras, Diego Isaías. *La construcción del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad de los Andes, Editorial Temis, 2008.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, vol. 1. 22.^a ed. Madrid: Espasa Calpe, 2001.
- Rodas Monsalve, Julio Cesar. *Constitución y derecho ambiental. Principios y acciones constitucionales para la defensa del ambiente*. Bogotá: Cargraphics S.A., 2001.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo, general y colombiano*. 10.^a ed. Bogotá: Editorial Temis, 2001.
- Rodríguez, Gloria Amparo. “La licencia ambiental, un acto administrativo especial y su proceso de flexibilización”. En: *Retos y perspectivas del derecho administrativo*. 2.^a parte. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- Rodríguez, Gloria Amparo y Muñoz Ávila, Lina Marcela. *La participación en la gestión ambiental, un reto para el nuevo milenio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- Santander Mejía, Enrique. *Instituciones de derecho ambiental*. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2002.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, t. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho administrativo*. 10.^a ed. Bogotá: Editorial Temis, 1994.
- Zanobini, Guido. *Curso de derecho administrativo*, t. I: parte general. Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1995.

Jurisprudencia

Colombia, Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.^a, Sentencia de 1998, C.P. Delio Gómez Leyva.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 2001, exp. 981399, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1991, exp. 6478, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 1989, exp. 980, M.P. Consuelo Sarria.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sentencia de 1998, C.P. Juan Alberto Polo.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 1991, exp. 190, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 1995, exp. 2943, C.P. Ernesto Rafael Ariza.

Colombia, Corte Constitucional

Sentencia C-489 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-569 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández.

Sentencia C-546 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia C-339 de 1996, M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez.

Sentencia C-519 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-397 de 1997, M.P. Antonio Barrera.

Sentencia C-431 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Consultas en la web

“Molécula agua”. En: *Wikipedia*. Disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Agua_\(mol%C3%A9cula\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Agua_(mol%C3%A9cula))

“Estados de la materia”. En: *Visionlearning*. Disponible en: http://www.vision-learning.com/library/module_viewer.php?mid=120&l=s

<http://docs.google.com/viewer?>

Anexo

Los expedientes descritos a continuación fueron examinados para la elaboración del presente estudio. El número descrito obedece a la última serie de la cual se habló en el texto y lógicamente todos de concesión de aguas superficiales.

Expediente CAR 33650, municipio de La Calera, junta de acción comunal de la Vereda Buenos Aires, representante Marco A. Vanegas.

Expediente CAR 1130, localidad de Suba del Distrito Capital de Bogotá, Universidad Santo Tomás.

Expediente CAR 1352, municipio de La Calera, Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB).

Expediente CAR 2378, Distrito Capital de Bogotá, Julio Cesar naranjo.

Expediente CAR 2369, municipio de La Calera, junta de acción comunal de la vereda San Cayetano.

Expediente CAR 2371, municipio de La Calera, Rafael Eduardo Murcia.

Expediente CAR 2557, localidad de Usaquén, Colpatria Sociedad Colombiana de Capitalización.

Expediente CAR 2605, municipio de La Calera, Gustavo Vargas.

Expediente CAR 33662, localidad de Chapinero del Distrito Capital de Bogotá, Muchel Henry Dubourg.

Expediente CAR 5938, Bogotá Distrito Capital, Alcaldía Local de Usme.

Expediente CAR 17241, localidad de Usme del Distrito Capital de Bogotá, junta de acción comunal de la vereda La Mayoría.

Expediente CAR 22062, municipio de La Calera, Sociedad Osorio Nieto y Cía. S. en C.

Expediente CAR 27158, municipio de La Calera, Country Club de La Calera.

Expediente CAR 32022, municipio de La Calera, Clemencia Flores de Gómez.

Expediente CAR 33238, municipio de La Calera, Luis Antonio Martínez.

Expediente CAR 34247, municipio de La Calera, Alianza Fiduciaria S.A., fideicomiso Santa Isabel de La Calera.

Expediente CAR 1021, localidad de Usme del Distrito Capital de Bogotá, vecino de la vereda El Destino de Usme.

- Expediente CAR 3076, municipio de La Calera, Hipólita Carreño de Silva.
- Expediente CAR 4717, localidad de Suba del Distrito Capital de Bogotá, Colombian Carnations Ltda.
- Expediente CAR 6222, localidad de Chapinero del Distrito Capital de Bogotá, junta de acción comunal del barrio Bosque de Bella Vista.
- Expediente CAR 11064, municipio de La Calera, Flor María López de Monsalve.
- Expediente CAR 16989, localidad de Suba del Distrito Capital de Bogotá, Castro Rincón Ltda., Colegio Buckingham.
- Expediente CAR 22664, municipio de La Calera, Alejandro Uribe Hosie.
- Expediente CAR 25153, municipio de La Calera, María Priscila Ricaurte Rivera.
- Expediente CAR 26420, municipio de La Calera, junta de acción comunal de la vereda El Hato, Representante Omar Perdigón.
- Expediente CAR 27659, municipio de La Calera, Martha Cecilia Cardona.
- Expediente CAR 28665, municipio de La Calera, Sandra Patricia Rivera.
- Expediente CAR 33845, municipio de La Calera, Cecilia de Correa de Cañón.
- Expediente CAR 33835, municipio de La Calera, Edgar Humberto Guiza.
- Expediente CAR 28625, municipio de La Calera, Yesid Recaman Franco.
- Expediente CAR 27579, municipio de La Calera, Martha Cecilia Cardona.
- Expediente CAR 26253, municipio de La Calera, Fernando Goufray.
- Expediente CAR 25035, municipio de La Calera, Juan Manuel Jaramillo.
- Expediente CAR 22349, municipio de La Calera, Carlos Enrique Gualteros.
- Expediente CAR 16068, municipio de La Calera, María Delia Alba.
- Expediente CAR 10829, municipio de La Calera, Reinaldo Ayala Mora.
- Expediente CAR 6221, municipio de La Calera, hermanos Alvarado Rozo.

- Expediente CAR 4705, localidad de Suba del Distrito Capital de Bogotá, Alfredo Sesana Frigerio.
- Expediente CAR 2930, municipio de La Calera, Asociación de Usuarios Campesinos de La Calera.
- Expediente CAR 980, municipio de La Calera, Georgio Brinda.
- Expediente CAR 34119, localidad de Usme del Distrito Capital de Bogotá, Alianza Fiduciaria S.A.
- Expediente CAR 33238, municipio de La Calera, Luis Antonio Martínez.
- Expediente CAR 28731, localidad de Chapinero del Distrito Capital de Bogotá, Acualcos ESP.
- Expediente CAR 22090, localidad de Usme del Distrito Capital de Bogotá, Miguel Aldana.
- Expediente CAR 21578, localidad de San Cristóbal del Distrito Capital de Bogotá, comité barrio Aguas Claras.
- Expediente CAR 8259, localidad de Usaquén del Distrito Capital de Bogotá, Omar Henry Plata.

El espacio público como uno de los componentes del medio ambiente urbano

Análisis de su protección judicial vía acciones populares

Giovanni J. Herrera Carrascal*

Introducción

El espacio público constituye un escenario a disposición de todos, por ende, compromete tanto a las autoridades como a los particulares en el propósito común de preservarlo y mejorarlo, no solo en lo que atañe a las presentes generaciones, sino también con la conciencia clara y la responsabilidad jurídicamente exigible que tenemos para con las futuras.

Hoy resulta innegable que el espacio público genera ciudad, integración y coherencia social. Las ciudades no son simples aglomeraciones de viviendas, edificios, actividades comerciales, de servicios e industriales, pues los seres humanos también tenemos necesidades urbanas colectivas ambientales, culturales, espirituales, de recreación, esparcimiento y ocio, entre muchas otras, que requieren de los correspondientes espacios físicos y virtuales a disposición de toda la colectividad. El espacio público se constituye en uno de los componentes del concepto de medio ambiente urbano, a propósito de los elementos naturales que lo integran y que contribuyen a mejorar las condiciones de calidad de vida de los habitantes de las urbes.

La primera parte de este capítulo presenta la interrelación entre los conceptos de espacio público y medio ambiente urbano, continúa con la historia

* Abogado especializado en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Javeriana; en Derecho Comercial, Universidad de los Andes, y en derecho ambiental, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Magíster en Derecho de los Recursos Naturales, Universidad Externado de Colombia. Docente universitario en las áreas del Derecho Ambiental y Urbano.

de la consolidación del derecho al espacio público, los deberes correlativos a este derecho, el patrimonio público y su relación con el espacio público; también analiza este último como derecho de rango constitucional de carácter colectivo, las violaciones o vulneraciones que se cometen en contra de este derecho, los instrumentos jurídicos que existen para su protección y se profundiza en el estudio jurídico de las acciones populares como instrumento judicial idóneo para la protección de la integridad del espacio público así como la utilización y defensa de los bienes de uso público.

La segunda parte está dedicada al estudio de diez acciones populares debatidas y decididas por el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo en el país. El común denominador de estas sentencias concluyentes y de segunda instancia (lo que constituye jurisprudencia) es que gracias a ellas se ha resuelto una variada gama de casos representativos de las múltiples manifestaciones del espacio público, como componente del medio ambiente urbano, y de los conflictos que se generan a partir de su uso, aprovechamiento y/o ocupación inadecuada tanto por agentes privados como públicos. Por último, se presenta la reflexión final en torno a la investigación adelantada.

1. El espacio público como uno de los componentes del medio ambiente urbano

En Colombia no existe una definición legal del concepto *medio ambiente urbano*, como sí de otras instituciones trascendentales del derecho ambiental, por ejemplo, contaminación, desarrollo sostenible, licencia ambiental, diversidad biológica e infracción en materia ambiental,¹ solo por mencionar cinco ejemplos categóricos, entre muchos otros que constituyen las piedras angulares sobre las cuales se soporta nuestro ordenamiento jurídico ambiental. La ley ambiental colombiana establece que:

Los municipios, distritos o áreas metropolitanas cuya población urbana fuere igual o superior a un millón de habitantes (1.000.000)

¹ Contaminación (arts. 4.º de la Ley 23 de 1973 y 8.º del Decreto-Ley 2811 de 1974); desarrollo sostenible (art. 3.º de la Ley 99 de 1993); licencia ambiental (art. 50 de la Ley 99 de 1993 y 3.º del Decreto Reglamentario 2820 de 2010); diversidad biológica (art. 2.º del Convenio de Diversidad Biológica (CDB), aprobado en Colombia mediante la Ley 165 de 1994) e infracción en materia ambiental (art. 5.º de la Ley 1333 de 2009).

ejercerán dentro del perímetro urbano las mismas funciones atribuidas a las corporaciones autónomas regionales, en lo que fuere aplicable al *medio ambiente urbano*. Además de las licencias ambientales, concesiones, permisos y autorizaciones que les corresponda otorgar para el ejercicio de actividades o la ejecución de obras dentro del territorio de su jurisdicción, las autoridades municipales, distritales o metropolitanas tendrán la responsabilidad de efectuar el control de vertimientos y emisiones contaminantes, disposición de desechos sólidos y de residuos tóxicos y peligrosos, dictar las medidas de corrección o mitigación de daños ambientales y adelantar proyectos de saneamiento y descontaminación.²

Por su parte, “los Distritos de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla ejercerán, dentro del perímetro urbano de la cabecera distrital, las mismas funciones atribuidas a las corporaciones autónomas regionales en lo que fuere aplicable al *medio ambiente urbano*, en los mismos términos del artículo 66 de la ley 99 de 1993.³

De acuerdo con la definición legal del *espacio público* como “el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes”,⁴ resulta evidente que el espacio público es uno de los componentes del medio ambiente urbano, por ejemplo, los elementos naturales de los bienes inmuebles privados, tales como jardines y antejardines.

Ahora bien, son espacio público, entre otros, los *elementos naturales* tales como las fuentes de agua, los parques, las plazas, las zonas verdes y similares, las áreas para la conservación y preservación del paisaje, los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como sus elementos vegetativos, arenas y corales, y en general todas las zonas existentes o debidamente

² Colombia, Ley 99 de 1993, art. 66, inciso 1.º

³ Colombia, Ley 768 de 2002, art.13, inciso 1.º

⁴ Colombia, Ley 9.ª de 1989, art. 5.º, inciso 1.º

proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente, y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.⁵

Con fundamento en lo anterior, y a partir de la revisión de la legislación y jurisprudencia Colombiana que existe sobre la materia, se considera que el *medio ambiente urbano* corresponde a todos aquellos ámbitos o aspectos que inciden en el entorno de la ciudad, y que, en consecuencia, tienen la potencialidad de afectar la calidad de vida de los habitantes de una urbe.

Así, sin que exista un listado taxativo de todos *los ámbitos o aspectos que integran el concepto de medio ambiente urbano*, podemos citar: el espacio público, la movilidad en la ciudad, el aire (calidad del aire), el agua (aguas superficiales y subterráneas), el suelo (especialmente los usos del suelo), el paisaje, la publicidad exterior visual; e incluso elementos y factores que conforman el ambiente o influyen en él tales como los residuos, el ruido, los olores, las condiciones de vida resultantes de asentamientos humanos urbanos o rurales, los bienes producidos por el hombre o cuya producción sea inducida o cultivada por él, en cuanto incidan o puedan incidir sensiblemente en el deterioro ambiental.

Conviene aclarar en este punto que la gestión para el manejo de estos recursos, elementos y factores en las áreas urbanas involucra, de manera diferenciada, a las autoridades ambientales regionales –CAR–, a los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, a las autoridades del artículo 13 de la Ley 768 de 2003 y a los entes territoriales, dentro de su respectivo marco de competencias y jurisdicciones.⁶

Vale la pena tener presente que la Constitución Política de Colombia de 1991 prevé que la dirección general de la economía está a cargo del Estado; en consecuencia, el Estado interviene en la explotación de los recursos naturales y en el uso del suelo, entre otros, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, *el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes*, la distribución

⁵ *Ibidem*, inciso 2.º

⁶ Colombia, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, *Política de gestión ambiental urbana*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2008, p. 17.

equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, y la *preservación de un ambiente sano*.⁷

Nuestro medio ambiente comprende todo el espacio que nos rodea. Es, así mismo, el espacio donde interactuamos con los demás. En una ciudad, los espacios privados son mínimos, pues la mayor parte de nuestra vida transcurre en espacios colectivos –la calle, la oficina, la universidad, los centros comerciales–, donde constantemente tenemos que relacionarnos con las personas. Por lo tanto, el medio ambiente urbano está íntimamente relacionado con el espacio público de una ciudad.⁸

Adicionalmente,

el espacio público cumple una serie de funciones vitales en relación con las ciudades: 1. Suministrar luz y aire a las construcciones ubicadas dentro de las ciudades, 2. Brindar perspectivas y vistas del contorno urbano como medio alternativo ante la presión física y de aglomeración, sobre todo en las áreas más densificadas, 3. Suministrar a la comunidad servicios recreativos, 4. Brindar protección ecológica de gran valor, como la recarga de aguas subterráneas, o la prevención de los peligros de inundaciones en áreas de alto riesgo, 5. Servir como instrumento de conformación de ciudad, de forma que gran parte del complejo metropolitano se distinga de sus vecinas en vez de fusionarse a ellas, 6. Reserva de áreas vacantes para usos futuros en algunas de las actividades mencionadas.⁹

Por otra parte, es tan íntima la relación que existe entre los conceptos de *espacio público* y *medio ambiente urbano* que cuando la Corte Constitucional

⁷ Colombia, Constitución Política de 1991, art. 334, modificado por el art. 1.º del Acto Legislativo 03 de 2011.

⁸ John Nova Arias. “El medio ambiente urbano”. En: VV.AA. *Bogotá y lo público*. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, 2003, p. 59.

⁹ M. Clawson citado por Daniel Gómez López y Ángela Aurora Casas. “La relevancia de las zonas verdes en el espacio público: la necesidad de su relevancia para la ciudad capital”. En: G.A. Rodríguez, et al. *Ciudades ambientalmente sostenibles*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008, pp. 341-342.

elaboró la jurisprudencia de la “Constitución Ecológica de Colombia”,¹⁰ incluyó en el listado de normas constitucionales que directa o indirectamente se refieren al ambiente y los recursos naturales el art. 82 referente al espacio público.

2. La historia sucinta de la consolidación del derecho al espacio público en Colombia

Hace un poco más de veinte años en Colombia el espacio público no tenía fundamento en la Constitución; su consagración de carácter legal estaba en la Ley de Reforma Urbana,¹¹ entre otras normas vigentes de 1989. El Código Civil, adoptado como Código de la República de Colombia hace dos siglos, gracias a la Ley 57 de 1887, define los *bienes de uso público* como “aquellos bienes de la unión cuyo *uso* pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos” (Código Civil, art. 674). Este concepto de los bienes de uso público hoy es vigente, entendiendo que ahora no se habla de puentes y caminos, sino que estos se incorporan al *sistema de movilidad* de las ciudades, el cual a su vez integra un concepto mucho más amplio, el *sistema de espacio público*.

¹⁰ En la Sentencia T-411 de 1992, la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, ha señalado que en la Constitución Política de 1991 se encuentra una verdadera Constitución ecológica del mismo rango que las constituciones económica, social y cultural que ella contiene. La “Constitución ecológica” o “Constitución verde” se encuentra conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección. Pueden observarse, entre muchas otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-411 de 1992, C-519 de 1994, C-596 de 1998, T-046 de 1999, C-431 de 2002, T-760 de 2007, C-944 de 2008, T-129 de 2011. Igualmente, se puede consultar la obra de Oscar Darío Amaya Navas. *La Constitución ecológica de Colombia*. 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. Por otra parte, “Esta Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares” Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 1998.

¹¹ La Ley de Reforma Urbana es la Ley 9.ª de 1989, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones. Esta ley ha sufrido grandes y profundas modificaciones, especialmente por la Ley de Desarrollo Territorial, que es la Ley 388 de 1997. Sin embargo, las normas originales de la Ley 9.ª de 1989 en materia de espacio público continúan vigentes, entre ellas, los arts. 5.º, 6.º, 7.º y 8.º

El Código Civil también regula que nadie podrá construir obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales, y demás lugares de propiedad de la unión, salvo que cuente con permiso especial otorgado por la autoridad competente (Código Civil, art. 679). Obsérvese, entonces, que hace más de dos centurias en el país, y aún hoy, la intervención física sobre los bienes de uso público (integrantes del espacio público) se encuentra supeditada a la obtención de los respectivos permisos, autorizaciones o contratos, expedidos o celebrados por el Estado por intermedio de las autoridades competentes, y de acuerdo con los procedimientos establecidos según las normas nacionales y locales expedidas sobre la materia.¹²

Por otra parte, conviene precisar que desde aquella época en Colombia (finales del siglo XIX) la normatividad se refería a los *bienes de uso público* (especie), pero no al concepto de *espacio público* (género), cuya elaboración conceptual vino a ser desarrollada en el siglo XX por la ciencia jurídica.

Sin lugar a dudas, una de las normas más trascendentales de los años setenta, frente a la protección de los bienes de uso público —aún vigente—, es la consagrada por el Código Nacional de Policía contenido en el Decreto-Ley 1355 de 1970, que permite a los alcaldes municipales o distritales iniciar de oficio o a petición de parte las actuaciones administrativas que conduzcan a la adopción de órdenes de restitución de los bienes de uso público que se encuentren ocupados o intervenidos sin permiso, autorización o contrato alguno expedido o celebrado por la autoridad competente.¹³

El Código Nacional de Policía constituye el fundamento del llamado *instrumento administrativo* que permite la protección de la integridad del espacio público, concretamente de los bienes de uso público indebidamente ocupados o intervenidos, como más adelante se tendrá la oportunidad de exponer con mayor detalle.

La Ley 9.^a de 1989 define legalmente el concepto de *espacio público* como “el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales

¹² Una de las normas que hoy regula la intervención de los bienes de uso público a nivel nacional es el Decreto Reglamentario 1469 de 2010, que en los arts. 12 y 13 (entre otros) establece normas sobre las licencias de intervención y ocupación del espacio público.

¹³ Art. 132 del Código Nacional de Policía (incorporado en el Decreto-Ley 1355 de 1970), en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional a propósito de la Sentencia C-643 de 1999. Actualmente, esta norma se encuentra reproducida en el art. 225 del actual Código de Policía de Bogotá (Acuerdo 079 de 2003 del Concejo de Bogotá).

de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes”.¹⁴

La Ley 9.^a de 1989, o Ley de Reforma Urbana, regula y desarrolla las competencias de la administración en materia de aprovechamiento del espacio público y de su destinación al uso común. La racionalización del uso y disfrute del espacio público es una obligación del Estado que tiene por finalidad conciliar la mera conveniencia individual con las necesidades de la colectividad.¹⁵

Esta definición amplía conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente entendida en la legislación civil¹⁶ (artículos 674 y 678 C.C.), teniendo en cuenta que no se limita a reducirla a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en la mencionada legislación, sino que extiende el alcance del concepto a todos aquellos bienes inmuebles públicos, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, están destinados a la utilización colectiva.¹⁷ En otras palabras, lo que caracteriza a los bienes que integran el espacio público, es su afectación al interés general¹⁸ y su destinación al uso directo o indirecto en favor de la colectividad, razón por la cual no pueden formar parte de esta

¹⁴ Colombia, Ley 9.^a de 1989, art. 5.^o, inciso 1.^o En 1997 la definición legal de espacio público fue complementada por el art. 117 de la Ley 388 de ese año, de acuerdo con el cual se agregó un párrafo al art. 5.^o de la Ley 9.^a de 1989 del siguiente tenor: “El espacio público resultante de los procesos de urbanización y construcción se incorporará con el sólo procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Instrumentos Públicos, en la cual se determinen las áreas públicas objeto de cesión y las áreas privadas, por su localización y linderos. La escritura correspondiente deberá otorgarse y registrarse antes de la iniciación de las ventas del proyecto respectivo”.

¹⁵ Oscar Darío Amaya Navas. *La Constitución ecológica de Colombia...*, op. cit., p. 167.

¹⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-346 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Cita textual de la Sentencia SU-360 de 1999 de la Corte Constitucional.

¹⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-518 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Cita textual de la Sentencia SU-360 de 1999 de la Corte Constitucional.

¹⁸ La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad (Marienhoff). Cita textual de la Sentencia SU-360 de 1999 de la Corte Constitucional.

categoría, aquellos bienes que son objeto de dominio privado de conformidad con lo establecido por la ley, ni aquellos que son del pleno dominio fiscal de los entes públicos, (bienes “privados” del Estado).¹⁹

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 se consagró el derecho subjetivo al espacio público, en el inciso 1.º del art. 82, de la siguiente manera: “Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”. A propósito de la consagración en el texto constitucional del derecho subjetivo al espacio público, conviene retomar apartes de lo expresado por la Corte Constitucional, según la cual:

El constituyente de 1991 consideró necesario brindar al espacio público una protección expresa de rango constitucional. Esta decisión resulta claramente compatible con los principios que orientan la Carta Política y con el señalamiento del tipo de Estado en el que aspiran vivir los colombianos. Sin duda, una de las manifestaciones del principio constitucional que identifica a Colombia como un Estado Social de Derecho guarda relación con la garantía de una serie de derechos sociales y colectivos como la recreación (artículo 52 C.P.), el aprovechamiento del tiempo libre (Ibíd.), y el goce de un medio ambiente sano (artículo 79 C.P.) que dependen de la existencia de un espacio físico a disposición de todos los habitantes. (...) Algunas de las formas en las que se materializa la democracia participativa que sustenta la estructura del Estado colombiano van de la mano de la existencia de espacios abiertos de discusión en los que las personas puedan reunirse y expresarse libremente. El espacio público es, entonces, el ágora más accesible en la que se encuentran y manifiestan los ciudadanos.²⁰

Frente a la redacción del actual inciso 1.º del art. 82 superior, se considera que hubiera sido más adecuado consagrar como tal el derecho subjetivo al

¹⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-508 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz. Cita textual de la Sentencia SU-360 de 1999 de la Corte Constitucional.

²⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

espacio público de la misma manera en que se encuentra consagrado *el derecho al ambiente sano* en el inciso 1.º del art. 79 superior, según el cual, todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. Adicionalmente, se debió haber establecido con claridad la responsabilidad que les atañe a los particulares frente al adecuado uso común de los espacios colectivos, sin desconocer lo propio respecto de las obligaciones a cargo del Estado.

De conformidad con lo expuesto, la redacción hubiese sido más acertada al siguiente tenor literal: *Todas las personas tienen derecho al espacio público. Es deber del Estado y de los particulares velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.*

Por su parte, el art. 88 de la Carta Fundamental de 1991 consagró constitucionalmente las *acciones populares* para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el *espacio público*, el patrimonio público, la seguridad y salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza.

A partir de lo anterior, se llega a la conclusión de que si el Estado tiene el *deber* de velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, correlativamente todos los ciudadanos tenemos el *derecho* a utilizar el espacio público, de conformidad con las normas urbanísticas y ambientales que regulan la materia, expedidas por las autoridades competentes para el efecto.

De acuerdo con el texto constitucional comentado, la defensa del espacio público, en general, y de los bienes de uso público, en particular, corresponde al cumplimiento del *deber* que tiene asignado el Estado en su integralidad, y no solo a las *autoridades administrativas de las entidades territoriales con competencias específicas en estas materias*.²¹ Así, los juzgados, tribunales y altas cortes de la República de Colombia, como integrantes del Estado colombiano, vía acciones populares –entre otras acciones judiciales–, tienen que cumplir dicho deber de protección efectiva, el cual prevalece sobre el interés particular.

²¹ Como los alcaldes municipales o distritales en los términos del Código Nacional de Policía o las entidades encargadas de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, como sucede con el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público (DADEP) del Distrito Capital de Bogotá, entidad creada por virtud del Acuerdo 018 de 1999 del Concejo de Bogotá, con fundamento en lo dispuesto por los arts. 7.º de la Ley 9.ª de 1989 y 17 del Decreto Reglamentario 1504 de 1998.

Otro tema que debe destacarse a propósito del derecho al espacio público es su íntima relación con *el principio de la prevalencia del interés general*, el cual aparece consagrado a lo largo de todo el texto constitucional. Veamos: aparece en el art. 1.º de la Carta Fundamental de 1991 como uno de los principios fundamentales sobre los cuales se estructura nuestro Estado social de derecho. También aparece en el art. 58 de la Carta Política, según el cual, “cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. Nuevamente aparece en el art. 82 superior, referente al derecho al espacio público, según hemos visto antes. Por último, aparece en el art. 209 superior cuando se establece que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales”.

A propósito de las acciones populares que más adelante se expondrán, se podrá evidenciar con absoluta claridad cómo el Consejo de Estado no ha vacilado a la hora de tomar las determinaciones respectivas para materializar el principio de la prevalencia del interés general, a propósito de la protección de la integridad del espacio público y de la utilización y defensa de los bienes de uso público, como componentes del concepto de medio ambiente urbano.

3. Los deberes correlativos al derecho al espacio público

Cada *elemento específico del espacio público*²² se debe utilizar de conformidad con su destinación y finalidad urbanística o ambiental. En consecuencia, en cuanto a su ejercicio, el derecho al espacio público no tiene más limitaciones que las que imponen el orden público y los derechos de los demás. Por otra parte, si el espacio público es utilizado en contravía de su destinación urbanística o ambiental, estamos en presencia de un *uso, ocupación, intervención o aprovechamiento ilegítimo del espacio público*. Sobre este último aspecto, conviene detenernos un momento. La Constitución Política de 1991 no solo consagra *derechos* sino también *deberes*. A propósito de estos últimos, el art. 95, num.

²² El espacio público está conformado por una serie de elementos constitutivos y complementarios. Los elementos constitutivos del espacio público se subdividen en naturales y artificiales o construidos. Por su parte, los elementos complementarios del espacio público se subdividen en mobiliario y señalización, todo de conformidad con el art. 5.º del Decreto Reglamentario 1504 de 1998, el cual enumera uno a uno los elementos que conforman el espacio público en Colombia.

1.º de la Carta Política consagra que es un deber de todas las personas y ciudadanos “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Respetar los derechos ajenos y no abusar de los derechos propios, constituye un principio de civilidad. Implica que todos los ciudadanos debemos evitar el deterioro, menoscabo e inutilización de los bienes públicos y procurar que la administración y uso de los espacios colectivos sea para el beneficio de la mayor cantidad posible de personas (concreción del principio fundamental de la prevalencia del interés general).

Contrario a lo expuesto en la teoría acerca de los deberes correlativos al derecho al espacio público, a diario en las ciudades colombianas, e incluso en algunas ciudades latinoamericanas, se pueden evidenciar los múltiples atentados contra el espacio público, algunos de ellos materializados por agentes privados (*particulares*) y otros tantos realizados por los agentes del Estado (*autoridades*). Aquellos, en muchos de los casos, actúan a título de *acción*; estos últimos, en la mayoría de los casos, a título de *omisión en el ejercicio de sus funciones*.²³

En hora buena la Carta Fundamental de 1991 impuso al Estado en su integralidad el *deber* de velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular; sin embargo, se mantiene la crítica al texto constitucional del art. 82 que le faltó imponer igual deber a los particulares, porque en no pocos casos fallados por la Administración de Justicia de Colombia se puede evidenciar que sus intereses privados pretenden hacerlos prevalecer incluso sobre el derecho al uso y goce del espacio público que nos pertenece a todos.

4. El patrimonio público y su relación con el espacio público

Los *bienes inmuebles*,²⁴ según la naturaleza jurídica del titular del derecho real de dominio o propiedad,²⁵ se clasifican en privados o públicos (o como los de-

²³ De conformidad con el art. 6.º de la Constitución Política de 1991, “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

²⁴ El art. 656 del Código Civil define los bienes inmuebles en los siguientes términos: “Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Las casas y heredades se llaman predios o fundos”.

²⁵ El art. 669 del Código Civil define legalmente el derecho de dominio en los siguientes términos: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer

nomina la Corte Constitucional, corresponden al concepto de *dominio privado* o *dominio público*²⁶). Así, son *bienes inmuebles privados* o *de dominio privado* los que pertenecen a una persona natural o jurídica particular, y *bienes inmuebles públicos* o *de dominio público* los que pertenecen a una *entidad pública*.²⁷

En esa medida, los bienes inmuebles públicos pueden ser de dos clases: los *bienes de uso público*, que son los destinados a ser utilizados por toda la comunidad, y los *bienes fiscales*, que son susceptibles de ser utilizados por el Estado de la misma manera que los particulares utilizan los bienes de su propiedad, y en su tráfico jurídico están sometidos en principio a las normas del derecho civil o común, salvo excepciones especiales consagradas por la legislación.

Sobre el particular, el art. 674 del Código Civil define o da una aproximación a los conceptos de bienes de uso público y bienes fiscales, señalando textualmente: “Se llaman bienes de la unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la unión o bienes fiscales”.

En este contexto, resulta importante dejar sentado que el espacio público comprende tres *aspectos* a saber: i. Los bienes de uso público; ii. Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público; y iii. Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público, en los términos del art. 3.º del Decreto Reglamentario 1504 de 1998.

De acuerdo con lo anterior, todo *bien de uso público* integra el concepto de *espacio público*, pero no al contrario, por cuanto el concepto de espacio público

de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”. Por su parte, la Corte Constitucional a propósito de la sentencia C-595 de 1999, decidió excluir de la norma en cita el adverbio “arbitrariamente”, por cuanto es claro que en un Estado social de derecho, como es nuestro Estado colombiano, no es posible que los derechos se ejerzan de manera arbitraria, en perjuicio de los demás miembros de la colectividad, e incluso de él mismo, de la función social y ecológica que le es inherente a la propiedad.

²⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-566 de 1992, T-572 de 1994 y T-150 de 1995, entre muchas otras.

²⁷ Son entidades públicas, entre otras, las denominadas entidades territoriales descritas por el art. 286 de la Constitución Política.

es mucho más amplio y complejo, de tal suerte que abarca incluso algunos elementos específicos de la propiedad privada.

Así, existe *espacio público* sobre *propiedad pública*, como acontece con algunos bienes de uso público, pero también existe espacio público sobre *propiedad privada*, como sucede en el caso de las cubiertas, las fachadas, los paramentos, los pórticos, los antejardines y en general los asilamientos, de conformidad con la normatividad urbanística colombiana (Decreto Reglamentario 1504 de 1998, art. 5). “El concepto de espacio público físico comprende a estos efectos no solo el conjunto de la totalidad de los bienes de uso público del Estado, excluyendo así los bienes fiscales, que, siendo bienes de propiedad pública, no son de uso común, sino también algunos de los elementos arquitectónicos y naturales de los bienes privados”.²⁸

Por otra parte, el espacio público participa de los mismos privilegios señalados por la Carta Política en su art. 63 respecto de los bienes de uso público, esto es, inalienables, imprescriptibles e inembargables:

Inalienables, significa que son bienes que se encuentran fuera del comercio ya que no pueden ser materia de actos jurídicos que impliquen disposición de los mismos. *Imprescriptibles*, quiere decir que son bienes que no son susceptibles de usucapión o apropiación privada por el transcurso del tiempo. *Inembargables*, significa que la Constitución Política explícitamente impide los embargos, secuestros o cualquier otra medida de ejecución judicial tendiente a restringir el uso directo e indirecto del bien.²⁹

El espacio público está conformado por una serie de *elementos constitutivos y complementarios*. Los elementos constitutivos del espacio público se subdividen en *naturales y artificiales o contruidos*. Los elementos complementarios del espacio público se subdividen en *mobiliario y señalización*, todo de conformidad con el extenso listado de los elementos del espacio público incorporados en el art. 5.º del Decreto Reglamentario 1504 de 1998.

²⁸ Pilar Delgado Jaramillo, Andrés Cárdenas Villamil y Jon García Bañales. *Espacio público y derecho a la ciudad. La política de espacio público físico y la venta informal en Bogotá*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, UN-Hábitat y PNUD, 2008, p. 46.

²⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-150 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Una de las formas como se genera el espacio público de la ciudad es a partir de los proyectos urbanísticos vía *cesiones urbanísticas gratuitas*, o también llamadas *cesiones tipo A* o *cesiones obligatorias gratuitas* o *áreas públicas objeto de cesión* o *zonas de uso público*. Resulta pertinente indicar que todos estos conceptos utilizados por el derecho urbanístico colombiano corresponden a la noción clásica del derecho civil de *bienes de uso público*, concepto que líneas atrás quedó explicado y comentado con suficiencia.

Como se podrá advertir más adelante cuando se presente el estudio de las acciones populares falladas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, existen muchos abusos cometidos respecto del espacio público en general y en especial respecto de los bienes de uso público, incluidas las cesiones urbanísticas gratuitas.

5. El derecho al espacio público como derecho de rango constitucional de carácter colectivo

Uno de los avances más importantes de la Constitución de 1991 frente a la Constitución Política anterior (la Constitución de 1886, incluidas todas sus reformas) fue la consagración de los derechos e intereses colectivos o de tercera generación, entre ellos los derechos al ambiente sano y al espacio público.

De acuerdo con la clasificación de los derechos humanos, el derecho subjetivo al espacio público corresponde a un derecho de rango constitucional de carácter colectivo, por cuanto por su naturaleza involucra el sentido de *lo público* con beneficio evidente para la colectividad.

Los derechos colectivos constituyen una nueva generación de derechos, concepto que por razones pedagógicas y de sistematización se acuñó por las organizaciones internacionales de derechos humanos. Estos derechos surgen frente a necesidades sociales colectivas, y su reconocimiento se inicia a través de instrumentos internacionales. Estos nuevos derechos implican un cambio de paradigma en su protección; son los derechos propios de la posmodernidad. Lo cierto es que los derechos humanos son una obra en permanente construcción, a partir de nuevas necesidades históricas, sociales y tecnológicas. Tenemos entre estos derechos el ambiente sano, el derecho al desarrollo, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho a la paz, los derechos de usuarios y consumidores, el espacio público,

la salubridad pública, el derecho al patrimonio cultural, el derecho a la moralidad administrativa, etc. Obsérvese cómo en cada uno de ellos se encuentra implícito el debate de lo público, la esfera de lo público que corresponde defender a la sociedad civil y a cada uno de sus integrantes, muchas veces incluso frente al Estado.³⁰

El uso del espacio público es un derecho colectivo, puesto que todo habitante es titular del derecho a utilizar los bienes de que se compone, esto es, los inmuebles públicos y los aspectos de arquitectura y naturales de los inmuebles privados, todos los cuales tienen por finalidad proveer a las necesidades comunes de tránsito, recreación, tranquilidad, conservación del patrimonio histórico, cultural, religioso y artístico; cuando tales bienes dejan de servir a la comunidad, todos y cada uno de sus integrantes se ven perjudicados.³¹

Es muy común que cuando en un determinado caso (por ejemplo en una acción popular) se pone en peligro o se afecta *el derecho al espacio público, incluida la utilización y defensa de los bienes de uso público*, también puedan comprometerse o verse afectados el goce del ambiente sano, el equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, la defensa del patrimonio público, la seguridad y salubridad públicas, la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, entre otros tantos derechos e intereses colectivos previstos por la Ley 472 de 1998.³² He aquí nuevamente la estrecha relación que existe entre los conceptos de espacio público y medio ambiente urbano.

³⁰ Beatriz Londoño Toro. "Algunas reflexiones sobre la exigibilidad de los derechos colectivos y del ambiente". En: Beatriz Londoño et ál. *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006a, pp. 59-61.

³¹ Oscar Darío Amaya Navas. *La Constitución ecológica de Colombia...*, op. cit., pp. 167-168.

³² El art. 4.º de la Ley 472 de 1998 describe, sin ser taxativo, los derechos e intereses colectivos reconocidos en Colombia. Sin embargo, esta misma norma deja sentado expresamente que "igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia".

6. Violaciones o vulneraciones al derecho al espacio público

En las ciudades se presentan a diario múltiples atentados contra el espacio público, algunos de ellos materializados por agentes privados (*particulares*) y otros tantos realizados por los agentes del Estado (*autoridades*). En este contexto, resulta conveniente identificar como abuso de los derechos propios en franco deterioro de los derechos de los demás, entre otros, las siguientes violaciones o vulneraciones al derecho al espacio público:

- i. La presencia masiva, indiscriminada y sin control o regulación alguna por parte del Estado de vendedores informales (comercio informal) en las calles, los andenes, las alamedas, los parques, los controles ambientales y el espacio público en general. Situación muy distinta a la descrita son los programas de uso regulado y democrático del espacio público que adelanta el Estado en ciertas zonas delimitadas de la ciudad, como las ferias temporales o artesanales organizadas o los llamados usos temporales del espacio público.
- ii. Las vías públicas y los parques encerrados para el disfrute de unos pocos residentes, en detrimento de los intereses colectivos de accesibilidad y libre circulación de la población. Situación muy distinta a la descrita son los cerramientos por razones de seguridad, los cuales son permitidos por la normatividad urbana bajo ciertos presupuestos fácticos y jurídicos.³³
- iii. La irresponsabilidad de algunos urbanizadores y constructores que incumplen sus obligaciones urbanísticas de entregar, dotar y escriturar las cesiones urbanísticas gratuitas o también llamadas áreas públicas objeto de cesión que se generan a favor de las entidades territoriales con destino a la conformación del espacio público de las ciudades, con

³³ Num. 2.º del art. 2.º de la Ley 810 de 2003. De acuerdo con esta norma: "(...) para quienes intervingan u ocupen, con cualquier tipo de amoblamiento, instalaciones o construcciones, los parques públicos, zonas verdes y demás bienes de uso público, o los encierren sin la debida autorización de las autoridades encargadas del control del espacio público, además de la demolición de la construcción o cerramiento y la suspensión de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo señalado en la Ley 142 de 1994. Esta autorización podrá concederse únicamente para los parques y zonas verdes por razones de seguridad, siempre y cuando la transparencia del cerramiento sea de un 90% como mínimo, de suerte que se garantice a la ciudadanía el disfrute visual de los parques o zonas verdes y que no se vulnere su destinación al uso de común (...)".

fundamento en las licencias urbanísticas que les fueran aprobadas por las autoridades urbanísticas.³⁴

- iv. El ejercicio de actividades comerciales formales (comercio formal) que amplían ilícitamente sus establecimientos de comercio utilizando indebidamente el espacio público adyacente a los locales comerciales como vitrina o mostrador de sus mercancías, en unos casos, y utilizándolo como el lugar en donde desarrollan sus actividades económicas, en otros, que atienden exclusivamente a intereses privados en desmedro de los derechos de la colectividad.
- v. Las actividades económicas onerosas que algunos particulares desarrollan en beneficio propio, valiéndose del espacio público, cuya utilización para estos efectos es eminentemente gratuita. Situación muy distinta a la descrita son las actividades y/o servicios especializados onerosos que se desarrollan por virtud de un contrato celebrado con la autoridad competente para administrar y garantizar la sostenibilidad de los espacios públicos entregados.³⁵
- vi. La construcción de casas y edificios –de naturaleza privada– levantados sobre zonas de control ambiental, vías públicas e incluso sobre zonas verdes sin autorización, permiso o contrato expedido o celebrado con la entidad competente, con el consecuente deterioro urbano, paisajístico y ambiental de las ciudades.
- vii. El endurecimiento (cemento, asfalto y acero) de las zonas verdes del espacio público sin autorización, permiso o contrato expedido o celebrado con la entidad competente, con la consecuente pérdida de calidad ambiental en las ciudades.

³⁴ “Artículo 117 de la Ley 388 de 1997. Incorporación de Áreas Públicas. Adicionase el artículo 5.º de la Ley 9.ª de 1989, con el siguiente párrafo: El espacio público resultante de los procesos de urbanización y construcción se incorporará con el solo procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Instrumentos Públicos, en la cual se determinen las áreas públicas objeto de cesión y las áreas privadas, por su localización y linderos. La escritura correspondiente deberá otorgarse y registrarse antes de la iniciación de las ventas del proyecto respectivo”.

³⁵ “Artículo 7 de la Ley 9.ª de 1989. Los municipios y la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia podrán crear de acuerdo con su organización legal, entidades que serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales. Así mismo podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores (...).”.

- viii. La transformación de espacios públicos naturales como ríos, quebradas, lagos, humedales, entre otros componentes del medio ambiente urbano, en basureros públicos dada la falta de cultura ciudadana e irresponsabilidad de algunos ciudadanos y la omisión en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control en cabeza de las autoridades competentes.
- ix. El estacionamiento de vehículos sobre elementos del espacio público, tales como andenes y antejardines, por cuanto obstaculiza la libre movilización peatonal, e incluso en algunos casos pone en riesgo la vida e integridad de las personas.
- x. Los actos de vandalismo que algunos ciudadanos cometen contra los elementos complementarios del espacio público, tales como el mobiliario urbano, las luminarias peatonales y vehiculares y los elementos de señalización vial, entre muchos otros.
- xi. La instalación de elementos de publicidad exterior visual en el espacio público en contravención de lo dispuesto por la Ley 140 de 1994 y los estatutos locales de publicidad exterior visual, generan problemas como la contaminación visual y/o la afectación perjudicial o antiestética del paisaje.

Las anteriores violaciones o vulneraciones al derecho al espacio público no son las únicas, pero sí son las más representativas que se pueden apreciar a diario en las ciudades colombianas y en general en algunas ciudades latinoamericanas.

Para contrarrestar los efectos nocivos de estas enfermedades urbanas a propósito del desconocimiento y la desnaturalización del espacio público en cuanto a su uso, goce y disfrute colectivo, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con varios instrumentos para la protección de su integridad, los cuales corresponde desarrollar a continuación.

7. Instrumentos jurídicos para la protección de la integridad del espacio público

Como se ha comentado en líneas precedentes, el espacio público constituye un escenario a disposición de todos y para el bienestar de todos; en consecuencia, corresponde tanto a las autoridades como a los particulares (ciuda-

danos) comprometerse a la hora de preservarlo y mejorarlo para las presentes y futuras generaciones.³⁶

Existen múltiples instrumentos jurídicos y de gestión que tienen como común denominador la protección de la integridad del espacio público, como componente fundamental del medio ambiente urbano, y que procuran su destinación al uso común. Entre ellos, existen tres instrumentos jurídicos principales, cada uno con sus propias características, autoridades, procedimientos y regulación especial.

El primero de ellos, las acciones populares como *instrumento judicial*; el segundo, los procesos policivos de restitución de bienes de uso público indebidamente ocupados o intervenidos, o también llamadas querellas de restitución de bienes de uso público como *instrumento administrativo*; el tercero, los programas, planes y procesos de concertación entre agentes públicos y privados para la adecuada recuperación, administración y sostenibilidad del espacio público de las ciudades como *instrumento voluntario*.

Estos últimos procesos corresponden al ámbito de competencias propias de los respectivos alcaldes en cada uno de los municipios y distritos del país, acorde con los planes, programas y metas previstos, por una parte, en los respectivos planes de ordenamiento territorial y los instrumentos que los desarrollen, y por otra, en los planes de desarrollo municipal/distrital. Para los propósitos del presente capítulo, a continuación se presenta el estudio detallado del instrumento judicial consistente en las acciones populares.

8. Acciones populares para la protección de la integridad del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público

Las *acciones populares* son definidas como los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, incluidos los derechos al espacio público y al medio ambiente sano, entre otros de igual naturaleza, en los que se debate lo público. Estas acciones se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos

³⁶ Las futuras generaciones son aquellas personas que no han nacido, y sin embargo, tienen los mismos derechos que las presentes generaciones en cuanto a la garantía de unas condiciones equiparables de calidad de vida (concepto del autor elaborado con fundamento en lo previsto por el art. 3.º de la Ley 99 de 1993 y la Sentencia C-126 de 1998 de la Corte Constitucional).

e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.³⁷

La acción popular también puede ser utilizada para solicitar la *indemnización de perjuicios* cuando se haya ocasionado un daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que lo tenga a su cargo.³⁸ Un buen ejemplo de una acción popular en la que se haya condenado a pagar indemnización de perjuicios por el daño ambiental causado, es el comentado en el acápite 9.10 sobre la protección del patrimonio público y el medio ambiente sano, a propósito de la recuperación del humedal El Burro de la ciudad de Bogotá.

La interposición de las acciones públicas –entre las cuales se encuentran las acciones populares– en defensa de la Constitución y la ley, corresponde al ejercicio de uno de los llamados derechos políticos con que cuenta el ciudadano para materializar la *democracia participativa*.³⁹

Las acciones populares pertenecen propiamente a la categoría procesal de las acciones, es decir, a la de los “derechos armados para la guerra”. Son, pues, un instrumento dinámico por activa, a través del cual se acude al Estado en demanda de un pronunciamiento judicial que tenga la virtualidad de brindarles protección efectiva y cierta a determinados derechos e intereses de tipo colectivo.⁴⁰

Las acciones populares se encuentran consagradas en nuestro ordenamiento jurídico desde hace dos siglos, a propósito de la adopción del Código Civil como código de la República.⁴¹ La Ley 9.ª de 1989 (art. 8.º), específicamente

³⁷ Art. 2.º de la Ley 472 de 1998.

³⁸ Art. 34 de la Ley 472 de 1998, en concordancia con otras normas, como el art. 8.º (inciso 3.º) de la Ley 393 de 1997.

³⁹ Art. 1.º, 40.6 y 103 de la Constitución Política de 1991.

⁴⁰ Juan Carlos Esguerra Portocarrero. *La protección constitucional del ciudadano*. 1.ª ed. Bogotá: Editorial Legis, 2004, pp. 214-215.

⁴¹ Entre otras normas en los arts. 1005, 1006, 1007, 2359 y 2360 del Código Civil. Especial atención merece el art. 1005, según el cual “la municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá a favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompondrá el actor a costa del querrellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad”.

con el objeto de proteger los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente, también consagró las acciones populares. Incluso previó que se pudiera dirigir contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios. El incumplimiento de las órdenes que expida el juez en desarrollo de una acción popular configura la conducta prevista por el Código Penal de “fraude a resolución judicial”.

Una vez expedida la Constitución Política de Colombia en 1991, y sin perjuicio de la vigencia de las normas anteriormente referidas, entre otras, la acción popular quedó elevada a rango constitucional en el art. 88, *Espacio público y derecho a la ciudad. La política de espacio público físico y la venta informal en Bogotá*, el cual vino a ser desarrollado por la Ley 472 de 1998, ley que mantiene vigente las acciones populares consagradas en la legislación nacional previa, pero su trámite y procedimiento se sujetan a aquella.

Las acciones populares pueden ser presentadas en general por todas las personas (naturales o jurídicas), por las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar, por las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión, por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los personeros distritales y municipales, por los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses, e incluso a través del Defensor del Pueblo o los personeros municipales, en nombre de cualquier persona que lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión.

Por otra parte, se podrá demandar mediante acción popular a cualquier particular, persona natural o jurídica, o a la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En el evento que se desconozca quién es el responsable de la vulneración, corresponderá al juez determinarlo en cada caso concreto.

Las acciones populares pueden promoverse en cualquier tiempo, siempre y cuando aún subsista la amenaza o el peligro al derecho o interés colectivo.⁴²

⁴² Art. 11 de la Ley 472 de 1998 y Sentencia C – 215 de 1999 de la Corte Constitucional. Mediante esta sentencia se declaró exequible el artículo 11 de la Ley 472 de 1998, salvo las expresiones “Cuando

Particularmente en el caso de los derechos colectivos al espacio público y al medio ambiente sano, esta norma resulta trascendente por cuanto en muchos casos se trata de conductas que perviven en el tiempo y continúan desconociendo estos bienes vitales para la colectividad.

A propósito de las múltiples violaciones o vulneraciones que a diario se cometen en contra del derecho al espacio público en Colombia, algunos por parte de agentes privados y otros tantos por parte de agentes públicos, existe una enorme cantidad de acciones populares que hoy se tramitan ante la Administración de Justicia, en procura de salvaguardar *los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público*, entre otros, relacionados o conexos con aquel, incluyendo los derechos medioambientales.

De un total de 5146 acciones que contiene el Registro de Acciones Populares de la Defensoría del Pueblo a julio de 2006, podemos concluir que las acciones más significativas son las relacionadas con el agua, como recurso y como derecho, las referidas a espacio público, defensa del aire, del paisaje urbano, de los suelos, el ordenamiento urbano, ente otras.⁴³

De acuerdo con estos mismos datos, las acciones populares cuya temática ha sido el espacio público corresponden a 815 casos de un total de 5146 acciones que contiene el Registro de Acciones Populares de la Defensoría del Pueblo a julio de 2006, esto es, al 15,84% del total de las acciones populares que han sido debatidas y decididas en los estrados judiciales.

A partir del anterior dato estadístico, puede observarse que el común denominador de las acciones populares son temas que corresponden al concepto de medio ambiente urbano, por cuanto constituyen las actuales y expectantes preocupaciones de las personas que vivimos en la sociedad contemporánea, de cara a garantizar unas condiciones equiparables de calidad de vida para las futuras generaciones.

dicha acción esté dirigida a volver las cosas al estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración”, las cuales fueron declaradas inexequibles. La fundamentación de la declaratoria de inexequibilidad fue el desconocimiento del debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos.

⁴³ Beatriz Londoño Toro. “Evolución legal y jurisprudencial de las acciones constitucionales en materia ambiental. Las acciones populares y de grupo”. En: VV.AA. *15 años de la Constitución ecológica de Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006b, p. 503.

9. Análisis de la protección judicial vía acciones populares del espacio público como uno de los componentes del medio ambiente urbano

A continuación se presenta una relación de diez acciones populares exitosas que han resuelto algunos de los casos más controvertidos y representativos de las múltiples manifestaciones del espacio público y de los conflictos que se generan a partir de su inadecuada utilización o intervención tanto por agentes privados como públicos.

9.1. Caso del endurecimiento de zonas verdes

Un ejemplo contundente en materia de protección de la integridad del espacio público vía acción popular es el caso acontecido en el barrio Tisquesusa de la localidad de Engativá de la ciudad de Bogotá.

En este caso se logró probar con el material fotográfico recaudado, los testimonios y las demás pruebas documentales obrantes en el proceso que los propietarios de viviendas del barrio Tisquesusa habían construido sin licencia garajes sobre las zonas verdes y las zonas peatonales contiguas a sus residencias, transitaban con sus vehículos por las zonas verdes y habían pavimentado las zonas peatonales convirtiéndolas en zonas vehiculares, desconociendo la protección constitucional de los bienes de uso público y la observancia obligatoria de las *normas urbanísticas*.⁴⁴ Todas las intervenciones físicas que realizaron los propietarios de las viviendas nunca contaron con la autorización de las autoridades competentes.

Mediante sentencia del Consejo de Estado (expediente AP-032, Sentencia del 27 de abril de 2001) se ordenó a los propietarios de los inmuebles de la urbanización barrio Tisquesusa a restaurar la capa orgánica y la grama que removieron al pavimentar las zonas peatonales y las zonas verdes contiguas a sus casas para convertirlas en zonas de tránsito vehicular. Así mismo, se prohibió el acceso vehicular a tales zonas peatonales y verdes de la urbanización barrio Tisquesusa.

⁴⁴ Las normas urbanísticas regulan el uso, la ocupación y el aprovechamiento del suelo y definen la naturaleza y las consecuencias de las actuaciones urbanísticas indispensables para la administración de estos procesos. Estas normas están jerarquizadas en normas urbanísticas estructurales, generales y complementarias, en los términos del art. 15 de la Ley 388 de 1997, modificado por el art. 1.º de la Ley 902 de 2004.

9.2. Caso de la vía pública construida y encerrada

La Personería de Bogotá instauró acción popular el 5 de mayo de 2000, con la pretensión de que se restituyera la vía pública de la carrera 20A entre calles 13 y 14 de la ciudad de Bogotá ocupada por un particular. En este caso hubo gran discusión jurídica entre las partes sobre la naturaleza jurídica del predio por ausencia de prueba contundente que demostrara la titularidad sobre el mismo.

Mediante sentencia del Consejo de Estado (expediente AP-155, Sentencia del 31 de mayo de 2001) revocó la sentencia del 24 de octubre de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar dispuso proteger los derechos colectivos al goce del espacio público, a la utilización y disfrute de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público, respecto de la carrera 20A entre calles 13 y 14 de Bogotá.

Con el fin de proteger eficazmente los referidos derechos colectivos, ordenó a la Alcaldía Mayor de Bogotá, al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público y a la Alcaldía Local de Los Mártires de Bogotá, proceder a iniciar las medidas pertinentes, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la providencia, para que efectúen la restitución de la carrera 20A entre calles 13 y 14 de la ciudad. También ordenó a la Procuraduría de Bienes del Distrito o a quien corresponda (*actualmente el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público*) realizar el ingreso de la citada vía a los inventarios de los bienes del Distrito Capital. Adicionalmente, condenó al pago del incentivo legal a cargo de las entidades públicas demandadas y designó a la Contraloría de Bogotá D.C. como entidad principal encargada de velar por el cumplimiento de esta decisión protectora de los derechos colectivos.

En esta providencia judicial, la justicia decidió que el predio se trataba de una *vía-bien de uso público* y, como tal, inembargable, inalienable e imprescriptible, y que le corresponde al Estado la obligación de velar por la integridad de dichos bienes.

En la referida sentencia, se manifiesta que del estudio de las pruebas allegadas al proceso es posible inferir la existencia del predio en cuestión como de uso público. En consecuencia, el predio de la carrera 20A en el tramo comprendido entre calles 13 y 14 de Bogotá, de acuerdo con las pruebas arrimadas sí cumplieron su cometido de constituir un bien de uso público y no existe prueba de antaño que hubiera sido construida en bien particular; la circunstancia que no se encuentren escrituras públicas de adquisición de los bienes con destino a la citada carrera no significa que antiguamente no hubie-

ran ingresado al patrimonio de Bogotá, tal como ocurre con tantos otros de los cuales tampoco existe dicha prueba, y el hecho de que oficinas del Distrito Capital no las tengan en su inventario de bienes de uso público no da lugar a la conclusión de que por eso no son bienes de uso público.

Por otra parte, vale la pena rescatar de esta sentencia el siguiente aparte: “Ahora, si en la actualidad, por actividad particular y omisión administrativa, dichos bienes no están al servicio de la comunidad, como manda la ley, tal acontecer no implica la pérdida de su naturaleza, pues la conservan (...). En esas condiciones, la citada carrera sigue siendo una vía pública”.

9.3. Caso de la inexistencia de andén

En este caso se logró probar que no existía el andén contiguo al Centro Administrativo Nacional (CAN) de la ciudad de Bogotá, lo cual impedía la circulación peatonal y obligaba a los particulares que se desplazaban por la zona a caminar por la *calzada*,⁴⁵ lo cual evidenciaba la vulneración de los derechos e intereses colectivos al goce del espacio público y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

Mediante sentencia del Consejo de Estado (expediente AP 2004-01522, Sentencia del 15 de febrero de 2007) se confirmó la sentencia de primera instancia que ordenó al Ministerio de Defensa Nacional adelantar las gestiones necesarias para viabilizar, iniciar y ejecutar las obras tendientes a liberar el área de andenes que constituye espacio público en el sector objeto de la acción popular, entre otras condenas.

En esta providencia judicial, la justicia recalcó que la ausencia de andenes no solo afecta los derechos colectivos sino también los derechos a la vida y la salud de los ciudadanos expuestos a caminar sobre una zona vehicular.

⁴⁵ Calzada es la zona de la vía destinada a la circulación de vehículos, de conformidad con la definición incorporada en el art. 2.º del Código Nacional de Tránsito Terrestre (Ley 769 de 2002).

9.4. Caso de la venta de una zona de cesión (venta ilegal del espacio público)

Un caso de desconocimiento absoluto del derecho al espacio público se evidenció a propósito de la acción popular relacionada con la urbanización Los Campos en la ciudad de Bogotá.

En este asunto se logró probar que terrenos correspondientes al área de zona verde de la urbanización Los Campos, que debía entregar y escriturar el urbanizador responsable del respectivo proyecto urbanístico a favor de la entidad territorial respectiva, fueron reloteados y vendidos ilegalmente⁴⁶ para construcción de vivienda privada. Tal apropiación ilícita de bienes de uso público causó graves problemas de orden público entre los residentes del barrio y los particulares que pretendían cometer estas irregularidades.

Mediante sentencia del Consejo de Estado (expediente AP 2001-0495, Sentencia del 8 de noviembre de 2002) se revocó la sentencia de primera instancia, y en su lugar se concedió la protección del derecho colectivo a la integridad del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público, para lo cual, entre otras órdenes y condenas, ordenó al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público en coordinación con la entonces Oficina de Asuntos Judiciales de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá que adoptaran las medidas que condujeran a restablecer la integridad del espacio público en la urbanización Los Campos. En consecuencia, las autoridades debían instaurar en el marco de sus competencias los procesos penales y civiles encaminados a obtener la declaración de nulidad absoluta de las escrituras públicas de ventas del espacio público efectuadas por la Urbanizadora Los Campos.

En esta providencia se evidencia que la justicia reivindica la naturaleza del espacio público como bien *inalienable* y por ello ordenó a las autoridades competentes que adoptaran las medidas pertinentes y conducentes en contra de los particulares inescrupulosos que querían sacar provecho ilícito de los espacios cuyo uso pertenece a la colectividad. Tales medidas necesariamente deben conducir a devolver a su condición natural de espacio público —zona verde aquellos terrenos destinados para el uso y goce de la comunidad en general.

⁴⁶ La venta del espacio público (género) y/o de los bienes de uso público (especie), por cuanto se trata de elementos y/o bienes que no están en el comercio, está viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito, en los términos de los arts. 1521 y 1741 del Código Civil.

9.5. Caso del cerramiento del espacio público (cerramiento y construcción indebida de una zona de cesión)

Una situación desfavorable frente al espacio público que se evidencia con cierta periodicidad en las ciudades es el cerramiento indebido del espacio público —léase sin la autorización otorgada por las autoridades encargadas del control del espacio público y dentro de los parámetros legales establecidos para el efecto.⁴⁷

En el presente caso se evidenció la invasión del espacio público consistente en la zona verde de la urbanización Bavaria Techo II, sector de la localidad de Kennedy, por cuenta de particulares que construyeron y encerraron el predio considerado como zona verde de uso público del Distrito Capital de Bogotá.

Mediante sentencia del Consejo de Estado (expediente AP 2002-02356, Sentencia del 26 de abril de 2007) se revocó la sentencia de primera instancia, y en su lugar se protegió el derecho e interés colectivo al goce del espacio público. En consecuencia, se ordenó a la Alcaldía Local de Kennedy que procediera a la restitución del espacio público invadido por unos cerramientos y construcciones en el término de treinta días.

Con el acervo probatorio recaudado en el expediente se logró comprobar la invasión del espacio público por cuenta de unos particulares que tenían contruidos dos lotes en ladrillo y una casa de habitación de dos pisos sobre la zona de cesión referida. Esta situación atenta contra el derecho colectivo que le asiste a toda la comunidad a gozar y usar el espacio público libre de este tipo de ocupaciones que adicionalmente obstruye la libertad de locomoción.

⁴⁷ Tales parámetros legales se encuentran actualmente regulados en el num. 2.º del art. 2.º de la Ley 810 de 2003, que subrogó el art. 104 de la Ley 388 de 1997. Esta norma dispone: “2. Multas sucesivas que oscilarán entre doce (12) y veinticinco (25) salarios diarios vigentes por metro cuadrado de ocupación, sin que en ningún caso la multa supere los cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para quienes intervengan u ocupen, con cualquier tipo de amoblamiento, instalaciones o construcciones, los parques públicos, zonas verdes y demás bienes de uso público, o los encierren sin la debida autorización de las autoridades encargadas del control del espacio público, además de la demolición de la construcción o cerramiento y la suspensión de los servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo señalado en la Ley 142 de 1994. Esta autorización podrá concederse únicamente para los parques y zonas verdes por razones de seguridad, siempre y cuando la transparencia del cerramiento sea de un 90% como mínimo, de suerte que se garantice a la ciudadanía el disfrute visual de los parques o zonas verdes y que no se vulnere su destinación al uso común”.

9.6. Caso de la construcción indebida del antejardín

En el municipio de Neiva un particular demandó en acción popular a la Alcaldía de Neiva y a otro particular, por considerar vulnerados los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público, la seguridad y salubridad públicas, y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes. El demandante argumentó que la demandada en su calidad de poseedora del inmueble ubicado en la calle 5 núm. 11-13 esquina, barrio El Altico de la ciudad de Neiva, en el que existía un área de antejardín que contaba con un encerramiento en reja, a partir del mes de enero del año 2000 la demandada levantó por la parte interna de la reja muros para construir sobre su fachada y en el área del antejardín un local en el que instaló un consultorio odontológico.

Mediante sentencia del Consejo de Estado (expediente AP-199, radicación 2001-4180, sentencia del 29 de agosto de 2002), en segunda instancia, dispuso proteger los derechos colectivos invocados en la demanda y ordenó a la parte demandada, tanto el particular como la Alcaldía de Neiva, demoler los muros construidos en el antejardín del predio ubicado en la Calle 5 N°11-13, esquina, barrio El Altico, Neiva (Huila).

El Consejo de Estado consideró que en el caso se está ante la vulneración del derecho al goce del espacio público, puesto que la construcción levantada (muros de cemento y ladrillo) por la demandada en el antejardín del inmueble de su propiedad, no se ajusta a lo dispuesto en las normas locales expedidas sobre la materia (Decreto 086 de 1992, art. 34) ya que no garantiza “la transparencia” que según la norma debe ser del “80%”, transparencia que según el concepto del Departamento de Planeación “se debe garantizar en todos y cada uno de los linderos que conforman el área del antejardín”. Lo anterior aunado a que de la simple observación de las fotos que obran en el expediente se advierte que el área del antejardín del inmueble en la que están los muros construidos, objeto de cuestionamiento, queda totalmente cubierta e impide la visualización de la misma.

Por otra parte, de esta sentencia vale la pena rescatar los siguientes apartes:

En cuanto a lo dicho por la demandada que con la acción se pretende la protección de derechos particulares, se estima que por pretenderse la protección de un derecho o interés colectivo como es el goce del espacio público, procede su amparo a través del ejercicio de la acción popular, pues aunque medie decisión administrativa si se advierte la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos procede su amparo a través de esta acción de rango constitucional.

Tanto la vulneración del espacio público como la falta de autorización legal para construir la obra, debieron ser resueltos de manera efectiva por el Alcalde al decidir la querrela instaurada por la accionante, pues es el funcionario competente de conformidad con la Constitución y la ley para garantizar la protección del espacio público; además, en estos asuntos prima el interés general sobre el particular y no es válido, so pretexto de amparar el derecho fundamental a la igualdad, no adoptar las medidas pertinentes con el argumento de la existencia de otras construcciones en el sector fuera de las previsiones legales.

En esta providencia judicial, la justicia resaltó que el concepto de espacio público no solo comprende los bienes de uso público, sino también aquellos bienes de propiedad privada que son necesarios para la vida urbana. Así, los antejardines hacen parte del concepto de espacio público.

9.7. Caso del estacionamiento indebido de vehículos en el espacio público (calzadas, andenes y antejardines)

Otra situación adversa frente al espacio público que se presenta con cierta frecuencia en las ciudades es el estacionamiento indebido de vehículos en el espacio público —léase sobre las calzadas, los andenes y los antejardines.

En este asunto se logró probar que en la zona denunciada por la comunidad se presenta el estacionamiento de vehículos en calzadas, andenes y antejardines, que son áreas de circulación vehicular y peatonal que constituyen espacio público en los términos de la normatividad urbanística, con lo cual se obstaculiza el libre tránsito peatonal y vehicular. De esta manera se afecta el derecho colectivo al goce del espacio público, en la medida en que se presenta

una ocupación permanente en espacios destinados por la Constitución y la ley a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas.

Mediante sentencia del Consejo de Estado (expediente AP 2002-02788, Sentencia del 13 de mayo de 2004) se revocó la sentencia de primera instancia, y en su lugar se ordenó la protección del derecho colectivo al goce del espacio público solicitado por la Corporación de Residentes del Barrio Chicó Norte Santa Bibiana, por invasión de los andenes del sector comprendido entre las calles 100 y 106 con avenida 19 y la paralela oriental de la autopista Norte en la ciudad de Bogotá.

En consecuencia, se ordenó a la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., a la Alcaldía Local de Usaquén, al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público y a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá (actual Secretaría Distrital de Movilidad) adelantar las medidas pertinentes para la recuperación del espacio público situado en ese sector, el cual es objeto de indebida ocupación por el parqueo de automotores. Adicionalmente, las entidades mencionadas quedaron obligadas a instalar las señales de tránsito necesarias y realizar los operativos tendientes a evitar que se siga presentando la invasión referida en el respectivo sector de la ciudad.

9.8. Caso de la recuperación del espacio público frente a su ocupación por parte de vendedores informales (comercio informal)

Esta acción popular se refiere a la ocupación masiva del espacio público por parte de vendedores informales en la localidad de San Cristóbal de la ciudad de Bogotá, y en particular en el barrio Veinte de Julio.

En el presente caso se logró probar que existe una ocupación de las vías públicas del barrio Veinte de Julio, localidad de San Cristóbal de la ciudad de Bogotá, específicamente entre las carreras 3.^a a 10.^a, desde la calle 22 sur hasta la 27 sur y hacia el oriente, la carrera 5.^a y transversal 3.^a con carreras 7.^a y 8.^a sur, por parte de particulares dedicados al comercio informal.

Mediante sentencia del Consejo de Estado (expediente AP 2001-0317, Sentencia del 30 de abril de 2003) se revocó la sentencia de primera instancia, y en su lugar se protegió el derecho colectivo al uso y goce del espacio público de la localidad de San Cristóbal de la ciudad de Bogotá, y en particular del Barrio Veinte de Julio, por ello ordenó a las autoridades locales y distritales la recuperación del espacio público frente a su ocupación por parte de vende-

dores informales (comercio informal) dentro del plazo de un año contado a partir de la ejecutoria de la sentencia.

En la parte motiva de esta sentencia el Alto Tribunal manifestó: “La ocupación del espacio público por particulares que ejercen actividades de comercio en desmedro del resto de la colectividad, exige que las autoridades competentes, en este caso la Alcaldía Local de San Cristóbal, con apoyo de la Alcaldía Mayor de Bogotá y de la Policía Nacional, lo recuperen para el uso de todos los ciudadanos”.

El fallo referido, entre otras órdenes y condenas, ordenó al Fondo de Ventas Populares (actual Instituto Para la Economía Social (IPES) la reubicación de los vendedores ambulantes. Por otra parte, ordenó a las autoridades distritales, locales y de policía que dentro del término del año a que se ha hecho referencia protejan el medio ambiente, la salubridad pública y sobre todo se garantice la seguridad de los habitantes y transeúntes del sector. También ordenó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y a la Secretaría Distrital de Hacienda que dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria del fallo adelantaran los trámites tendientes a involucrar a los vendedores informales dentro del censo tributario que lleven esas entidades para que cumplan las obligaciones a que haya lugar.

El Consejo de Estado, mediante la presente providencia, con fundamento en el art. 82 de la Constitución Política de 1991, deja sentado “que la utilización de vías de circulación vehicular o peatonal, para el comercio particular es ilegítimo y violatorio de los derechos colectivos de quienes pretenden transitar libremente por las calles ocupadas”.

Asimismo, *Espacio público y derecho a la ciudad. La política de espacio público físico y la venta informal en Bogotá* el Alto Tribunal plantea que “corresponde a las autoridades velar por la integridad del espacio público, lo que implica facilitar su acceso, tránsito y disfrute para todas las personas, en igualdad de condiciones. Cualquier perturbación o límite a la movilización en los espacios públicos debe ser rechazada por la colectividad y conjurada por las autoridades competentes, salvo que esté debidamente justificada por razones de orden público, de seguridad o de sanidad que ameriten estas circunstancias”.

9.9. Caso de la recuperación del espacio público frente a su ocupación por parte de establecimientos de comercio (comercio formal)

Un caso de desconocimiento del derecho al espacio público por parte del comercio formal se evidenció a propósito de la acción popular del barrio Quinta

Mutis de la localidad de Barrios Unidos en la ciudad de Bogotá, demanda presentada por el Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario.

En esta situación, de acuerdo con las pruebas recaudadas, se evidenció que los *establecimientos de comercio*⁴⁸ involucrados en la demanda estaban dedicados a la reparación e instalación de repuestos de automóviles y motocicletas utilizando los andenes adyacentes e incluso en algunos casos los antejardines, los cuales frecuentemente eran ocupados o invadidos por vehículos en reparación, llantas, motocicletas, e incluso por construcciones, lo cual vulnera los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, y a la seguridad pública de los peatones quienes muchas veces por la significativa ocupación debían utilizar la calzada de una vía de alto tráfico automotor, en la que también se estacionan irregularmente vehículos y motocicletas.

Mediante sentencia del Consejo de Estado (expediente Acción Popular 2003-02481, Sentencia del 10 de diciembre de 2008) se amparó los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, y a la seguridad pública. En consecuencia, ordenó al Alcalde Local de Barrios Unidos del Distrito Capital de Bogotá que, inmediatamente a la notificación de la sentencia, adoptara las medidas policivas y administrativas de todo orden para recuperar, sin dilación alguna y en un plazo máximo de tres meses, el espacio público invadido en el Barrio Quinta Mutis, concretamente las direcciones relacionadas en la demanda, e impusiera de acuerdo con sus competencias las sanciones pertinentes a sus infractores.⁴⁹

El Consejo de Estado con la presente providencia exhortó al Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente (DAMA) (actual Secretaría Distrital de Ambiente) para que proceda a la verificación periódica y rigurosa del cumplimiento de la normativa referente a la contaminación ambiental, visual y auditiva, y de vertimientos de aceites y similares, en el

⁴⁸ El art. 515 del Código de Comercio define el concepto de establecimiento de comercio así: “Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales”.

⁴⁹ De conformidad con la Ley 232 de 1995, por medio de la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales.

sector y respecto de los establecimientos de comercio (identificados por sus nomenclaturas).

9.10. Caso de la protección del patrimonio público y el medio ambiente sano: recuperación de un humedal

Un caso indiscutible en el cual se evidencia la estrecha relación que existe entre los derechos colectivos al espacio público y al medio ambiente sano (espacio público como componente del concepto de medio ambiente urbano) es el referido a la protección jurídica de los humedales, en este caso el humedal El Burro en la ciudad de Bogotá.

Los humedales, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional,⁵⁰ constituyen *áreas de especial importancia ecológica* (inciso 2.º del art. 79 de la Constitución Política de 1991), los cuales cumplen funciones ecológicas invaluable, entre las que se pueden mencionar: funciones biológicas, de protección de especies de flora y fauna, de regulación hídrica; prestan servicios de recreación pasiva, controlan las inundaciones mediante el manejo natural de las aguas lluvias e incorporan elementos importantes a nivel paisajístico.

Mediante sentencia del Consejo de Estado (expediente Acción Popular 2004-00992, Sentencia del 16 de agosto de 2007) se declararon violados los derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y al goce de un medio ambiente, por parte del Distrito Capital de Bogotá –Departamento Administrativo de Planeación Distrital (actual Secretaría Distrital de Planeación). Asimismo, fueron denegadas las pretensiones de la acción en relación con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB E.S.P.).

De acuerdo con la aludida sentencia, los *humedales* son *bienes de uso público* y detentan destinaciones específicas que los hacen incompatibles con proyectos de urbanización, como en el caso en estudio se desarrolló. Así, se produjo una violación de los bienes jurídicos (el patrimonio que es de todos y como tal innegociable e imposible de destinar a fines de urbanización), con ocasión de una conducta de un agente infractor, en este caso el DAPD (la producción de un acto administrativo ficto, fruto de su omisión) que debe ser reparada.

En esta situación, según las pruebas recaudadas, se comprobó que a consecuencia de la aplicación de un *silencio administrativo positivo en materia*

⁵⁰ Colombia, Corte Constitucional, sentencias T-572 de 1994 y T-666 de 2002, entre muchas otras.

urbanística,⁵¹ se autorizó que se desarrollara un proyecto de urbanismo sobre el área del humedal El Burro ubicado en la localidad de Kennedy, Distrito Capital de Bogotá.

El Consejo de Estado, con esta providencia histórica en materia de acciones populares, condenó en abstracto al Distrito Capital de Bogotá –Departamento Administrativo de Planeación Distrital (actual Secretaría Distrital de Planeación) a pagar, *a título de indemnización de perjuicios*, a favor de la comunidad y por conducto de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), la totalidad de los costos ambientales causados por el daño que se ha verificado, resultante de la vulneración de los derechos o intereses colectivos cuya protección fue dispuesta por el alto tribunal, monto que debe ser cuantificado con la realización del estudio técnico o pericial encomendado a la CAR.

Los dineros públicos correspondientes a la indemnización de perjuicios deben invertirse de manera directa en asuntos relacionados con la recuperación del humedal El Burro, de ser esto posible, y en caso de no serlo, en asuntos relacionados con la ampliación o mantenimiento de otros humedales del Distrito Capital de Bogotá.

Por otra parte, la referida sentencia del Consejo de Estado condenó al Distrito Capital de Bogotá –Departamento Administrativo de Planeación Distrital (actual Secretaría Distrital de Planeación) a adelantar las acciones judiciales que sean necesarias, entre las autoridades competentes, en aras de recuperar para el dominio público los terrenos en los que se encontraba ubicado el humedal El Burro.

⁵¹ El silencio administrativo positivo puede definirse como “una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la Administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá (o podrá entenderse) otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones”. Ernesto García-Trevijano Garnica. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid: Civitas, 1990, p. 789. Por otra parte, en Colombia el silencio administrativo puede ser negativo o positivo. El silencio administrativo positivo opera solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales en los términos del actual art. 41 del Código Contencioso Administrativo (tomado de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Radicación AC-5436). En la actualidad, el silencio administrativo positivo en materia urbanística se encuentra previsto por el art. 34 del Decreto Reglamentario 1469 de 2010.

Reflexión final

El Estado colombiano debe satisfacer las *necesidades urbanas colectivas* representadas en el espacio público y en general en el medio ambiente urbano, con igual o mayor empeño como el reflejado en las *necesidades insatisfechas de la población* en cuanto a salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.⁵²

Similar a lo que ocurre con el concepto de *medio ambiente urbano*, tampoco existe definición legal de lo que debe entenderse por *necesidades urbanas colectivas*. No obstante lo anterior, es claro que el conjunto de los elementos y aspectos que integran el concepto de espacio público tienen por finalidad garantizar las necesidades comunes de tránsito, recreación, esparcimiento, ocio, tranquilidad, participación, conservación del patrimonio cultural, histórico, religioso y artístico, entre otras tantas necesidades cuya vocación implica lo colectivo.

El espacio público pasó de ser un lugar de nadie, sin atención sería por parte de la Administración, apropiado para uso privativo de cualquier persona y sin ninguna consideración hacia el ser humano (...) a constituirse en el espacio por excelencia de la ciudad.⁵³

La calidad de vida de las personas que habitan un determinado lugar está íntimamente ligada a la posibilidad de contar con espacios de encuentro y circulación que hagan posible la construcción de un tejido social en el que cada individuo se reconoce como miembro de una comunidad y se relaciona con otros para la satisfacción de sus intereses y necesidades. De esta manera, la defensa del espacio público contribuye a garantizar la existencia de un escenario de convivencia libre que acerca a todos los habitantes de una ciudad en condiciones de igualdad.⁵⁴

La exdirectora del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público de Bogotá lo expone con acierto:

⁵² Art. 366 de la Constitución Política de 1991.

⁵³ Ricardo Montezuma. *La transformación de Bogotá 1995-2000. Entre redefinición ciudadana y espacial*. Bogotá: Fundación Ciudad Humana, 2003.

⁵⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Y es que la cantidad y calidad del espacio público de las ciudades permite habitarlas no para sobrevivir, sino para vivir. Está comprobado que las actividades de vida innatas en los seres humanos, como conversar, jugar, seducir y agruparse, entre otras, se realizan con mayor cordialidad y respeto en ambientes amplios, ordenados y cuidados. Así mismo, el grado de integración o segregación de los habitantes de la ciudad se expresa en la construcción y disposición de los espacios públicos. Por ello, las ciudades modernas deben ofrecer los espacios indispensables para que sus habitantes ejerzan los derechos a la participación en la vida política de la ciudad, la libre circulación, la recreación, la libre expresión y la interacción social.⁵⁵

La mayoría de los tratadistas de derecho administrativo colombiano se han quedado cortos a la hora de exponer y explicar en sus respectivos capítulos sobre el *patrimonio público* la extensa y profunda amplitud del concepto, elementos, aspectos y manifestaciones del espacio público, incluso como componente del medio ambiente urbano. El espacio público no puede verse reducido sólo a uno de sus *aspectos*, si se quiere el más representativo pero no el único, esto es, los *bienes de uso público*.

De acuerdo con el estudio de caso presentado en esta investigación, se puede evidenciar que a partir de las acciones populares debatidas y falladas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se han logrado solventar situaciones perniciosas frente al espacio público como uno de los componentes del medio ambiente urbano, tales como:

- i. Volver las cosas a su estado anterior (restaurar la capa orgánica y la grama removida) en el evento en que una comunidad, sin autorización alguna, haya endurecido las zonas verdes de su barrio.
- ii. Volver las cosas a su estado anterior (abrir paso por una vía pública) en el evento en que unos particulares, sin autorización alguna, hayan construido y encerrado vías públicas.

⁵⁵ Diana Margarita Beltrán. "El espacio público como parte del medio ambiente urbano". En: *Problemática jurídico-ambiental de los centros urbanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 51.

- iii. Obligar a una entidad pública a que construyera un andén por cuanto existía peligro latente para la vida e integridad personal de los ciudadanos que tenían que utilizar la calzada.
- iv. Revertir los efectos dañinos de la venta ilegal de cesiones obligatorias gratuitas por cuenta de agentes privados.
- v. Volver las cosas a su estado anterior (eliminar el cerramiento y la construcción indebida) en el evento en que unos particulares, sin autorización alguna, hayan encerrado e intervenido una zona verde de su barrio.
- vi. Volver las cosas a su estado anterior (eliminar la construcción indebida) en el evento en que un particular, sin autorización alguna, eliminando las condiciones de transparencia y de disfrute visual, haya construido o intervenido en contravención de las normas urbanísticas el antejardín de su propiedad.
- vii. Obligar a las autoridades competentes a recuperar el espacio público consistente en calzadas, andenes y antejardines frente a su invasión por el estacionamiento indebido de vehículos.
- viii. Recuperar para el disfrute colectivo las vías vehiculares y peatonales indebida y permanentemente ocupadas por el comercio informal (vendedores informales).
- ix. Recuperar para el disfrute colectivo las vías vehiculares, peatonales y antejardines indebida y permanentemente ocupadas por el comercio formal (establecimientos de comercio).
- x. Proteger el patrimonio público y el medio ambiente sano materializado en áreas de especial importancia ecológica (v gr. humedales) frente a conductas omisivas atentatorias desarrolladas por autoridades públicas.

A partir de las anteriores conclusiones extraídas de los fallos de las acciones populares estudiadas, se puede evidenciar con absoluta nitidez que el Consejo de Estado no ha vacilado a la hora de tomar determinaciones contundentes para materializar el principio de la prevalencia del interés general, a propósito de la protección de la integridad del espacio público y de la utilización y defensa de los bienes de uso público como componentes del medio ambiente urbano.

Sin embargo, como el ideal no es judicializar los conflictos que se generan en torno al espacio público, es necesario continuar la tarea de construir “con-

ciencia ciudadana” o si se quiere “cultura ciudadana” a favor del espacio público, de lo colectivo, de lo que nos pertenece a todos. El objetivo es lograr revertir definitivamente el pensamiento de antaño, esto es, que el espacio público es el “lugar de nadie” para consolidar el pensamiento moderno respecto a que el espacio público es el mayor activo social, económico, cultural y ecológico que tenemos en nuestro medio ambiente urbano que nos rodea.

La gestión ambiental urbana en Colombia se inscribe dentro de los desarrollos conceptuales de la ‘ciudad sostenible’. De acuerdo con dichos desarrollos conceptuales y en el marco de esta política, la *ciudad sostenible* se entenderá como aquella que integra la dimensión ambiental, combina el desarrollo económico, la elevación de la calidad de vida y el desarrollo social de su población, sin agotar la base de los recursos naturales renovables en que se sostiene, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.⁵⁶

Cuando se hace referencia a la gestión ambiental urbana, siempre se mencionan las problemáticas asociadas a la reducción del espacio público como causa de los procesos desordenados de urbanismo y tema prioritario en el mejoramiento de la calidad ambiental en las ciudades para hacerlas más amables. Así está planteado en los documentos del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, prosperidad para todos, aprobado mediante la Ley 1450 de 2011.

Por su parte, el Gobierno Nacional expidió la Política Nacional de Espacio Público, contenida en el Documento CONPES 3718 de 31 de enero de 2012, la cual está prevista en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, prosperidad para todos, mediante la cual se apoyará a las entidades territoriales en el fortalecimiento de su capacidad institucional y administrativa para la planeación, gestión, financiación, información y sostenibilidad del espacio público; asimismo, se generarán instrumentos para regular su aprovechamiento económico y se fortalecerá el control urbano en estas materias.

La esencia del espacio público es justamente su utilización masiva y permanente por parte de la colectividad; sin embargo, desde el punto de vista

⁵⁶ Colombia, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. *Política de gestión ambiental urbana...*, op. cit., p. 17.

jurídico, tal uso debe corresponder a los cánones democráticos establecidos que garantizan la disponibilidad y oportunidad para que las futuras generaciones tengan las mismas oportunidades que tuvimos nosotros de disfrutar de este componente del medio ambiente urbano. Sin lugar a dudas, políticas eficientes, normas claras y eficaces así como gestiones adecuadas que garanticen la gobernabilidad del espacio público por parte de las autoridades competentes contribuyen decididamente a la construcción de ciudades ambientalmente sostenibles.

Por último, las ciudades requieren de suficientes (*cantidad*), adecuados (*calidad*) y funcionales (*idoneidad*) espacios públicos. De su existencia, en parte, depende la mejor o peor calidad de vida de los ciudadanos. Por ello, más que un deber jurídico de protección a cargo del Estado, es un imperativo moral a cargo de todas las personas procurar su defensa, uso, goce, administración y sostenibilidad acorde con su destinación urbanística y adecuada apropiación social.

Bibliografía

- Amaya Navas, Óscar Darío. *La Constitución ecológica de Colombia*. 2.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Beltrán, Diana Margarita. “El espacio público como parte del medio ambiente urbano”. En: *Problemática jurídico-ambiental de los centros urbanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Colombia, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. *Política de gestión ambiental urbana*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2008.
- Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación. *Política nacional de espacio público*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2012.
- Delgado Jaramillo, Pilar, Cárdenas Villamil, Andrés y García Bañales, Jon. *Espacio público y derecho a la ciudad. La política de espacio público físico y la venta informal en Bogotá*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, UN-Hábitat y PNUD, 2008.
- Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. 1.^a ed. Bogotá: Editorial Legis, 2004.
- García-Trevijano Garnica, Ernesto. *El silencio administrativo en el derecho español*. Madrid: Civitas, 1990.

- Gómez López, Daniel y Aurora Casas, Ángela. “La relevancia de las zonas verdes en el espacio público: la necesidad de su relevancia para la ciudad capital”. En: G.A. Rodríguez, et ál. *Ciudades ambientalmente sostenibles*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- Herrera Carrascal, Giovanni José. “Dominio público. Patrimonio inmobiliario del Estado”. En: *Espacio público encuentro de multitudes*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público y Universidad Piloto de Colombia, 2006a.
- Herrera Carrascal, Giovanni José. “La función ecológica de la propiedad y de la empresa. Análisis normativo y jurisprudencial”. En: Londoño Toro, Beatriz et ál. *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006b.
- Herrera Carrascal, Giovanni José (Coord.). *Conceptos jurídicos de espacio público y patrimonio inmobiliario distrital*. Cuaderno del Espacio Público, núm. 3. Bogotá: Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público, 2007.
- Herrera Carrascal, Giovanni José. “Publicidad exterior visual ambientalmente sostenible”. En: Rodríguez, Gloria Amparo et ál. *Ciudades ambientalmente sostenibles*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- Londoño Toro, Beatriz. “Algunas reflexiones sobre la exigibilidad de los derechos colectivos y del ambiente”. En: Londoño Toro, Beatriz et ál. *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006a.
- Londoño Toro, Beatriz. “Evolución legal y jurisprudencial de las acciones constitucionales en materia ambiental. Las acciones populares y de grupo”. En: VV.AA. *15 años de la Constitución ecológica de Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006b.
- Londoño Toro, Beatriz (Ed.). *Educación legal clínica y defensa de los derechos humanos. Casos paradigmáticos del grupo de acciones públicas (GAP)*. Colección Textos de jurisprudencia. Conmemoración de los diez años del Grupo de Acciones Públicas. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- Montezuma, Ricardo. *La transformación de Bogotá 1995-2000. Entre redefinición ciudadana y espacial*. Bogotá: Fundación Ciudad Humana, 2003.
- Nova Arias, John. “El medio ambiente urbano”. En: VV.AA. *Bogotá y lo público*. Colección Construcción de lo Público 01. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, 2003.

Rodríguez, Gloria Amparo, Londoño Toro, Beatriz y Herrera Carrascal, Giovanni J. (Eds.). *Ciudades ambientalmente sostenibles*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.

Rodríguez Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo. General y colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2000.

VV.AA. *Espacio público encuentro de multitudes*. Bogotá: Alcaldía Mayor, Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público y Universidad Piloto de Colombia, 2006.

Yory, Carlos Mario (Ed.). *Espacio público y formación de ciudadanía*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

Fuente normativa

Todas las normas que a continuación se relacionan fueron consultadas de las páginas institucionales públicas:

www.presidencia.gov.co

www.secretariasenado.gov.co

www.bogota.gov.co (Régimen Legal)

Acuerdo 018 de 1999 del Concejo de Bogotá.

Acuerdo 079 de 2003 del Concejo de Bogotá.

Código Civil.

Código de Comercio.

Código Contencioso Administrativo.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Decreto-Ley 1355 de 1970.

Decreto-Ley 2811 de 1974.

Decreto-Ley 2303 de 1989.

Decreto Reglamentario 1504 de 1998.

Decreto Reglamentario 1469 de 2010.

Decreto Reglamentario 2820 de 2010.

Ley 23 de 1973.

Ley 9.^a de 1989.

Ley 99 de 1993.

Ley 165 de 1994.

Ley 232 de 1995.

Ley 388 de 1997.

Ley 393 de 1997.
Ley 472 de 1998.
Ley 768 de 2002.
Ley 769 de 2002.
Ley 810 de 2003.
Ley 902 de 2004.
Ley 1333 de 2009.
Ley 1425 de 2010.
Ley 1444 de 2011.
Ley 1450 de 2011.

Fuente jurisprudencial

República de Colombia, Consejo de Estado, sentencias

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expediente Acción Popular-032, sentencia del 27 de abril de 2001.
Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, expediente Acción Popular-155, sentencia del 31 de mayo de 2001.
Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, expediente Acción Popular (AP-199) 2001- 4180, sentencia del 29 de agosto de 2002.
Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente Acción Popular 2001-0495, sentencia del 8 de noviembre de 2002.
Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, expediente Acción Popular 2001-0317, sentencia del 30 de abril de 2003.
Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente Acción Popular 2002-02788, sentencia del 13 de mayo de 2004.
Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente Acción Popular 2004-01522, sentencia del 15 de febrero de 2007.
Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente Acción Popular 2002-02356, sentencia del 26 de abril de 2007.
Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente Acción Popular 2004-00992, sentencia del 16 de agosto de 2007.
Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente Acción Popular 2003-02481, sentencia del 10 de diciembre de 2008.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencias

C-126 de 1998.

C-215 de 1999.

C-595 de 1999.

C-643 de 1999.

C-265 de 2002.

C-459 de 2004.

SU-360 de 1999.

SU-601A de 1999.

T-411 de 1992.

T-566 de 1992.

T-572 de 1994.

T-150 de 1995.

T-666 de 2002.

La gestión integral de residuos hospitalarios y similares en Colombia

Introducción al análisis desde la perspectiva del derecho administrativo

Marlybell Ochoa Miranda*

Introducción

Este capítulo presenta una revisión y actualización general del estado del arte en materia de gestión integral de residuos hospitalarios y similares (GIRH) en Colombia, compartiendo reflexiones y análisis en torno a la evolución y aplicación de actos administrativos y otras normas asociadas a esta gestión así como a la eficiencia de las acciones de regulación, inspección, vigilancia y control atribuidas a las entidades del Estado que, siendo parte del Sistema Nacional Ambiental (SINA), están encargadas de la política y de la acción ambiental en Colombia, específicamente autoridades ambientales regionales, locales y de policía.

Comienza con una breve conceptualización de la GIRH, para identificar las principales normas relacionadas, con énfasis en actos administrativos; se reconoce la estructura del Estado comprometida con la gestión integral de residuos hospitalarios y similares, sus competencias y niveles de avance en la materia; se presentan hallazgos, vacíos y debilidades que han impedido que la GIRH sea transparente y eficaz; por último, se proponen lineamientos que permiten avanzar en la consolidación del funcionamiento de los elementos del derecho administrativo en el marco de la GIRH.

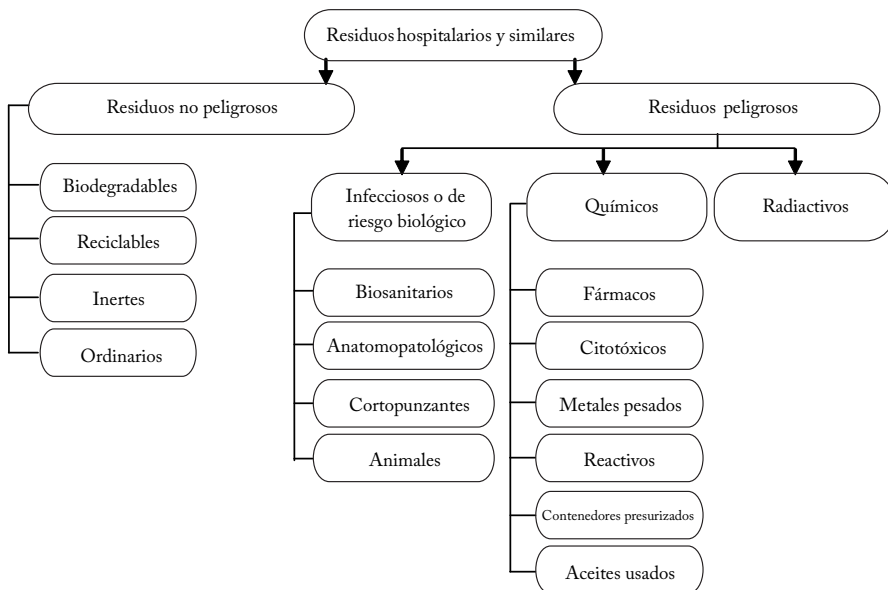
* Ecóloga, Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Ambiental, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Consultora y asesora ambiental en el sector público y privado.

1. Marco conceptual

1.1. Residuos hospitalarios y similares (RH)

Los RH se definen como los desechos generados en los centros de atención de salud durante la prestación de servicios asistenciales, incluyendo los generados en los laboratorios.¹

Figura 1. Clasificación de los residuos hospitalarios y similares



Fuente: Resolución 1164 de 2002, de los Ministerio de la Protección Social y Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS), respectivamente).

La Resolución 1164 de 2002 define los RH como aquellas sustancias, materiales o subproductos sólidos, líquidos o gaseosos, generados por una tarea productiva resultante de la actividad ejercida por el generador.² De

¹ Centro Panamericano de Ingeniería Sanitaria y Ciencias del Ambiente (CEPIS). *Guía para el manejo interno de residuos sólidos hospitalarios*. Lima: Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud, 1994, p. 2.

² Los generadores son personas naturales o jurídicas que producen residuos hospitalarios y similares en desarrollo de las actividades, manejo e instalaciones relacionadas con la prestación de servicios de salud, incluidas las acciones de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, trata-

conformidad con la clasificación establecida en la normatividad vigente³ (figura 1), estos residuos se dividen en dos grandes grupos: no peligrosos, que hacen referencia a aquellos que no presentan riesgo para la salud humana y/o el medio ambiente, y peligrosos, que presentan características infecciosas, combustibles, inflamables, explosivos, reactivos, radiactivos, volátiles, corrosivos y/o tóxicos, que pueden causar daño a la salud humana y/o al medio ambiente. Así mismo se consideran peligrosos los envases, empaques y embalajes que hayan estado en contacto con ellos.

Los residuos no peligrosos se subdividen en las categorías de biodegradables, reciclables, inertes, y ordinarios o comunes; los residuos peligrosos se dividen en tres grandes grupos correspondientes a residuos de riesgo biológico, que pueden ser biosanitarios, cortopunzantes, anatomopatológicos o de animales; residuos químicos como fármacos, citotóxicos, metales pesados, reactivos, contenedores presurizados o aceites usados y residuos radiactivos.⁴

1.2. Gestión integral de residuos hospitalarios y similares (GIRH)

Los RH se gestionan aplicando una serie de operaciones que implican la planificación, ejecución, seguimiento y control de actividades que ocurren desde la generación de un residuo hasta su tratamiento, aprovechamiento o disposición final. La *generación* de residuos está determinada por la complejidad y frecuencia de los servicios y por la eficiencia de los responsables de los servicios en el desarrollo de sus tareas, así como por la tecnología utilizada.⁵ Está relacionada directamente con un generador o persona que en el marco del desarrollo de sus actividades produce RH.

Los RH se almacenan temporalmente, abriéndole cabida al componente *depósito temporal inicial o almacenamiento inicial o primario*, conformado por

miento y rehabilitación; la docencia e investigación con organismos vivos o con cadáveres; los bioterios y laboratorios de biotecnología; actividades de tanatopraxia, autopsias o de preparación de cadáveres; consultorios, clínicas, farmacias, centros de pigmentación y/o tatuajes, laboratorios veterinarios, centros de zoonosis, zoológicos; plantas de beneficio de animales bovinos, caprinos, porcinos, equinos y de aves (Decreto 4126 de 2005).

³ Resolución 1164 de 2002 de los entonces Ministerio de la Protección Social y Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

⁴ Resolución 1164 de 2002 de los ministerios ya citados.

⁵ Centro Panamericano de Ingeniería Sanitaria y Ciencias del Ambiente (CEPIS). *Guía para el manejo interno de residuos sólidos hospitalarios...*, op. cit, p. 6.

el sistema colector de residuos en recipientes, estantes o canecas propiamente dichas por un tiempo determinado con carácter previo a su recolección y transporte interno. Este componente se define como el que se efectúa en el lugar de origen o generación de los residuos: habitaciones, laboratorios, consultorios, quirófanos, entre otros.⁶ La GIRH implica que el depósito temporal esté basado en la segregación en la fuente.

La segregación es una de las operaciones fundamentales para permitir el cumplimiento de los objetivos de un sistema eficiente de manejo de residuos; consiste en separar o seleccionar apropiadamente los residuos según la clasificación adoptada.⁷ Una vez segregados los residuos, en algunos casos se da paso al tratamiento en origen.

El *tratamiento en el origen* es posible en algunos servicios especializados que cuentan con unidades o técnicas de tratamiento. Generalmente, la incineración, esterilización o desinfección química pueden aplicarse en el origen para convertir residuos infecciosos en comunes.⁸ El objetivo del tratamiento de los desechos es cambiar su naturaleza biológica, física o química, así como reducir o eliminar el potencial causante de enfermedad, generando un nuevo residuo libre de patógenos.⁹

Cuando la institución no realiza tratamientos en el origen, se da paso al componente de *recolección y transporte interno o movimiento interno*, que consiste en trasladar los residuos en forma rápida e inequívoca desde las áreas de generación hasta el sitio acondicionado para su *almacenamiento intermedio*, también denominado *almacenamiento temporal o secundario*, cuando exista. Este se define como aquel que se realiza en pequeños centros de acopio, distribuidos estratégicamente en los pisos o unidades de servicio. Los almacenamientos intermedios reciben fundas¹⁰ plásticas y rotuladas provenientes del almacenamiento primario.¹¹

⁶ Fundación Natura. "Manual para el manejo de desechos en establecimientos de salud". En: *REPIDISCA*, núm. 62. 1997, p. 9.

⁷ Centro Panamericano de Ingeniería Sanitaria y Ciencias del Ambiente (CEPIS). *Guía para el manejo interno de residuos sólidos hospitalarios...*, op. cit., p. 8.

⁸ *Ibidem*, p. 9.

⁹ Colombia, Ministerio de Salud. *Conductas básicas en bioseguridad: manejo integral. Protocolo básico para el equipo de salud*. Ministerio de Salud: Santa fe de Bogotá, 1997, p. 32.

¹⁰ *Bolsas*.

¹¹ Fundación Natura. "Manual para el manejo de desechos en establecimientos de salud" ..., op. cit., p. 9.

De no existir un almacenamiento intermedio, los residuos son trasladados directamente al *almacenamiento central*, también conocido como *almacenamiento final o terciario*, ubicado generalmente dentro del establecimiento generador. El almacenamiento final o terciario es el que se efectúa en una bodega adecuada para recopilar todos los desechos de la institución.¹²

Una vez dispuestos los residuos en los almacenamientos centrales o centros de acopio, se efectúa su alistamiento a través del envasado, empaclado e identificación para la *presentación y entrega* a la empresa contratada para la *gestión externa*, que puede ser un prestador del servicio público de aseo para los residuos netamente ordinarios o comunes, prestador del servicio especial para los residuos inertes, asociaciones de reciclaje para residuos reciclables, empresas que gestionan residuos biodegradables, empresas logísticas autorizadas para transportar residuos peligrosos, empresas licenciadas para gestionar externamente residuos peligrosos o empresas vinculadas a planes de devolución de productos posconsumo, entre otras opciones.

En este punto culmina la gestión interna de residuos hospitalarios y similares e inicia la gestión externa con la recolección y transporte externo hasta el sitio seleccionado para la destinación final del residuo, ya sea un lugar de almacenamiento por un tiempo determinado previo a la recuperación con fines de aprovechamiento en sistemas de reutilización, reciclaje, compostaje, lombricultura o producción de energía; tratamiento en sistemas de autoclave de calor húmedo, incineración, coprocesamiento, pirólisis o directamente al sitio en que se realiza la disposición final ambiental y sanitariamente segura en un relleno sanitario con licencia ambiental.

En algunos casos puede haber variaciones de la cadena de generación de acuerdo con las políticas y decisiones que se asuman en cada establecimiento, por ejemplo, contar con programas o actividades de recuperación, aprovechamiento o tratamiento interno.

1.3. Importancia de la GIRH

Focalizar la atención de autoridades, generadores y demás actores asociados a la GIRH es vital para evitar riesgos a la salud humana y el medio ambiente; riesgos que se incrementan con el desconocimiento generalizado de prácticas responsables sanitarias y ambientales para manejar los residuos.

¹² *Ibidem*, p. 9.

Los residuos hospitalarios, si no son manejados de forma correcta y eficiente, se convierten en un riesgo potencial de enfermedades transmisibles como el complejo de la hepatitis, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, la sífilis, la malaria, el paludismo, las enfermedades entéricas, la tuberculosis, entre otras. Los riesgos derivados del manejo inapropiado de los residuos hospitalarios, exponen en primer término al personal (interno y externo) responsable de su recolección y disposición, en segundo término al resto de la población hospitalaria y en último lugar a la población en general y al ambiente.¹³

2. Marco normativo de la gestión integral de residuos hospitalarios y similares en Colombia

Colombia cuenta hoy con dos políticas ambientales para la gestión integral de sus residuos: una para los residuos ordinarios y otra para los residuos peligrosos.¹⁴ Ambas políticas han tenido un amplio desarrollo reflejado en un marco normativo (anexo 1) que presenta diferentes niveles de avance en su cumplimiento.

Si bien es cierto que las regulaciones normativas en materia de residuos hospitalarios y similares son anteriores a la Ley 9.^a de 1979, también conocida como Código Sanitario Nacional, solo hasta el año 2000, con la expedición del Decreto 2676 de los Ministerios del Medio Ambiente y Salud (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Ministerio de Salud y Protección Social, respectivamente), sus modificaciones contempladas en los Decretos 4126 de 2005, 1669 de 2002 y 2763 de 2001 y su Resolución Reglamentaria 1164 de 2002 o Manual de procedimientos para la gestión integral de residuos hospitalarios y similares (MPGIRH), se logró estructurar en Colombia los criterios mínimos a tener en cuenta en la implementación de una gestión integral de estos residuos.

Para efectos prácticos, el marco normativo relacionado con la GIRH se puede diferenciar en normas para residuos peligrosos, normas para residuos no peligrosos, normas que de manera integral vinculan ambos tipos de residuos

¹³ Sandra Alvarado Barrero. *Manual para la gestión de los residuos generados en las instituciones prestadoras de servicios de salud*. Bogotá: Oscar Nieto Zapata, 1999, p. xiii.

¹⁴ Carolina Montes Cortés. *Régimen jurídico y ambiental de los residuos sólidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 22.

y otras normas que directa o indirectamente regulan las acciones relacionadas con la gestión de residuos.

En materia ambiental, la primera norma que reguló los desechos peligrosos fue el Decreto-Ley 2811 de 1974, que en su art. 32 identificó la necesidad de establecer requerimientos para la importación, fabricación, manejo, empleo y disposición de productos tóxicos o peligrosos, disposición que no ha tenido el eco esperado en las subsiguientes regulaciones sobre la materia. Esta norma fue complementada por las disposiciones contenidas en el Código Sanitario Nacional (Ley 9.^a de 1979), que consagró las medidas sanitarias para la fabricación, manejo, almacenamiento, transporte y comercio de sustancias peligrosas, estableciendo que quienes produjeran basuras con características especiales serían responsables de su recolección, transporte y disposición final.¹⁵

Entre las normas para residuos peligrosos cabe resaltar las concernientes a bifenilos policlorados (PCB), como la Resolución 222 del 15 de diciembre de 2011; a los planes de gestión de devolución de productos posconsumo, tales como las resoluciones del antes MAVDT 1511, 1512, 1297 y 1457 de 2010, y 371 y 372 de 2009, que regulan bombillas, computadores y periféricos, pilas y/o acumuladores, llantas, fármacos o medicamentos vencidos y baterías usadas plomo-ácido, respectivamente; la Ley 1252 de 2008, el Decreto 4741 de 2005 como principal norma para dar cumplimiento a la política de residuos peligrosos, la resolución del antes MAVDT 1362 de 2007 sobre el registro de generadores de residuos peligrosos, y la Resolución 1478 de 2006, del entonces Ministerio de la Protección Social, que regula la destrucción de sustancias o medicamentos de control especial.

En gestión integral de residuos sólidos no peligrosos, el marco normativo destaca el Decreto 1713 de 2002, que de manera integral abarca los componentes de la gestión, y el Decreto 1140 de 2003 para los temas de almacenamiento.

La norma más reciente relacionada con los residuos sólidos es la Ley 1259 de 2008, que instaura en el territorio nacional la aplicación del comparendo ambiental a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros. Este desarrollo normativo no ha tenido la fuerza necesaria para inducir al país a la gestión integral de residuos debido a múltiples factores que

¹⁵ *Ibidem*, pp. 38-39.

deben ser superados previa a su implementación, puntualmente a factores culturales, sociales, educativos, económicos, financieros, entre otros.¹⁶

Entre las normas que vinculan ambos tipos de residuos sobresalen la Resolución 482 de 2009 del entonces MAVDT, que reglamenta el manejo de bolsas o recipientes que han contenido soluciones para uso intravenoso, intraperitoneal y en hemodiálisis, generados como residuos en las actividades de atención de salud, susceptibles de ser aprovechados o reciclados; la Resolución 1164 de 2002 y el Decreto 2676 de 2000 con sus normas modificatorias, la Circular MPS 0047 de 2006 sobre el procedimiento de elaboración del Plan de gestión integral de residuos hospitalarios y similares (PGIRH) por parte de los profesionales independientes, y la Ley 1259 de 2008, que instaura en el territorio nacional la aplicación del comparendo ambiental a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros.

En último lugar, como normas que directa o indirectamente regulan la gestión integral de residuos se resaltan la Ley 1333 de 2009, que establece el procedimiento sancionatorio ambiental, la Resolución de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios SSPD 20081300053645 de 2008 y otras, por la cual se autoriza excluir de oficio del Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos (RUPS) a personas que realizan actividades relacionadas con residuos peligrosos, infecciosos, hospitalarios y similares; la Resolución 909 de 2008 del antes MAVDT sobre estándares de emisión a la atmósfera por fuentes fijas, el Decreto 3930 del 25 de octubre de 2010 sobre usos de agua y residuos líquidos, la Ley 599 de 2000 o Código Penal de Colombia, con sus modificaciones contempladas en la Ley 1453 del 24 de junio de 2011 que lo reforma, entre otros aspectos, en su capítulo referente a delitos ecológicos; el Decreto 2820 de 2010 sobre licencias ambientales, el Decreto 388 de 1997 sobre usos del suelo, y finalmente el Decreto 1609 de 2002, que incorpora de manera obligatoria normas técnicas regulando así el transporte de residuos peligrosos asimilados como una mercancía peligrosa.

3. Estructura del Estado comprometida en la gestión integral de residuos hospitalarios y similares en Colombia

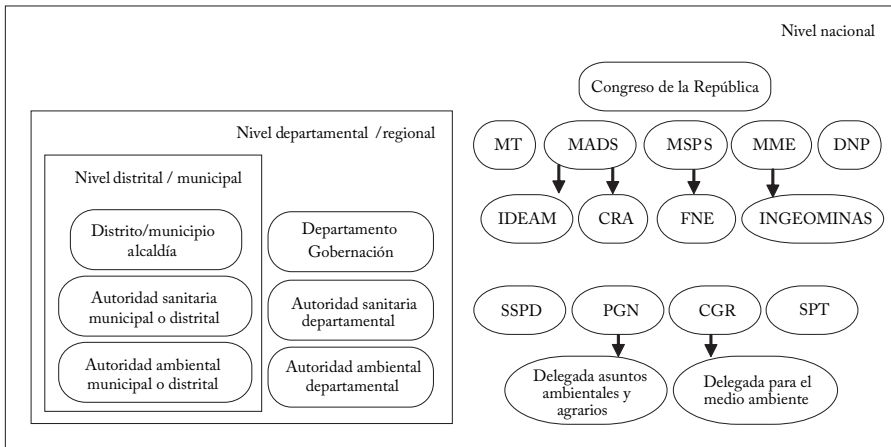
El marco institucional relacionado con la gestión integral de residuos en Colombia está conformado por entidades del Gobierno nacional, autoridades

¹⁶ Carolina Montes Cortés. *Régimen jurídico y ambiental de los residuos sólidos...*, op. cit., p. 33.

sanitarias, ambientales y entidades de apoyo, que se encargan de planificar, inspeccionar, controlar, vigilar y/o regular la gestión integral de residuos hospitalarios y similares a nivel nacional, regional y local (figura 2). A continuación se presentan las principales entidades, con sus funciones y competencias, definidas en las normas sobre la materia.

El Congreso de la República encabeza la lista como órgano que elabora y aprueba las leyes nacionales, como la Ley 1252 del 27 de noviembre de 2008, sobre residuos y desechos peligrosos; la Ley 1259 del 19 de diciembre de 2008, que instaura en el territorio nacional la aplicación del comparendo ambiental y ha generado controversia principalmente en el gremio de los recicladores de oficio; la Ley 1333 del 21 de julio de 2009, que establece el procedimiento sancionatorio ambiental.

Figura 2. Principales entidades que regulan el sector generador de residuos y a los gestores externos



Fuente: elaboración propia.

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, como organismo rector de la gestión ambiental en Colombia y principal autoridad sobre la materia, tiene la función de elaborar las políticas y los actos administrativos que reglamentan a nivel nacional la gestión integral de residuos; también de realizar el trámite de notificaciones y autorizaciones para la exportación, el tránsito y la importación de residuos o desechos peligrosos, previo consentimiento de los respectivos países (Decreto 4741 de 2005).

Recordemos que, en la actualidad, otorgar o negar de manera privativa la licencia ambiental para la importación y producción de sustancias, materiales o productos sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales (Decreto 2820 de 2009) está a cargo de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA).

Este ministerio comparte funciones con el Ministerio de Transporte (MT), para regular los aspectos relacionados con el transporte de residuos o desechos peligrosos, y con el Ministerio de Salud y Protección Social, para emitir actos administrativos que regulen la gestión integral de residuos hospitalarios y similares. Este último también debe establecer el sistema de información epidemiológico de los factores de riesgo derivados del manejo y gestión integral de los residuos hospitalarios y similares, así como de los eventos en salud asociados a ellos (Decreto 1669 de 2002).

El Ministerio de Minas y Energía (MME) regula, controla y licencia a nivel nacional todas las operaciones concernientes a las actividades nucleares y radiactivas, y vela por que se cumplan las disposiciones legales y los tratados, acuerdos y convenios internacionales relacionados con el sector minero-energético y sobre seguridad nuclear, protección física, protección radiológica y salvaguardias (Decreto 70 de 2001). El Ministerio debe dictar las normas y reglamentos para la gestión segura de materiales nucleares y radiactivos en el país y velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de protección radiológica y seguridad nuclear (Decreto 70 de 2001). Ingeominas, como entidad adscrita a este ministerio, debe dictar los lineamientos para el manejo de residuos radiactivos.

Por otra parte, se cuenta con el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM) para definir los protocolos de muestreo y análisis de laboratorio para la caracterización fisicoquímica de los residuos o desechos peligrosos en el país, así como para acopiar, almacenar, procesar, analizar y difundir datos e información estadística sobre la generación y manejo de los residuos o desechos peligrosos a nivel nacional, a través del Sistema de Información Ambiental (Decreto 4741 de 2005).

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) es la encargada de regular los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo mediante la expedición de normas, específicamente resoluciones, que deben cumplir las empresas que presten estos servicios en todo el país.

El Fondo Nacional de Estupefacientes (FNE) vigila y controla la importación, exportación, distribución y venta de materias primas de control especial o sustancias sometidas a fiscalización y medicamentos que las contengan (Decreto 205 de 2003). Un delegado del Fondo Nacional de Estupefacientes o del Fondo Rotatorio de Estupefacientes debe intervenir en la destrucción de sustancias sometidas a fiscalización, medicamentos y/o productos que las contengan por vencimiento, deterioro u otra razón (Resolución 1478 de 2006).

La Procuraduría General de la República (PGR), por intermedio de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, se encarga de intervenir ante las autoridades públicas, cuando sea necesario, para defender el orden jurídico, el patrimonio público, las garantías y los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente, así como los derechos de las minorías étnicas; también interpone las acciones populares, de tutela, de cumplimiento y las demás que resulten conducentes para asegurar esta defensa (Decreto Ley 262 de 2000).

La Contraloría General de la Nación (CGN), mediante la Contraloría delegada para el Medio Ambiente, tiene a su cargo la revisión de la gestión interna y externa de residuos, que implica el cumplimiento de la Política de Residuos Peligrosos (RESPEL) y del marco normativo asociado.

La Superintendencia de Puertos y Transporte (SPT) inspecciona y vigila las actividades de transporte de mercancías peligrosas (Decreto 1609 de 2002), mientras que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) se encarga de vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios así como el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos.

El Departamento Nacional de Planeación (DNP), a través de la Dirección de Desarrollo Urbano y Política Ambiental (DDUPA), es el encargado de elaborar planes de largo plazo sobre organización del Estado, planeación territorial del país y políticas ambientales y de desarrollo sostenible (Decreto 195 de 2004).

A los municipios y distritos les corresponde dar apoyo al sistema de gestión integral de RESPEL a través de la identificación y localización de áreas potenciales para la ubicación de infraestructura de servicios para el manejo de RESPEL, por medio de los planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial y esquemas de ordenamiento territorial (MAVDT, 2007, Decreto 4741 de 2005). También les corresponde apoyar programas

de gestión integral de residuos o desechos peligrosos que establezcan los generadores de RESPEL; apoyar a las autoridades ambientales en la realización de campañas de sensibilización, divulgación, educación e investigación con el fin de promover la gestión integral de los RESPEL (Decreto 4741 de 2005); asegurar la prestación del servicio para las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos (Ley 632 de 2000); específicamente, al alcalde le corresponde aplicar la sanción por comparendo ambiental, quien podrá delegar en su secretario de Gobierno, de tránsito o en la autoridad correspondiente (Ley 1259 de 2008).

Las autoridades sanitarias del nivel departamental, distrital o municipal, específicamente a las secretarías de salud, se encargan de vigilar las condiciones ambientales que afectan la salud y el bienestar de la población generadas por ruido, tenencia de animales domésticos, basuras y olores, entre otros, así como vigilar en su jurisdicción la calidad del agua para consumo humano; la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos; el manejo y la disposición final de radiaciones ionizantes, excretas, residuos líquidos y aguas servidas; así como la calidad del aire. Para tal efecto, coordinan con las autoridades competentes las acciones de control a que haya lugar (Ley 715 de 2001).

Las autoridades sanitarias son las encargadas de la inspección, vigilancia y control de la gestión interna de los residuos hospitalarios y similares, y de la gestión integral en relación con los factores de riesgo para la salud humana, sin perjuicio de las acciones a que haya lugar por parte de las autoridades ambientales competentes, con fundamento en el Decreto 2676 de 2000 y demás normas vigentes, así como lo exigido en el Manual para la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares; también podrán exigir el Plan de gestión integral de residuos hospitalarios y similares (PGIRH) (Decreto 1669 de 2002).

Las autoridades ambientales de los niveles regionales y locales, tales como las corporaciones autónomas regionales, las de desarrollo sostenible y las autoridades ambientales urbanas, tienen a su cargo la ejecución de las políticas públicas que permiten asegurar una adecuada calidad de vida a la población y el desarrollo sostenible del país. Por tanto son actores esenciales en la gestión de residuos desde el punto de vista de ejecutar la política ambiental para la

gestión integral de los residuos o desechos peligrosos y asegurar el control y vigilancia del sistema. Sus acciones también están orientadas a:

- Promover la implementación de soluciones locales o regionales de gestión externa de RESPEL y facilitar que se viabilicen como “oportunidades de negocios”, que puedan sostenerse a lo largo del tiempo.¹⁷
- Impulsar procesos de capacitación en la región a todos los niveles, sobre gestión de RESPEL y producción más limpia.¹⁸
- Implementar y garantizar la operación del registro de generadores de RESPEL en su jurisdicción y generar o divulgar información en el área de su jurisdicción sobre la cantidad, calidad, tipo y manejo de los RESPEL (Decreto 4741 de 2005). Las autoridades deben diseñar programas o realizar actividades de control y seguimiento ambiental, con el fin de verificar la información suministrada por los generadores, así como el cumplimiento de las disposiciones y requisitos establecidos en la Resolución 1362 de 2007 (Resolución 1362 de 2007).
- Formular e implementar en el área de su jurisdicción un plan para promover la gestión integral de RESPEL, con énfasis en las estrategias o acciones que haya definido la política como prioritarias. Lo anterior independientemente de los planes de gestión que deben formular los generadores, fabricantes o importadores (Decreto 4741 de 2005).
- Otorgar o negar la licencia ambiental en la construcción y operación de instalaciones cuyo objeto sea el almacenamiento, tratamiento, aprovechamiento, recuperación y/o disposición final de RESPEL y en la construcción y operación de rellenos de seguridad para residuos hospitalarios en los casos en que la normatividad sobre la materia lo permita; por otra parte, otorgar o negar la licencia ambiental para la construcción y operación de instalaciones cuyo objeto sea el almacenamiento, tratamiento, aprovechamiento (recuperación/reciclado)

¹⁷ Colombia, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. *Gestión integral de residuos o desechos peligrosos. Bases conceptuales*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2007, p. 63.

¹⁸ *Ibidem*.

y/o disposición final de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) y de residuos de pilas y/o acumuladores; la licencia también la otorgarán o negarán para la construcción y operación de plantas cuyo objeto sea el aprovechamiento y valorización de residuos sólidos orgánicos biodegradables mayores o iguales a veinte mil toneladas/año y para la construcción y operación de rellenos sanitarios; no obstante, la operación únicamente podrá ser adelantada por las personas señaladas en el art. 15 de la Ley 142 de 1994 (Decreto 2820 de 2010).

- Poner en conocimiento del público en general el listado de receptores o instalaciones autorizadas para el almacenamiento, tratamiento, aprovechamiento y/o valorización y disposición final de residuos o desechos peligrosos en su jurisdicción (Decreto 4741 de 2005).
- Definir los criterios de aceptación de laboratorios para efectuar la caracterización fisicoquímica de RESPEL, mientras se implementan los servicios de laboratorios acreditados para tal fin, y hacer pública la lista de los laboratorios aceptados, exigir en determinados casos la caracterización fisicoquímica de los residuos o desechos si así lo estima conveniente o necesario (Decreto 4741 de 2005).
- Efectuar la inspección, vigilancia y control de la gestión externa de los residuos hospitalarios y similares, y de la desactivación de alta eficiencia, así como de las emisiones atmosféricas y vertimientos del generador y de la gestión integral en relación con los componentes ambientales o los recursos naturales renovables, sin perjuicio de las acciones a que haya lugar por parte de las autoridades sanitarias competentes, con fundamento en el Decreto 2676 de 2000 y demás normas vigentes, así como lo exigido en el Manual para la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares y podrán exigir el PGIRH (Decreto 1669 de 2002).
- El Gobierno Nacional, junto con la autoridad ambiental competente o quien haga sus veces, tendrá que desarrollar esfuerzos intersectoriales, nacionales e internacionales, para tratar, eliminar y disponer las existencias y enterramientos de RESPEL, además de la maquinaria y elementos que hayan tenido contacto con estos para proteger los recursos naturales y propender al derecho a un ambiente sano (Ley 1252 de 2008).

Más de veinte entidades relacionadas han generado grandes avances en pro de la gestión integral de residuos hospitalarios y similares en Colombia, entre los más relevantes se encuentra la emisión por parte del anterior MAVDT de la Política Ambiental para la Gestión Integral de Residuos o Desechos Peligrosos, la expedición del Decreto 4741 de 2005 como instrumento de planificación de la gestión de RESPEL, que implanta un marco de responsabilidad de todos los actores que están involucrados a lo largo de la cadena de generación de los RESPEL y establece el registro de generadores reglamentado por la Resolución 1362 de 2007; el desarrollo y administración de la plataforma tecnológica para recibir la información de la autodeclaración anual de registro de generadores de RESPEL que maneja el IDEAM.

Colombia ya cuenta con los protocolos para la caracterización fisicoquímica de los RESPEL y para la acreditación de laboratorios; por ende, cuenta con empresas autorizadas para gestionar diversos tipos de RESPEL. Se ha avanzado en la consolidación de planes de devolución de residuos posconsumo obligatorios para bombillas, computadores y periféricos, pilas y/o acumuladores, llantas, plaguicidas, fármacos y medicamentos vencidos y baterías usadas plomo-ácido; también en la consolidación de planes voluntarios para celulares, tóneres y cartuchos usados, neveras, aceites usados, entre otros.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) aclaró su competencia frente a las labores de inspección, vigilancia y control de las empresas prestadoras de las actividades de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de los residuos hospitalarios y similares, indicando que no se trata de un servicio público domiciliario mediante la Resolución 20081300053645 del 23 de diciembre de 2008, por la cual se autoriza excluir de oficio del Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos (RUPS) a personas que realizan actividades relacionadas con residuos peligrosos, infecciosos, hospitalarios y similares.

Las autoridades sanitarias y ambientales de los niveles regionales y locales, unas con mayores fortalezas que otras, asesoran y capacitan técnicamente a los generadores de residuos hospitalarios y similares y prestadores de servicios de gestión externa, y verifican constantemente el cumplimiento del PGIRH durante las visitas rutinarias de inspección, vigilancia y control, retroalimentando a las instituciones para que tomen las medidas preventivas y/o correctivas pertinentes y presenten programas de mejoramiento con plazos para cumplirlos.

Pese a los anteriores avances, la situación actual en Colombia en materia de RH tiene un sinnúmero de debilidades detectadas.

4. Situación actual en Colombia de la gestión integral de residuos hospitalarios y similares: hallazgos, debilidades y vacíos

4.1. Hallazgos

Gracias a la atención de los medios de comunicación se ha hecho evidente que en Colombia existe un problema muy serio de disposición de residuos en general y de disposición de residuos hospitalarios en particular. Es de destacar la importante labor de los medios de comunicación porque tienen la capacidad de hacer visibles problemas que existen y que son una amenaza para la salud de los colombianos, pero que se encuentran latentes.¹⁹ Los casos más difundidos por los medios correspondieron al abandono clandestino de grandes cantidades de residuos hospitalarios y similares, en su mayoría peligrosos, en los departamentos del Atlántico, Sucre, Antioquia, Boyacá, Córdoba y en la ciudad de Bogotá, D.C. durante el año 2008. Algunos de ellos se exponen a continuación.

En 2008 el hallazgo de residuos hospitalarios en varias regiones del país prendieron las alarmas por posibles infecciones y epidemias. En Villa Rosita, un barrio popular de Cartagena, y en las Malvinas de Barranquilla, se hallaron las primeras toneladas de desechos hospitalarios. Entre estos residuos había patógenos, jeringas, bolsas quirúrgicas y otros elementos de alta peligrosidad, sobre todo para la curiosidad de los niños de estos asentamientos urbanos. Tres meses después de haberse iniciado la investigación por el hallazgo de más de diez toneladas de desechos hospitalarios en tres lotes de la ciudad, el Departamento Técnico Administrativo de Medio Ambiente (DAMAB) formuló cargos contra dieciséis empresas.

La investigación encontró méritos suficientes para formular la acusación contra las empresas que en calidad de generadoras, transportadoras y responsables del manejo y disposición final de los residuos, resultaron implicadas en este proceso. La Resolución solo hace referencia a los residuos que fueron a parar a lotes baldíos ubicados en los barrios Las Malvinas y El Pueblo, así

¹⁹ Juan Carlos Correa. *Los residuos hospitalarios en Colombia*. Bogotá: Fundación Santa Fe de Bogotá, 2009, pp. 1-4. Disponible en: <http://www.asivamosensalud.org/>

como en el sector del puente de La Cordialidad con Circunvalar, que afectaron directamente el hábitat y la salud pública de los barranquilleros.

En el Atlántico también se encontraron desechos hospitalarios (bolsas quirúrgicas, jeringas, gasas y demás elementos clínicos utilizados para diálisis) en los municipios de Puerto Colombia, Juan de Acosta y Piojó, caso que quedó a cargo de los organismos de investigación para determinar de dónde provenía. Una de las teorías que explicaban la presencia de estos elementos en el mar indicaban que hubieran sido arrojados de manera clandestina en el río Magdalena y que de esa manera llegaron hasta las playas de Sabanilla y Salgar, en Puerto Colombia (área metropolitana de Barranquilla), y los municipio de Piojó y Juan de Acosta. En Bogotá, D.C., el hallazgo de bolsas de suero, prendió las alarmas de las dependencias de salud y las autoridades que saben del riesgo que se corre si estos elementos contaminados caen en manos de menores de edad, indigentes o criminales. No sorprende que se hayan encontrado varios “depósitos” de este tipo de residuos en varios puntos de la geografía nacional. Estos bien podrían ser solamente la punta del iceberg en materia de disposición inadecuada. El problema más grave radica en el hecho de que el riesgo que representan muchos de los residuos puede permanecer intacto en el tiempo y afectar a las personas muchos años después. En este sentido, vale la pena hacer investigaciones sobre el consumo de insumos de salud, su ciclo de vida y su destino final. Saber dónde puede haber este tipo de residuos y emprender acciones para neutralizarlos.²⁰

4.2. Situación actual general

Se destacan ciertos problemas reconocidos como vacíos y debilidades en la aplicación de los actos administrativos y otras normas asociadas tanto a la gestión interna como externa de residuos hospitalarios y similares:

- Aunque con la reglamentación se establecen responsabilidades para la gestión integral interna y externa en la cadena de generación de residuos hospitalarios y similares, esta se dilata. Es una constante encontrar que el generador, poseedor de los residuos o fabricante, cuando así se reconoce, pretende asumir su responsabilidad únicamente hasta la entrega de los residuos al gestor externo o

²⁰ *Ibidem*, pp. 1-4.

receptor, o hasta el despacho de productos cuyos embalajes y residuos tienen características peligrosas, respectivamente; omitiendo sus afluentes, emisiones, productos y subproductos que eventualmente podrían afectar la salud humana o el ambiente y descartando que su responsabilidad llega hasta cuando los residuos peligrosos sean tratados, aprovechados y/o dispuestos de manera definitiva en una forma ambiental y sanitariamente segura y comprobada.

Ahora bien, la situación se agrava cuando los gestores externos –léase transportistas, o personas a cargo del tratamiento, aprovechamiento o disposición final externa de residuos– desconocen que una vez los adquieren, la responsabilidad es solidaria y los vincula hasta haber comprobado el destino ambiental y sanitariamente seguro. La responsabilidad integral del generador y su condición de volverse solidaria con los receptores de los residuos peligrosos se consagra, entre otras normas, en las leyes 430 de 1998 y 1252 de 2009, y en los decretos 2676 de 2000 y 4741 de 2005.

- El generador carece de medios instrumentales para auditarse y auditar a los gestores externos o simplemente no lo hace por creer que es un asunto de las autoridades.
- Con respecto a las principales prohibiciones relacionadas con el manejo de estos residuos, en Colombia se evidencian casos de incumplimiento reiterativos que atentan directamente contra los principios del desarrollo sostenible, como la disposición inadecuada de animales muertos, partes de estos y residuos biológicos dentro de los residuos domésticos o desechos industriales, sin las medidas de seguridad necesarias, o en sitios no autorizados por la autoridad competente, como basureros satélites o botaderos a cielo abierto, en contraposición de la Ley 1259 de 2008; la disposición o recepción final de RESPEL en rellenos sanitarios que no cumplen con la capacidad o condiciones físicas y técnicas adecuadas, violando la Ley 1252 de 2008; la disposición o enterramiento de RESPEL en sitios no autorizados y el abandono de residuos hospitalarios y similares, específicamente RESPEL, en vías, suelos y cuerpos de agua, violando los decretos 4741 de 2005 y 2676 de 2000.

Lo anterior se da por varios motivos: voluntad propia consciente de las consecuencias a nivel ecológico, económico y social; falta de

tecnologías de tratamiento, aprovechamiento y/o disposición final de los residuos a nivel local, ignorancia de las normas, negligencia o evasión de responsabilidades de los generadores y prestadores de servicios de gestión externa en busca de ahorro económico derivado de los altos costos de la contratación de servicios de tratamiento y disposición final.

- Los vacíos normativos afectan los resultados esperados de la gestión; por ejemplo, en las normas vigentes no se especifican procesos y procedimientos para gestionar los residuos hospitalarios y similares en servicios extramurales; la generación de residuos hospitalarios y similares se limita a ciertas instituciones, pero deja por fuera a los domicilios, donde se generan todo tipo de estos residuos (papel higiénico, pañales, toallas higiénicas, secreciones, excrementos de animales, entre otros); no hay claridad sobre las fuentes económicas o apoyos financieros para las inversiones en infraestructura, personal, servicios y tecnología; los aspectos relacionados con creencias culturales no se han tenido en cuenta en la elaboración de normas y entran en choque especialmente cuando lo que para las autoridades son residuos peligrosos para una cultura determinada representa los restos de ser querido; no existe claridad sobre las regulaciones de los transportistas externos de RESPEL, entre otros, generando incertidumbre y alteraciones en el cumplimiento normativo.
- No hay articulación entre la academia y el Estado. Muchos esfuerzos académicos no encuentran eco en los procesos reales que adelanta el Estado, y muchos procesos estatales carecen de fundamentos teóricos que garanticen su viabilidad e idoneidad fracasando en el ejercicio práctico.²¹
- El exceso de documentación e información exigida por las normas no es conocida en su totalidad ni es de fácil manejo por los regulados. Para comprobar el cumplimiento documental que apoya la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares en los generadores (anexo 2) y prestadores (anexo 3) de servicios de gestión externa, se

²¹ Marlybell Ochoa Miranda. “Gestión integral de residuos sólidos urbanos en el marco de la sostenibilidad ambiental”. En: *Ciudades ambientalmente sostenibles*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008, p. 161.

debe demostrar a la autoridad la elaboración y aplicación de mínimo cuarenta documentos distribuidos de acuerdo con los componentes de la gestión integral de residuos hospitalarios y similares que vuelve caótica la gestión.

- Existe desconocimiento por parte de los consumidores en relación con el riesgo que conlleva un manejo inadecuado de los RESPEL, esto obedece a una cultura basada en la tendencia a consumir el producto más económico, sin importar su calidad y su gestión pos-consumo.²²
- Las autoridades sanitarias y ambientales de niveles regionales y locales carecen de un inventario real de regulados en la materia, presentan fallas de coordinación institucional, no han establecido mecanismos homogéneos validados y carecen de personal suficiente capacitado e idóneo para atender la demanda de los generadores y gestores externos de estos residuos en cuanto a asesoría, inspección, vigilancia, seguimiento y control.

Se han dado casos en que las autoridades solicitan información a los regulados y los dejan a la espera indefinida de una retroalimentación oportuna, dejándoles un camino libre para cometer imprudencias en la gestión que traen consecuencias funestas sanitarias y ambientales. Por otra parte, se ha detectado que no promueven la integración de los planes de tipo ambiental, como el Plan Institucional de Gestión Ambiental (PIGA), el Plan de Manejo Ambiental (PMA), los planes de contingencia y emergencia relacionados con residuos, el Plan de Gestión Ambiental (PGA) de los sistemas voluntarios de gestión ambiental, los Planes de Gestión Integral de Residuos Sólidos (PGIRS), PGIRH o Planes de Gestión Integral de Residuos Peligrosos (PGIRESPEL); también se genera confusión en los regulados, por ejemplo, existen autoridades que exigen un PGIRH y aparte un PGIRESPEL, siendo documentos que se pueden articular perfectamente entre sí.

²² Colombia, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. *Política ambiental para la gestión integral de residuos o desechos peligrosos*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2005, p. 11.

4.3. Situación actual específica para los componente de la GIRH

- Los generadores de residuos hospitalarios y similares presentan problemas de manejo de emisiones no controladas a la atmósfera y vertimientos a fuentes hídricas, ambos relacionados con la producción de estos residuos; algunos por desconocimiento de los trámites de registros y/o permisos resultantes de caracterizaciones favorables, y otros por desconocer la normativa que les aplica con las correspondientes medidas de manejo.
- Los generadores y prestadores tienen limitaciones de personal calificado y altamente capacitado en el tema de residuos hospitalarios y similares, lo que conlleva debilidades en la formulación e implementación de los PGIRH, componente interno o externo, y problemas que van desde el diagnóstico sesgado por la incertidumbre en la identificación y caracterización de los RESPEL, especialmente de aquellos derivados de actividades de apoyo a los servicios propios ofrecidos, por ejemplo, baterías, bombillas, productos de limpieza y de jardinería, cartuchos y tóneres.

Lo anterior afecta el diligenciamiento de los tan cuestionados formularios RH1 y RHPS; de los informes de gestión con sus indicadores que no siempre se entregan a las autoridades y con ello el diagnóstico real y confiable de la generación y gestión de residuos en el país. También se dilata el trámite para el registro de generadores de RESPEL y para garantizar su gestión eficiente hasta su disposición final.

- Sumado a lo anterior, en la mayoría de ciudades del país se carece de laboratorios acreditados por el IDEAM para efectuar la caracterización de los residuos peligrosos y se desconocen alternativas de producción más limpia que fortalezcan las prácticas de prevención y minimización de residuos en la fuente de generación.
- En el componente depósito temporal inicial los principales problemas se enfocan en la deficiente o nula segregación en la fuente, problemas de contaminación cruzada y en la carencia de recipientes o el diligenciamiento incorrecto de su rótulo. Otras prácticas inadecuadas son el uso reiterativo a otros fines de recipientes destinados al almacenamiento de residuos, sobresaturación de las capacidades de los recipientes, improvisación y ubicación no planificada. Con

los residuos químicos hay incertidumbre por falta de conocimiento para la segregación en la fuente y cuando son líquidos en muchos casos se opta por deshacerse de ellos directamente en el alcantarillado municipal.

- En las instituciones no se ha dado hasta el momento un manejo seguro relacionado con la minimización en su generación y almacenamiento posterior, ni se han definido estrategias para su disposición final. El almacenamiento de este tipo de residuos se realiza, principalmente, en contenedores plásticos, donde se trituran los envases y se mezclan las sustancias sin tener en cuenta sus características o compatibilidad, ocasionando situaciones de riesgo y pérdida del potencial tratamiento por tipo de residuo generado.²³
- La recolección y transporte interno presenta debilidades en las rutas sanitarias internas. En algunos casos no están divulgadas, se encuentran desactualizadas y son inoperantes o presentan información incompleta; no existen protocolos establecidos de ejecución de la ruta, se carece de vehículos recolectores que cumplan con las características exigidas y el personal encargado de ejecutar la ruta muestra deficiencias en la aplicación de las prácticas de bioseguridad.
- La no segregación conlleva a encontrar elementos cortopunzantes, material de vidrio y residuos líquidos en bolsas no apropiadas para este fin, provocando riesgos para el personal que manipula el residuo durante la recolección interna y externa.²⁴
- En el componente almacenamiento intermedio y/o central, se evidencian problemas de ubicación, exclusividad, infraestructura, capacidad de almacenamiento y dotación. En algunos casos son improvisados espacios construidos para otros propósitos, ubicados cerca de áreas que requieren completa asepsia; su capacidad no garantiza el almacenamiento seguro de los residuos hospitalarios; no cuentan con sistemas de iluminación, ventilación y control de plagas, pisos y paredes lisas, no están correctamente señalizados interna y externamente; disponen indiscriminadamente

²³ Cámara de Comercio de Bogotá y Departamento Administrativo del Medio Ambiente. *Manual de producción más limpia*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2006, p. 33.

²⁴ *Ibidem*, p. 31.

los residuos peligrosos y los no peligrosos propiciando espacios de contaminación cruzada, especialmente cuando no cuentan con la dotación de recipientes, neveras o estanterías requeridas de acuerdo con los tipos de residuos generados; finalmente, su adecuación no cumple con las estrictas medidas de seguridad. Estos sitios no siempre son sometidos a un estricto control de plagas, roedores, vectores y programas de limpieza y desinfección.

- En el almacenamiento central, las deficiencias están relacionadas con aspectos locativos, sanitarios, hidráulicos y de infraestructura básica: no existe sistema de refrigeración (cuarto frío) para almacenar los residuos anatomopatológicos, sobresaturación de canastillas para almacenamiento, entregadas por el gestor externo; inexistencia de elementos, equipos y accesorios ahorradores de consumo de agua.²⁵
- Aunque el generador debe garantizar el tratamiento y la desactivación de los residuos hospitalarios y similares de tipo peligroso, no se ha logrado homogenizar la información sobre estos métodos. Existe incertidumbre en este aspecto del manejo.
- En la presentación de residuos, existen casos de entrega a gestores no autorizados, o personas no capacitadas en los temas inherentes a la gestión integral, que reciben los residuos sin importar sus incompatibilidades y su debida identificación y rotulación.
- En la recolección y transporte externo, se han detectado numerosas fallas en el cumplimiento de las normas establecidas, principalmente del Decreto 1609 de 2002, en cuanto al etiquetado, cumplimiento de las características internas y externas de los vehículos, diligenciamiento de los registros de movilización, identificación de los vehículos transportadores y símbolos correspondientes, número de las Naciones Unidas y elaboración de las tarjetas de emergencia.²⁶
- Se carece de empresas autorizadas para gestionar externamente los residuos hospitalarios y similares, mediante técnicas de tratamiento, aprovechamiento y/o disposición final. Existen RESPEL sin gesto-

²⁵ *Ibíd*em, pp. 31-32.

²⁶ Colombia, Contraloría General de la República, Contraloría delegada para el Medio Ambiente. *Documento base, agenda ciudadana Gestión Integral de Residuos Hospitalarios, un reto para todos*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2009.

res externos autorizados para su tratamiento y/o aprovechamiento. En las plantas de tratamiento y/o aprovechamiento de RESPEL existen problemas relacionados con su capacidad de almacenamiento y su recepción mal segregados por los generadores, situación que altera negativamente los procesos internos de la planta.

- Los precios del mercado del tratamiento de los residuos hospitalarios y similares peligrosos no están regulados, es decir, los regulan la misma competencia. En Colombia los precios de kilogramo incinerado varían de una empresa oferente a otra y los criterios de cobro del servicio entre empresas son desiguales, teniendo en cuenta la complejidad del residuo a incinerar, la cantidad promedio mes, el poder calorífico, el estado de la materia, los costos del transporte, la capacidad de pago del generador y la mano de obra.
- Infortunadamente, las prácticas de aprovechamiento y valorización de RESPEL cuentan con un alto grado de informalidad y en muchos casos se realizan como medio de subsistencia.²⁷ No se han adelantado con éxito los mecanismos de intercambio de información en el mercado de los residuos entre quienes los generan y quienes puedan darle un uso secundario reincorporándolos al ciclo económico.²⁸ Se están destinando al reciclaje de residuos no peligrosos algunos tipos de residuos peligrosos, como envases de medicamentos y otros residuos contaminados.²⁹
- Los esfuerzos se han concentrado en la disposición final, dejando de lado acciones tan importantes como la minimización en el origen, el aprovechamiento y el reciclaje, y la transformación, razón por la cual no ha sido posible integrar las actividades requeridas para una real gestión integral de los residuos.³⁰

²⁷ Colombia, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. *Política ambiental para la gestión integral de residuos o desechos peligrosos*, op. cit., p. 19.

²⁸ Marlybell Ochoa Miranda. “Gestión integral de residuos sólidos urbanos...”, op. cit., pp. 164.

²⁹ Marlybell Ochoa Miranda. “Retos en la aplicación de los aspectos normativos...”, op. cit., pp. 52.

³⁰ Colombia, Contraloría General de la República, Contraloría delegada para el Medio Ambiente. *Documento base, agenda ciudadana...*, op. cit.

La situación actual indica que en el país, el manejo, tratamiento y disposición final de los residuos hospitalarios y similares no se realiza de manera planificada; existe un desconocimiento por parte de los generadores, gestores o receptores, autoridades y comunidad en general sobre el tema, así como vacíos de información relacionados con conocimiento de emisiones, inventarios, volúmenes, registro, caracterizaciones e investigación, entre otros.

Además, la poca información existente se encuentra dispersa en diferentes organismos, debido a la ausencia de una articulación institucional y de un sistema de información nacional,³¹ hechos que se ven materializados en los evidentes consecuencias ambientales y sanitarias de contaminación atmosférica por emisiones no controladas de tóxicos y fuertes olores, del suelo y de las fuentes de agua potable, afectaciones graves a la salud y la seguridad física, especialmente de los recicladores o personas que manipulan directamente estos residuos, y proliferación de insectos y animales transmisores de enfermedades.

5. Oportunidades y propuestas de mejora de la GIRHS

Reconociendo que los avances en materia de gestión integral de residuos hospitalarios y similares en Colombia se deben a la estructuración de las normas, especialmente de actos administrativos, y que a su vez el exceso de estos actos (anexo 1) relacionados con la GIRH emitidos por autoridades diferentes no ha logrado una integralidad ni un conocimiento total por los regulados y confirma la idea de que su producción no es directamente proporcional a su cumplimiento, es necesario proponer nuevas posibilidades de intervención en el ámbito del derecho administrativo, de forma tal que se contribuya a combatir la situación actual. Menos es más, en la medida en que ese menos abarque todas las variables y requerimientos que han servido de excusa para crear normas de la noche a la mañana y aplaque la productividad normativa.

A continuación se presentan algunas reflexiones que abarcan siete ámbitos de intervención en el derecho administrativo para garantizar la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares en Colombia:

- Primer ámbito: conceptual y estructural. El entendimiento de los conceptos que rigen la gestión integral de residuos hospitalarios y similares es de gran importancia para garantizarla. El hecho de

³¹ *Ibidem.*

carecer de uniformidad en conceptos técnicos y jurídicos conlleva a una inestabilidad jurídica. Por ejemplo, las clasificaciones que existen en Colombia sobre residuos peligrosos (Decretos 4741 de 2005 vs. Decreto 2676 de 2000) no están unificadas y generan confusiones en los regulados.

En Colombia se debe promover el entendimiento de dichos conceptos, de los componentes de la gestión integral y trascender al entendimiento de los riesgos tanto ambientales como sanitarios que conlleva un deficiente manejo de estos residuos.

- Segundo ámbito: estructura del Estado. La capacidad institucional de las autoridades ambientales y sanitarias debe fortalecerse para robustecer el capital humano encargado de las asesorías y a su vez del seguimiento al cumplimiento de las regulaciones.

Este fortalecimiento debe basarse en cinco componentes: 1. Incremento del capital humano mediante la contratación de personal idóneo para ampliar la cobertura de intervención; 2. Capacitación permanente del personal contratado en aspectos normativos y desarrollos técnicos; 3. Exigencia en la producción de instrumentos técnicos de apoyo a la gestión integral de residuos hospitalarios y similares; 4. Cumplimiento de las obligaciones instauradas en las normas dentro de los plazos establecidos; y 5. Realización de auditorías continuas a la gestión que el personal contratado desarrolle en el marco del cumplimiento de sus funciones.³² También implica la articulación interinstitucional, para promover un trabajo asertivo, no repetitivo y coordinado.

Por otra parte, las autoridades encargadas de la aplicación de medidas preventivas y sancionatorias relacionadas con la nula o deficiente gestión integral de los residuos hospitalarios y similares, tanto sólidos como las emisiones y los vertimientos, deben procurar difundir en todo el territorio nacional el alcance de la responsabilidad del generador y de los gestores externos así como los mecanismos legales establecidos en Colombia para hacer cumplir las normas, tanto las prohibiciones en materia de estos residuos como el nuevo procedimiento sancionatorio ambiental, el comparendo ambiental y las

³² Marlybell Ochoa Miranda. "Retos en la aplicación de los aspectos normativos...", op. cit., p. 54.

medidas penales tipificadas en el Código Penal de Colombia y su legislación reglamentaria.

Con lo anterior se garantiza por lo menos que los regulados conozcan que los incumplimientos normativos, infracciones o actos delictivos en la materia no solo son sancionables con multas, revocatorias o caducidad de registros, permisos, licencias o autorizaciones, decomisos, demoliciones, cierres de establecimientos o la realización de trabajo comunitario, como lo expone la reciente Ley 1333 de 2009, sino también con medidas penales.

- Tercer ámbito: procedimental y documental. Los procedimientos técnicos y operativos que hacen de la gestión integral de residuos hospitalarios y similares una realidad práctica deben complementarse. Se debe avanzar en la investigación de mecanismos sencillos para la caracterización *in situ* de residuos, especialmente peligrosos, y en tecnologías para componentes de la gestión integral de residuos hospitalarios y similares, principalmente del tratamiento y la desactivación, para así contrarrestar el desconocimiento y la incertidumbre. También es conveniente que el manejo documental que acredita la gestión integral de residuos hospitalarios y similares en los regulados se reduzca o condense en pocos documentos bien fundamentados como el PGIRH.
- Cuarto ámbito: de la proporcionalidad. Los lineamientos de la gestión integral de residuos hospitalarios y similares deben especificarse para micro, pequeños, medianos y grandes productores, y cada uno de estos en sus escenarios particulares. No es lógico regular del mismo modo a un hospital de cuarto nivel que a una farmacia o clínica de pequeña escala y a los domicilios no regularlos. Los mecanismos para lograr el cumplimiento normativo, tales como tecnologías, instrumentos técnicos de gestión, acceso a oferentes de servicios de gestión externa, canales de comunicación para el intercambio de información e incentivos económicos no se encuentran al alcance de todos los regulados, ni están disponibles de igual modo en todos los municipios del país.

Se deben simplificar y optimizar los procesos de disposición de manera que no representen una carga adicional y compleja o excesiva-

mente costosa para los generadores. Estos elementos van en contra de una política efectiva y eficaz.³³

- Quinto ámbito: oferta de servicios. Hay que promover oportunidades de mercado para oferentes de servicios relacionados con la gestión integral de residuos hospitalarios y similares, tales como laboratorios acreditados para la caracterización de los RESPEL, proveedores de elementos y de infraestructura, empresas de consultoría para asesorar la gestión y empresas gestoras externas de residuos, que deberán preocuparse por conquistar su mercado a partir del ofrecimiento de valores agregados.

Los valores agregados que busca el mercado son: respaldo empresarial basado en la tecnología y experiencia, asesoría técnica, capacitaciones, puertas abiertas para visitas a la plantas y revisión de documentación, entrega de material divulgativo de apoyo, alianzas estratégicas o convenios interinstitucionales con empresas o instituciones involucradas en componentes de la gestión integral de residuos, prestación oportuna del servicio contratado (recolección, transporte, tratamiento, recuperación, aprovechamiento y/o disposición final), servicio integral y sin intermediarios que incluya diferentes tipos de residuos, préstamo a los generadores de contenedores para el almacenamiento central de los residuos hospitalarios y similares, prestación del servicio a generadores en actividades extramurales, servicio por evento, satisfacción de las necesidades y expectativas de los clientes a nivel técnico, operativo, económico, social y ambiental, emisión del certificado o acta que acredite la gestión externa de los residuos entregados, comercialización de productos necesarios para garantizar la gestión interna de los residuos hospitalarios y similares, certificaciones de reconocimiento y respaldo internacional tales como ISO 9001: 2008 (calidad), ISO 14001: 2004 (ambiente) o OHSAS 18001: 2007 (salud ocupacional y seguridad industrial), cumplimiento con las autoridades de inspección, vigilancia y control, y finalmente un compromiso social comprobable.

- Sexto ámbito: económico y financiero. Las normas deben contemplar los mecanismos para adquirir las partidas presupuestales de

³³ Juan Carlos Correa. *Los residuos hospitalarios en Colombia...*, op. cit., pp. 1-4.

los sectores públicos, sobre todo cuando las regulaciones requieren inversiones grandes en infraestructura. Y deben establecer apoyos o incentivos financieros para los sectores privados.

- Séptimo ámbito: educativo, investigativo y participativo. Los grandes avances operativos de la gestión dependen de este ámbito, que consiste en “promover la investigación y capacitación continua de los generadores de estos residuos y prestadores de servicios de gestión externa”, bajo los mismos principios y enfoques conceptuales técnicos y normativos, con especial énfasis en el cumplimiento de los requisitos que le aplican a cada componente de la gestión integral de residuos hospitalarios y similares, principalmente al depósito temporal inicial, la recolección y el transporte interno, los almacenamientos intermedios o centrales y la entrega. Por otra parte, se deben afianzar los mecanismos de participación administrativa, política y judicial que promueven la defensa del derecho a un ambiente sano.

Conclusiones

La situación actual de la gestión integral de residuos hospitalarios y similares en el país demuestra la brecha existente con respecto a la situación ideal, requiriendo ajustes normativos de aplicabilidad de requerimientos teniendo en cuenta la diferenciación de escenarios generadores de residuos, ajustes internos en los procedimientos ejecutados por generadores y prestadores y ajustes en las directrices que rigen los procesos de inspección, vigilancia y control ejecutados por las autoridades sanitarias y ambientales encargadas de velar por la eficiente gestión. La realización de un diagnóstico completo en el país en materia de residuos hospitalarios y similares permitirá una planificación idónea de la gestión integral de residuos hospitalarios y similares desde el punto de vista de nuevos ajustes y desarrollos normativos y operativos para lo cual se debe estar preparado.

La calidad de una gestión externa de residuos peligrosos en cualquiera de sus componentes siempre será el reflejo de la calidad de la gestión interna realizada por el generador y esta solo será más significativa en la medida en que la generación de residuos peligrosos se prevenga, o en su defecto se cuente con criterios claros de caracterización de los residuos; que el depósito inicial esté basado en el principio de la segregación en la fuente, que el aprovechamiento o tratamiento disponga de protocolos avalados, que la recolección y transporte

interno sea selectivo, planificado y basado en criterios de bioseguridad, que los almacenamientos intermedio y central garanticen una infraestructura segura y que la presentación de los residuos se realice cumpliendo estrictamente las normas de envasado, etiquetado y rotulado.

A nivel de gestión externa, representará más en la medida en que cumpla con las normas de transporte de mercancías peligrosas para el caso de los residuos peligrosos, almacenamiento de residuos bajo infraestructuras seguras, recuperación y/o tratamiento efectivo, aprovechamiento y/o disposición final en rellenos sanitarios o celdas de seguridad, dependiendo del caso.

El llamado es para todos los que hacemos parte de la sociedad, todos compartimos una responsabilidad con el manejo de los residuos hospitalarios y similares. En términos concretos, la gran mayoría de personas somos generadoras de estos residuos, debido a que realizamos actividades que conllevan a esta generación. No es un asunto solo de hospitales, clínicas, consultorios, farmacias o salones de belleza; en los domicilios, en el sector productivo, en las entidades comerciales, en el sector pecuario, entre otros sectores, estos residuos están presentes con la única diferencia de no estar cobijados de manera rigurosa por la legislación, conllevando a que su manejo se igual al manejo de residuos netamente ordinarios.

Con la estructura del Estado y la emisión de actos administrativos que reglamentan la gestión integral de residuos hospitalarios y similares en cabeza de las autoridades regionales y locales sanitarias y ambientales, Colombia ha avanzado considerablemente; sin embargo, es necesario asumir nuevos retos de fortalecimiento institucional desde los puntos de vista académico, técnico, operativo, y de aumento en la cantidad del personal demandado para vigilar y asesorar la gestión, para alcanzar en el menor tiempo posible las metas ambientales contempladas en las políticas nacionales y en los compromisos internacionales.

Por último, el gran reto de la gestión integral de residuos hospitalarios y similares es avanzar hacia la incorporación de mecanismos y actividades voluntarias de gestión dentro y fuera de las instituciones, que superen el cumplimiento del inventario normativo actual y logren minimizar la generación de estos residuos, tratar y aprovechar los inevitablemente generados, prevenir todos los problemas asociados a su manejo y una autorregulación permanente

Bibliografía

- Alvarado Barrero, Sandra. *Manual para la gestión de los residuos generados en las instituciones prestadoras de servicios de salud*. Bogotá: Oscar Nieto Zapata, 1999.
- Cámara de Comercio de Bogotá y Departamento Administrativo del Medio Ambiente. *Manual de producción más limpia*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2006.
- Centro Panamericano de Ingeniería Sanitaria y Ciencias del Ambiente (CEPIS). *Guía para el manejo interno de residuos sólidos hospitalarios*. Lima: Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud, 1994.
- Colombia, Contraloría General de la República, Contraloría delegada para el Medio Ambiente. *Documento base, agenda ciudadana Gestión Integral de Residuos Hospitalarios, un reto para todos*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2009.
- Colombia, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. *Gestión integral de residuos o desechos peligrosos. Bases conceptuales*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2007.
- Colombia, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. *Política ambiental para la gestión integral de residuos o desechos peligrosos*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2005.
- Colombia, Ministerio de Salud. *Conductas básicas en bioseguridad: manejo integral. Protocolo básico para el equipo de salud*. Ministerio de Salud: Santa fe de Bogotá, 1997.
- Fundación Natura. “Manual para el manejo de desechos en establecimientos de salud”. En: *REPIDISCA*, núm. 62. 1997.
- Montes Cortés, Carolina. *Régimen jurídico y ambiental de los residuos sólidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Ochoa Miranda, Marlybell. “Retos en la aplicación de los aspectos normativos que regulan la gestión integral de residuos hospitalarios y similares en Colombia”. En: *Gestión integral de residuos hospitalarios y similares en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- Ochoa Miranda, Marlybell. “Gestión integral de residuos sólidos urbanos en el marco de la sostenibilidad ambiental”. En: *Ciudades ambientalmente sostenibles*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.

Consulta en Internet

Radio Santa fe. Aparecen residuos hospitalarios en calle de Bogotá. Disponible en: <http://www.radiosantafe.com/2008/08/09/aparecen-residuos-hospitalarios-en-calle-de-bogota/>

Eldia. En Barranquilla formulan cargos a 16 empresas por desechos hospitalarios. Disponible en: http://www.anthoc.org/index.php?option=com_content&view=article&id=897&catid=1:salud&Itemid=20

Correa, Juan Carlos. *Los residuos hospitalarios en Colombia*. Fundación Santa Fe de Bogotá. Disponible en: http://www.asivamosensalud.org/index.php?option=com_content&view=article&id=194:los-residuos-hospitalarios-en-colombia&catid=90:temas-de-analisis

Normativa citada

Decreto 2820 del 5 de agosto de 2010. Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/decretoslinea/2010/agosto/05/dec282005082010.pdf>

Ley 1333 del 21 de julio de 2009. Disponible en Página web de Secretaría del Senado. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/arb/1100.html>

Resolución SSPD 20081300053645 del 23 de diciembre de 2008. Disponible en: http://www.superservicios.gov.co/home/c/document_library/get_file?uuid=fa50497b-721d-4ba1-8f85-226058b39617&groupId=10122

Ley 1259 del 19 de diciembre de 2008. Disponible en Página web de Secretaría del Senado. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/arb/1100.html>

Ley 1252 del 27 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/arb/1100.html>

Resolución MAVDT 1362 del 2 de agosto de 2007. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=26053>

Resolución MPS 1478 de 2006. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=20670>

Decreto 4741 del 30 de diciembre de 2005. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18718>

Decreto 4126 del 26 de noviembre de 2005. Disponible en: http://www.minambiente.gov.co/documentos/dec_4126_161105.pdf

Decreto 195 de 2004. Disponible en: http://www.indumil.gov.co/doc/normas%20control%20interno/Decretos/dec195_2004.pdf

- Decreto 205 de 2003. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/2003/decreto_0205_2003.html
- Resolución 1164 del 6 de septiembre de 2002. Disponible en: <http://www.car.gov.co/?idcategoria=13367>
- Decreto 1669 del 2 de agosto de 2002. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5538>
- Decreto 1609 del 31 de julio de 2002. Disponible en: <http://www.car.gov.co/?idcategoria=13366>
- Decreto 70 de 2001. Disponible en: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/2001/enero/17/dec70172001.pdf
- Ley 715 de 2001. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/arb/1100.html>
- Ley 632 del 29 de diciembre de 2000. Disponible en: <http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/arb/1100.html>
- Decreto-Ley 262 de 2000. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/2000/decreto_0262_2000.html
- Decreto 2676 del 22 de diciembre de 2000. Disponible en: <http://www.alcaldia-bogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=11531>
- Ley 142 del 11 de julio de 1994. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/arb/1100.html>
- Ley 9 del 24 de enero de 1979. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1177>

Anexo 1

Normativa sanitaria y ambiental relacionada con la gestión integral de residuos hospitalarios y similares en Colombia

Núm.	Norma	Año	Expedida por	Descripción
1	Resolución 222 del 15 de diciembre de 2011	2011	MADS	Por la cual se establecen requisitos para la gestión ambiental integral, de equipos y desechos que consisten, contienen o están contaminados con bifenilos policlorados (PCB).
2	Ley 1453 del 24 de junio de 2011	2011	Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Protección Social-MPS	Por medio de la cual se reforma el Código penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de infancia y adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.
3	Resolución 361 del 3 de marzo de 2011	2011	MAVDT	Por la cual se modifica la Resolución 0372 de 2009.
4	Decreto 3930 del 25 de octubre de 2010	2010	MAVDT	Por el cual se reglamenta parcialmente el Título I de la Ley 9 de 1979, así como el Capítulo 11 del Título VI-Parte 11I- Libro 11 del Decreto-Ley 2811 de 1974 en cuanto a usos del agua y residuos líquidos y se dictan otras disposiciones.
5	Decreto 3678 del 4 de octubre de 2010	2010	MAVDT	Por el cual se establecen los criterios para la imposición de las sanciones consagradas en el artículo 40 de la Ley 1333 del 21 de julio de 2009 y se toman otras determinaciones.
6	Resolución 1511 del 5 de agosto	2010	MAVDT	Por la cual se establecen los sistemas de recolección selectiva y gestión ambiental de residuos de bombillas y se adoptan otras disposiciones.
7	Resolución 1457 del 29 de julio	2010	MAVDT	Por la cual se establecen los sistemas de recolección selectiva y gestión ambiental de llantas usadas y se adoptan otras disposiciones.
8	Resolución 1297 del 8 de julio	2010	MAVDT	Por la cual se establecen los sistemas de recolección selectiva y gestión ambiental de residuos de pilas y/o acumuladores y se adoptan otras disposiciones.

Núm.	Norma	Año	Expedida por	Descripción
9	Resolución 1512 del 5 de agosto	2010	MAVDT	Por la cual se establecen los sistemas de recolección selectiva y gestión ambiental de residuos de computadores y/o periféricos y se adoptan otras disposiciones.
10	Decreto 2820 del 5 de agosto	2010	MAVDT	Por el cual se reglamenta el título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.
11	Ley 1333 del 21 de julio	2009	Congreso de la República	Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones.
12	Resolución 482 del 11 de marzo	2009	MAVDT MPS	Por la cual se reglamenta el manejo de bolsas o recipientes que han contenido soluciones para uso intravenoso, intraperitoneal y en hemodiálisis, generados como residuos en las actividades de atención de salud, susceptibles de ser aprovechados o reciclados.
13	Resolución 372 del 26 de febrero	2009	MAVDT	Por la cual se establecen los elementos que deben contener los Planes de Gestión de Devolución de Productos Posconsumo de Baterías Usadas Plomo Ácido, y se adoptan otras disposiciones.
14	Resolución 371 del 26 de febrero	2009	MAVDT	Por la cual se establecen los elementos que deben ser considerados en los Planes de Gestión de Devolución de Productos Posconsumo de Fármacos o Medicamentos Vencidos.
15	Resolución 20081300053645 del 23 de diciembre	2008	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD)	Por la cual se autoriza excluir de oficio del Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos (RUPS) a personas que realizan actividades relacionadas con residuos peligrosos, infecciosos, hospitalarios y similares.
16	Ley 1259 del 19 de diciembre	2008	Congreso de la República	Por medio de la cual se instaura en el territorio nacional la aplicación del comparendo ambiental, a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros, y se dictan otras disposiciones.
17	Ley 1252 del 27 de noviembre	2008	Congreso de la República	Por la cual se dictan normas prohibitivas en materia ambiental, referentes a los residuos y desechos peligrosos y se dictan otras disposiciones.

Núm.	Norma	Año	Expedida por	Descripción
18	Directiva ministerial 1000-2- 112922 del 30 de septiembre	2008	MAVDT	Fortalecimiento de las acciones de control y vigilancia ambiental frente a la gestión y manejo de los residuos o desechos peligrosos.
19	Resolución 909 del 5 de junio	2008	MAVDT	Por la cual se establecen las normas y estándares de emisión admisibles de contaminantes a la atmósfera por fuentes fijas y se dictan otras disposiciones.
20	Resolución IDEAM 0062	2007	IDEAM	Por la cual se adoptan los protocolos de muestreo y análisis de laboratorio para la caracterización fisicoquímica de los residuos o desechos peligrosos en el país.
21	Resolución MAVDT 1362 del 2 de agosto	2007	MAVDT	Por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para el Registro de Generadores de Residuos o Desechos Peligrosos, a que hacen referencia los arts. 27 y 28 del Decreto 4741 del 30 de diciembre de 2005.
22	Resolución IDEAM 0043 del 23 de marzo	2007	IDEAM	Establece los estándares para el acopio de datos, procesamiento y difusión de información para el registro de generadores de residuos o desechos peligrosos.
23	Circular 0047 de 2006	2006	MPS	Procedimiento de elaboración del PGIRH por parte de los profesionales independientes.
24	Resolución 2827 del 16 de agosto	2006	MPS	Por la cual se adopta el manual de bioseguridad para establecimientos que desarrollen actividades cosméticas o con fines de embellecimiento facial, capilar, corporal y ornamental.
25	Resolución 1478 del 10 de mayo	2006	MPS	Por la cual se expiden normas para el control, seguimiento y vigilancia de la importación, exportación, procesamiento, síntesis, fabricación, distribución, dispensación, compra, venta, destrucción y uso de sustancias sometidas a fiscalización, medicamentos o cualquier otro producto que las contengan y sobre aquellas que son monopolio del Estado.

Núm.	Norma	Año	Expedida por	Descripción
26	Resolución 1043 del 3 de abril	2006	MPS	Por la cual se establecen las condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar sus servicios e implementar el componente de auditoría para el mejoramiento de la calidad de la atención y se dictan otras disposiciones.
27	Decreto 1011 del 3 de abril	2006	MPS	Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
28	Decreto 4741 del 30 de diciembre	2005	MAVDT	Por el cual se reglamenta parcialmente la prevención y manejo de los residuos o desechos peligrosos generados en el marco de la gestión integral.
29	Decreto 4126 del 16 de noviembre	2005	MPS	Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2676 de 2000, modificado por el Decreto 2763 de 2001 y el Decreto 1669 de 2002, sobre la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares.
30	Resolución MAVDT 886 del 27 de julio	2004	MAVDT	Por la cual se modifica parcialmente la Resolución núm. 0058 del 21 de enero de 2002 y se dictan otras disposiciones.
31	Resolución 2263 del 14 de julio	2004	MPS	Por la cual se establecen los requisitos para la apertura y funcionamiento de los centros de estética y similares y se dictan otras disposiciones.
32	Resolución 1164 del 6 de septiembre	2002	Ministerio del Medio Ambiente/ Ministerio de Salud	Por la cual se adopta el manual de procedimientos para la gestión integral de residuos hospitalarios y similares.
33	Decreto 1713 del 6 de agosto	2002	Ministerio del Medio Ambiente/ Ministerio de Desarrollo Económico	Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, la Ley 632 de 2000 y la Ley 689 de 2001, en relación con la prestación del servicio público de aseo, y el Decreto-Ley 2811 de 1974 y la Ley 99 de 1993 en relación con la Gestión Integral de Residuos Sólidos.
34	Decreto 1669 del 2 de agosto	2002	Ministerio del Medio Ambiente/ Ministerio de salud	Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2676 de 2000.
35	Decreto 1609 del 31 de julio	2002	Ministerio de Transporte	Regula el transporte de mercancías peligrosas.

La gestión integral de residuos hospitalarios y similares en Colombia

Núm.	Norma	Año	Expedida por	Descripción
36	Resolución MAVDT 0058 del 21 de enero	2002	MAVDT	Por la cual se establecen normas y límites máximos permisibles de emisión para incineradores y hornos crematorios de residuos sólidos y líquidos.
37	Decreto 2763 del 20 de diciembre	2001	Ministerio del Medio Ambiente/ Ministerio de Salud	Por el cual se modifica el Decreto 2676 de 2000.
38	Decreto 2676 del 22 de diciembre	2000	Ministerio del Medio Ambiente/ Ministerio de salud	Por el cual se reglamenta la GIRH y Similares.
39	Ley 599 del 24 de junio	2000	Congreso de la República	Por la cual se expide el Código Penal.
40	Ley 388 del 18 de julio	1997	Congreso de la República	Por la cual se modifica la Ley 9.ª de 1989, y la Ley 3.ª de 1991 y se dictan otras disposiciones.

Fuente: elaboración propia.

Anexo 2

Documentación básica que acredita la gestión integral de residuos hospitalarios y similares de los generadores

Núm.	Componente	Documentación	Norma de referencia
1	Grupo Administrativo de Gestión Sanitaria y Ambiental	Acta de creación del Grupo Administrativo de Gestión Sanitaria y Ambiental.	Resolución 1164 de 2002
		Actas de reuniones mensuales y extraordinarias.	
		Compromiso institucional sanitario y ambiental declarado.	
2	Mecanismos de coordinación	Documento que establece los mecanismos de coordinación a nivel interno y externo.	Resolución 1164 de 2002
		Comunicaciones internas y externas como oficios, memorandos internos.	
		Comunicaciones de las autoridades sanitarias y ambientales.	
3	PGIRH	Documento Plan de Gestión Integral de Residuos Hospitalarios y Similares (PGIRH), actualizado y anexos (si se tienen).	Decreto 2676 de 2000 Resolución 1164 de 2002
	PGIRESPEL	Documento Plan de Gestión integral de Residuos Peligrosos (PGIRESPEL), actualizado y anexos (si se tienen).	Decreto 4741 de 2005
4	Educación y formación	Programa de capacitaciones (cronograma).	Decreto 2676 de 2000 Resolución 1164 de 2002
		Registros de asistencia o actas firmadas.	
		Evaluaciones y/o certificados de asistencia.	
5	Apoyo externo	Registros como carta del compromiso de apoyo.	Resolución 1164 de 2002
		Actas.	
6	Manual de bioseguridad y prácticas de bioseguridad	Documento Manual de Bioseguridad.	Resolución 1164 de 2002
		Copia del esquema de vacunación o carné del personal de servicios generales o de los encargados de gestionar los residuos y exámenes médicos.	
		Fichas técnicas de los elementos de protección personal.	
7	Plan de contingencias	Documento Plan de Contingencias.	Decreto 2676 de 2000 Resolución 1164 de 2002
		Registros de simulacros de contingencias.	

Núm.	Componente	Documentación	Norma de referencia
8	Generación	Registros del formulario RH1.	Resolución 1164 de 2002
		Consolidados de generación de residuos.	Decreto 2676 de 2000 Resolución 1164 de 2002
9	Depósito inicial o almacenamiento temporal	Rotulación.	Resolución 1164 de 2002
10	Bolsas	Rotulación, ficha técnica de las bolsas (calibres y colores).	Resolución 1164 de 2002
11	Ruta sanitaria	Esquema físico de la ruta sanitaria.	Resolución 1164 de 2002
		Protocolo de ejecución de la ruta.	
12	Almacenamiento intermedio	Señalización Programa de control de plagas. Programa de limpieza y desinfección.	Resolución 1164 de 2002
13	Almacenamiento central	Señalización. Programa de control de Plagas. Programa de limpieza y desinfección.	Resolución 1164 de 2002
14	Desactivación	Protocolos.	Decreto 2676 de 2000
			Resolución 1164 de 2002
15	Presentación	Recibos de recolección (manifiestos de transporte).	Decreto 2676 de 2000 Resolución 1164 de 2002
16	Recolección y transporte	Contrato con las empresas.	Resolución 1164 de 2002
		Documentación de soporte de la empresa contratada.	
		Aviso de recolección y acta de incorporación a la ruta.	
		Formulario RH1. Recibos de recolección o copia del manifiesto de transporte.	
17	Tratamiento	Contrato con las empresas. Certificados y actas de tratamiento.	Decreto 2676 de 2000 Resolución 1164 de 2002
		Contrato o convenio con las empresas. Certificados.	Resolución 1164 de 2002

Núm.	Componente	Documentación	Norma de referencia
19	Disposición final	Contrato con la empresa.	Resolución 1164 de 2002
		Certificados de disposición final.	Decreto 2676 de 2000 Resolución 1164 de 2002
20	Reporte de accidentes	Formatos de reporte diligenciados.	Resolución 1164 de 2002
		Protocolo para el reporte de accidentes.	
		Seguimiento de accidentes.	
21	Primeros auxilios	Inventario botiquín.	Resolución 1164 de 2002
		Registros del personal capacitado.	
22	Agua y vertimientos	Resultados de las caracterizaciones.	Decreto 2676 de 2000 Resolución 1164 de 2002
		Registro y/o permiso de vertimientos o en su defecto documento en el que especifique que no es aplicable a las condiciones del establecimiento.	
23	Análisis microbiológicos	Resultados de análisis microbiológicos y análisis.	Resolución 1164 de 2002
24	Tecnologías limpias	Programa de tecnologías limpias incluido en el PGIRH.	Decreto 2676 de 2000
		Actas de reunión con proveedores.	Decreto 2676 de 2000
25	Auditorías internas	Programa y plan de auditoría interna.	Resolución 1164 de 2002
		Instrumentos de verificación para la auditoría interna.	
		Informe de auditoría interna.	
		Actas o certificados de visita de auditoría.	
26	Auditorías externas o interventorías	Programa y plan de auditoría externa o interventoría.	Resolución 1164 de 2002
		Oficio de solicitud de espacio para ejecutar auditorías externas o interventorías.	
		Instrumentos de verificación para la auditoría externa o interventoría.	
		Informe de auditoría externa o interventoría.	
		Actas o certificados de visita de auditoría externa o interventoría.	

La gestión integral de residuos hospitalarios y similares en Colombia

Núm.	Componente	Documentación	Norma de referencia
27	Informes y reportes	Informe de indicadores de Gestión Integral de Residuos Hospitalarios y Similares.	Resolución 1164 de 2002
		Informe de Gestión Integral de Residuos Hospitalarios y Similares para la autoridad sanitaria y ambiental.	
		Registro de generadores de RESPEL. Actualización del registro.	Decreto 4741 de 2005 Resolución 1362 de 2007 Ley 1252 de 2008
			Resolución 1362 de 2007

Fuente: Elaboración propia.

Anexo 3

Documentación básica que acredita la gestión integral de residuos hospitalarios y similares de los prestadores de servicios de gestión externa

Núm.	Componente	Evidencia objetiva	Norma de referencia
1	GAGA	Acta de creación del GAGA.	Resolución 1164 de 2002
		Actas de reuniones mensuales.	
2	Departamento de Gestión Ambiental (industrias)-DGA	Acta o acto administrativo de creación del DGA.	Decreto 1299 de 2008
3	PGIRH-componente externo	Documento PGIRH actualizado y anexos.	Resolución 1164 de 2002
4	Educación y formación	Programa de capacitaciones (cronograma).	Resolución 1164 de 2002
		Registros de asistencia o actas firmadas.	
		Evaluaciones y/o certificados de asistencia.	
		Registros de asistencia, evaluaciones, certificados, entre otros.	Decreto 4741 de 2005
		Documento que compruebe la divulgación de los beneficios de la GIRH.	Decreto 2676 de 2000
5	Apoyo a generadores	Comunicaciones, cartas de compromiso.	Resolución 1164 de 2002
6	Publicidad	Publicidad de sus servicios y cartas de presentación.	Decreto 4741 de 2005
7	Recolección externa	Fichas técnicas de los elementos de protección personal.	Resolución 1164 de 2002
		Residuos embalados y rotulados.	Decreto 4741 de 2005 Resolución 1164 de 2002
8	Transporte externo	Registros de recepción y/o transporte de residuos.	Decreto 4741 de 2005 Decreto 2676 de 2000
		Recibo de recepción de residuos.	Decreto 4741 de 2005
		Señalización visible, identificando el tipo de residuo que transporta, el nombre del(los) municipio(s), el nombre de la empresa con dirección y teléfono.	Resolución 1164 de 2002
		Manifiesto de transporte.	Resolución 1164 de 2002
		Envases, embalajes, rotulación, etiquetado y sistema de transporte de los RESPEL.	Decreto 4741 de 2005
		Autorizaciones a que haya lugar.	Decreto 2676 de 2000

Núm.	Componente	Evidencia objetiva	Norma de referencia
9	Almacenamiento	Licencia ambiental.	Decreto 4741 de 2005
		Certificado de gestión externa dirigido al generador de RESPEL.	
		Recibo de recepción de residuos.	Decreto 4741 de 2005 Ley 430 de 1998
10	Tratamiento	Certificación del incinerador otorgada por una empresa acreditada.	Resolución 1164 de 2002
		Licencia ambiental o permiso de emisiones atmosféricas, certificado de uso del suelo, con base en el (POT), certificado de salud pública, certificado de la empresa que recibe las cenizas para disposición final.	
		Acta de incineración.	
		Acta de tratamiento.	Decreto 1669 de 2002
		Acta de tratamiento y/o aprovechamiento.	Decreto 1669 de 2002
		Acta de entrega al proveedor de contenedores presurizados.	
		Acta de tratamiento de aceites usados. Acta de confinamiento de residuos radiactivos.	
		Certificado de gestión externa dirigido al generador de RESPEL.	Decreto 4741 de 2005
		Resultados caracterización compuesta de cenizas.	Resolución 1164 de 2002
		Resultados Análisis de TCLP.	
		Licencia ambiental.	Decreto 4741 de 2005
			Decreto 2676 de 2000
		Publicidad de sus servicios y cartas de presentación.	Decreto 4741 de 2005
Documento medidas preventivas.			
Certificado de aprovechamiento, tratamiento o disposición final de RESPEL.	Decreto 2676 de 2000		
11	Destrucción de sustancias sometidas a fiscalización, medicamentos o cualquier otro producto que las contengan	Acta de destrucción (Anexo 7, Resolución 1478 de 2006).	Resolución 1478 de 2006


Núm.	Componente	Evidencia objetiva	Norma de referencia
12	Vertimientos	Protocolo de limpieza y desinfección del vehículo.	Resolución 1164 de 2002
		Caracterización de vertimientos o resultados de muestreos compuestos.	
		Permiso de vertimientos, licencia ambiental o plan de manejo ambiental.	Decreto 4741 de 2005
13	Emisiones	Caracterización de emisiones atmosféricas.	Resolución 1164 de 2002
		Permiso de emisiones, licencia ambiental o plan de manejo ambiental.	
14	Contingencias y emergencias	Programa de salud ocupacional y seguridad industrial.	Resolución 1164 de 2002
		Documento plan de emergencias y contingencias.	Decreto 2676 de 2000 Resolución 1164 de 2002
		Plan de contingencias actualizado.	Decreto 4741 de 2005.
15	Pesaje de residuos	Registros del formulario RHPS.	Resolución 1164 de 2002
		Consolidados mensual de registros de recepción de residuos.	
16	Auditorías internas	Programa y/o plan de auditoría interna.	Resolución 1164 de 2002
		Instrumentos de verificación para la auditoría interna.	
		Acta o informe de auditoría interna.	
17	Informes y reportes	Reporte de operaciones.	Resolución 1164 de 2002
		Informe de indicadores.	
		Informe de GIRH.	
		Registro de generadores de RESPEL.	

Fuente: elaboración propia.

Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon Pro 11.5 puntos, impreso sobre papel propal de 70 gramos y encuadernado con método Hot Melt, en el mes de junio de 2012, en Bogotá

D.C., Colombia

Xpress Estudio Gráfico y Digital, S.A.



Con el devenir del tiempo el derecho ambiental se ha venido consolidando en el ámbito jurídico, a tal punto de ser considerado como una rama autónoma dentro el estudio del derecho, pero con vocación transversal dado los efectos que sobre las instituciones jurídicas clásicas ha tenido, en especial aquellas contenidas dentro de lo que se conoce como derecho público.

Teniendo en cuenta la importancia de este tema, expertos colombianos y extranjeros de primer nivel se reúnen en esta obra para exponer sus puntos de vista en relación a la manera como deben interpretarse y aplicarse las instituciones más importantes del derecho administrativo y constitucional frente a las distintas materias que componen el derecho ambiental.

Adicionalmente, cabe anotar que este trabajo es un resultado del objetivo programático de la Especialización y la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor del Rosario, mediante el cual desea continuar contribuyendo desde la academia y a través de la investigación, al fortalecimiento de capacidades que permitan impulsar la generación y utilización oportuna de conocimientos relevantes para el desarrollo del derecho ambiental.

