

**TESIS**

**“NUEVOS RIESGOS AMBIENTALES Y DERECHO ADMINISTRATIVO”**



---

**HUGO ARMANDO GRANJA ARCE**  
**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**  
**COLEGIO MAYOR NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

---

**DIRECTOR: CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA**

**Bogotá D.C.**  
**Diciembre de 2010**

## NUEVOS RIESGOS AMBIENTALES Y DERECHO ADMINISTRATIVO

### **Resumen:**

El objetivo de este trabajo investigativo, consiste en determinar los mecanismos que contempla el derecho administrativo para materializar el principio de precaución, enfocado a la eficiente protección del medio ambiente. En resumen, se trata de analizar el funcionamiento y la estructura de las diferentes herramientas jurídicas que se aplican para prevenir la causación de riesgos en el medio ambiente

El enfoque conceptual que se empleó, se basó en el concepto de “análisis *jurídico del riesgo ambiental*” para realizar una aproximación a la naturaleza de este, exponer los mecanismos de evaluación de riesgos dentro del derecho administrativo, y finalizar con un análisis del papel que cumple la administración en el manejo, control y represión frente a la causación de estos riesgos ambientales.

Además de ello, la metodología consistió en el estudio y análisis de un conjunto de parámetros descriptivos y explicativos de la doctrina jurídica, jurisprudencia y tratados internacionales relacionados con el tema medioambiental, además de algunas entrevistas semi estructuradas y revisión bibliográfica.

**Palabras clave:** análisis jurídico del riesgo ambiental, derecho administrativo, prevención y precaución de riesgos.

## TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	2
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>13</b>
A. Objetivos de la tesis.....	18
B. Metodología de investigación.....	18
C. Herramientas específicas de investigación.....	19
<b>1. APROXIMACIÓN A LOS RIESGOS EN MATERIA AMBIENTAL</b>	
<b>1.1. Precisiones previas frente al riesgo.....</b>	<b>21</b>
1.1.1. El concepto de riesgo.....	21
1.1.2. Fundamentos jurídico-sociales del riesgo.....	23
1.1.3. Dicotomía entre técnica y democracia.....	26
1.1.4. El riesgo y la actividad estatal.....	29
<b>1.2. Los riesgos en materia ambiental.....</b>	<b>31</b>
1.2.1. Principales riesgos en materia ambiental.....	31
1.2.2. La crisis ambiental en Colombia.....	40
<b>1.3. Regulación normativa colombiana de riesgos y seguridad genética.....</b>	<b>42</b>
<b>1.4. Normatividad Constitucional, legislativa y administrativa comparada relacionada con el tratamiento jurídico de los riesgos ambientales.....</b>	<b>56</b>
1.4.1. Documentos jurídicos internacionales relacionados con la prevención y precaución de riesgos.....	56
A. Convenciones europeas.....	57
B. Convenciones mundiales.....	66
C. Fallos jurisprudenciales de carácter internacional.....	83
1.4.2. Normatividad constitucional comparada relacionada con la prevención y precaución de riesgos.....	86
1.4.3. Regulación normativa internacional de riesgos y seguridad genética.....	93
1.4.4. Intervención estatal en algunos ordenamientos jurídicos del “Common Law” frente al tratamiento de riesgos.....	96
A. Intervención de riesgos en Inglaterra.....	97
B. Intervención de riesgos en los Estados Unidos.....	97
C. Intervención de riesgos en Australia.....	100
D. Intervención de riesgos en Colombia.....	104

1.4.5. Otras legislaciones comparadas relacionadas con la prevención y precaución de riesgos .....	107
--	-----

## **2. MECANISMOS DE EVALUACIÓN DE RIESGOS DENTRO DEL DERECHO AMBIENTAL Y ADMINISTRATIVO**

### **2.1. El principio de precaución como fundamento del análisis del riesgo ambiental.....110**

2.1.1. Concepto.....	110
2.1.2. Origen y evolución.....	111
2.1.3. Naturaleza jurídica.....	114
2.1.4. Características del principio de precaución.....	116
2.1.5. Principio de precaución dentro del derecho interno.....	120
2.1.6. La jurisprudencia constitucional colombiana sobre el principio de precaución.....	123
2.1.7. La jurisprudencia administrativa colombiana sobre el principio de precaución.....	124
2.1.8. Principio de precaución y medio ambiente.....	127

### **2.2. La evaluación de los riesgos.....131**

2.2.1. Incertidumbre científica como fundamento de ampliación de la aplicación del criterio precautorio.....	132
2.2.2. Mecanismos de determinación de aceptabilidad de riesgos.....	135
A. Normas administrativas de regulación de calidad ambiental.....	136
B. Normas administrativas para el control de efluentes y cargas contaminantes.....	137
C. Normas administrativas de control tecnológico.....	137
D. Normas administrativas de reglamentación de productos y procesos productivos.....	137
E. Internalización.....	137
F. Revisado.....	138
G. Inspección domiciliaria.....	138
H. Monitoreo, reportes y registros.....	138
I. Necesidad de una autoridad administrativa ambiental.....	138
J. Declaratoria de la función social y ambiental de la propiedad.....	139
K. Planificación.....	139
L. Cooperación interadministrativa.....	140
M. Interventorías.....	140
N. Control y vigilancia.....	141
O. Controles de calidad.....	141
P. Proporcionalidad en la regulación.....	142

Q. Control en el acceso al mercado.....	142
R. Fijación de parámetros de gestión ambiental.....	145
S. Cooperación internacional para proteger al medio ambiente.....	147
T. Desarrollo sostenible.....	148
2.2.3. Licencias ambientales.....	155
A. Concepto y definición de las licencias ambientales.....	158
B. Tipos de licencias ambientales.....	160
C. Competencia de las autoridades ambientales para otorgar licencias ambientales.....	161
D. Recursos ante la vía gubernativa respecto a la licencia ambiental.....	165
E. Conflicto de competencias entre autoridades ambientales.....	165
F. Términos de referencia.....	165
G. Estudios ambientales: Diagnóstico Ambiental de Alternativas – DAA y Estudio de Impacto Ambiental – EIA.....	166
H. Plan de manejo ambiental – PMA.....	174
I. Procedimiento administrativo para la obtención de la licencia ambiental.....	176
J. Contenido formal y de fondo del documento de otorgamiento de la licencia ambiental.....	177
K. Modificaciones a la licencia ambiental.....	178
L. Pérdida de vigencia de la licencia ambiental.....	179
M. Control y seguimiento del proyecto con licencia ambiental.....	179
N. Cesión de la licencia ambiental.....	180
O. Registro Único Ambiental – RUA.....	181
P. Régimen de transición normativa.....	181
Q. Término de la licencia ambiental.....	181
R. Incumplimiento de las condiciones de otorgamiento de la licencia ambiental.....	181
S. Participación ciudadana dentro del procedimiento de otorgamiento de la licencia ambiental.....	182
2.2.4. Permisos ambientales.....	184
A. Competencia de las autoridades para el otorgamiento de los permisos ambientales.....	184
B. Revocatoria de los permisos ambientales.....	184
C. Tipos de permisos ambientales.....	184
1. Permisos de protección del aire.....	185
2. Autorizaciones y permisos para el uso del agua y sus cauces.....	187
3. Permisos para realizar estudios e investigaciones.....	190
4. Concesiones.....	192
5. Permisos para aprovechamiento forestal.....	193
6. Otros permisos.....	194

2.2.5. Mecanismos económicos para prevención de daños ambientales y contaminación.....	196
A. Tasas retributivas por carga contaminante.....	197
B. Impuestos diferenciales y sobrepuestos.....	197
2.2.6. Participación ciudadana como método de prevención y protección del medio ambiente.....	198
A. Acciones populares.....	200
B. Acción de cumplimiento.....	203
C. Consulta previa.....	203

### **3. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MANEJO, CONTROL Y REPRESIÓN DE LOS RIESGOS EN MATERIA AMBIENTAL**

<b>3.1. Derecho administrativo sancionatorio y el riesgo ambiental.....</b>	<b>216</b>
3.1.1. Responsabilidad ambiental en la ley 1333 de 2009.....	218
A. Antecedentes del régimen sancionatorio ambiental.....	219
B. Proceso de aprobación de la ley 1333 de 2009.....	221
C. Principios que orientan el régimen sancionatorio ambiental.....	223
D. Eximentes de responsabilidad ambiental y causales de cesación del procedimiento dentro de la Ley 1333 de 2009.....	224
E. Caducidad de la acción sancionatoria ambiental.....	225
F. Medidas preventivas en el régimen sancionatorio ambiental.....	228
G. Transición normativa.....	232
H. Clases de infracciones ambientales.....	235
I. La presunción de culpa o dolo en la Ley 1333 de 2009.....	240
J. Procedimiento de imposición de sanciones dentro de la Ley 1333 de 2009.....	245
K. Tipos de sanciones ambientales.....	248
3.1.2. Soluciones a la tasación de daños ambientales.....	253
3.1.3. Teorías sobre la regulación de la protección del medio ambiente por medio de la atribución de responsabilidad.....	258
A. Teoría del riesgo creado.....	258
B. Teoría de la responsabilidad civil.....	259
C. Teoría de la culpa extensiva.....	259
D. Teoría de la responsabilidad en la contratación Estatal.....	260
E. Teoría de la responsabilidad en el régimen disciplinario.....	262
3.1.4. Otras nociones de responsabilidad ambiental en Colombia.....	262
3.1.5. Responsabilidad por daño transfronterizo.....	265
3.1.6. El dolo social.....	266

3.1.7. Prevención y responsabilidad de crímenes ecológicos.....	268
3.1.8. La conexión entre la normatividad de protección ambiental penal con el derecho administrativo sancionatorio.....	271
3.1.9. Estrategias precautorias de naturaleza penal, aplicables al derecho administrativo sancionatorio.....	272
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>276</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>281</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>304</b>

## INDICE DE ABREVIATURAS

- ADN: Ácido desoxirribonucleico
- CAN: Comunidad Andina de Naciones
- CDI: Comisión de Derecho Internacional
- CECOIN- Centro de Cooperación al Indígena
- C.E.E: Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.
- CELA: Centro de Asistencia Legal Ambiental
- CEREC: Fondo Editorial CEREC
- CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe
- CFCs: Son de hidrocarburos polifluorohalogenados (formados por moléculas que contienen carbono, hidrógeno, flúor y cloro, en distintas proporciones) con multitud de usos industriales
- CIJ: Corte Internacional de Justicia
- CPSC: Consumer Product Safety Commission
- CTN: Consejo Técnico Nacional del Instituto Colombiano Agropecuario para introducción, producción, liberación y comercialización de Organismos Modificados Genéticamente
- CTNBio: Comité Técnico Nacional de Bioseguridad
- DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas – Hoy DOUE : Diario Oficial de la Unión Europea
- DPAD: Dirección de Prevención y Atención de Desastres
- EEB: Encefalopatía espongiforme bovina O enfermedad de las vacas locas.
- EIA: Estudios de Impacto Ambiental
- EPA: Environmental Protection Agency

- ESD: National Strategy on Ecologically Sustainable Development
- EX ANTE: situación anterior
- FAO: Food and Agriculture Organization of the United Nations
- FCCC: United Nations Framework Convention on Climate Change
- FIPMA: Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente
- G7: Se denomina G7, o Grupo de los siete, a un grupo de países industrializados del mundo cuyo peso político, económico y militar es muy relevante a escala global. Está conformado por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido.
- ICA: Instituto Colombiano Agropecuario
- IGAE: Intergovernmental Agreement on the Environment
- IHLADI: Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional
- ILPES: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social
- INC: Inciso
- INDERENA: Instituto Nacional de Recursos Naturales
- INTERPOL: International Criminal Police Organization,
- IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change
- ISO 9000”. Son normas emitidas por la International Standards Organization (ISO), para el aseguramiento de la calidad constante, orientada a la producción de bienes y servicios
- IVA: Impuesto al Valor Agregado
- MARPOL: Es una abreviación de polución marina.
- MAVDT: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial
- MEN: Ministerio de Educación Nacional
- MERCOSUR: Mercado Común del Sur

- MIT: Massachusetts Institute of Technology
- NEPA: National Environmental Policy Act
- NHSTA: National Highways and Safety Transport Administration
- NRC: Nuclear Regulatory Commission
- OECD : Organisation for Economic Co-operation and Development - Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo
- OGM: Organismos Genéticamente Modificados
- OIEA: Organismo Internacional de Energía Atómica
- OILPOL 54: Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos
- OIT: Organización Internacional del Trabajo.
- OMC: Organización Mundial del Comercio
- OMV: Organismos Vivos Modificados
- OMI: Organización Marítima Internacional
- ONG: Organización no Gubernamental
- ONIC: Organización Nacional Indígena de Colombia
- OSHA: Occupational Safety and Health Administration
- PAM: Plan de Acción para el Mediterráneo
- PNUMA: Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente
- RBMK: es el acrónimo del ruso reaktor bolshoy moshchnosti kanalniy que significa "reactor (de) gran potencia (del tipo) canal"
- RDL: Real Decreto Legislativo
- SNPAD: Sistema Nacional para la Prevención y Atención a Desastres

- SINA: Sistema Nacional Ambiental
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo Español.
- TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
- TOSCA: Toxics Substances Control Act
- UICN: Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.
- UN: United Nations
- UNHCR: United Nations High Commissioner for Refugees / ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
- UNEP: United Nations Environment Programme
- UNESCO: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
- UPOV: La Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales
- VVER: Las siglas VVER o WWER hacen referencia a un reactor nuclear de agua presurizada (PWR por sus siglas en inglés) desarrollados en la antigua Unión Soviética y la actual Rusia.
- VR...GR: Verbi gracia
- VVER es la transcripción del acrónimo ruso ВВЭР (Водо-водяной энергетический реактор, Reactor Energético de Agua -Agua). Dicho nombre se deriva del hecho de que el agua funciona tanto como refrigerante como moderador de neutrones.
- WWF: World Wide Fund for Nature (Fondo Mundial para la Naturaleza).

*"Nuestra tarea debe ser liberarnos a nosotros mismos ampliando nuestro círculo de compasión para abrazar en él a todas las criaturas vivientes y la totalidad de la naturaleza y su hermosura"*

Albert Einstein

*"Durante centenares de miles de años, el hombre luchó para abrirse un lugar en la naturaleza. Por primera vez en la historia de nuestra especie, la situación se ha invertido y hoy es indispensable hacerle un lugar a la naturaleza en el mundo del hombre"*

Santiago Kovadloff

## INTRODUCCIÓN

La modernidad trajo consigo adelantos significativos en la humanización de los mandatos jurídicos y morales de los sistemas internos de las naciones y del derecho internacional, la preeminencia de los derechos humanos y de los principios demo-liberales supuso un paso sin precedentes hacia un mundo más justo, prospero y pacífico. Del mismo modo, el desarrollo industrial y tecnológico ha permitido la creación de nuevos medios de producción de riqueza y de intercambio de bienes y servicios, en un mercado global capaz de fomentar el crecimiento económico a grados mayores a los anteriormente conocidos.

Mientras tanto, los adelantos científicos han proveído al ser humano de una expectativa de vida más amplia, de un sinnúmero de tratamientos médicos curativos de enfermedades que en anteriores épocas suponían un riesgo estadístico de muerte, y se han creado también innumerables herramientas e instrumentos de interrelación del hombre con su medio social y con el medio ambiente, los cuáles están trascendido en todas las esferas humanas, tales como la cultura, la economía, la jurídica, etc.

No obstante, todos estos avances de la industria, el comercio, la ciencia y la tecnología, han traído consigo enormes riesgos que amenazan no sólo la salud y la estabilidad económica de los individuos o las sociedades, sino también la supervivencia de la especie humana y de la vida misma sobre el planeta tierra. Por consiguiente lo que hace unos años se consideró de manera optimista como “*sociedad del conocimiento*”, se ha ido denominando hoy por ULRICH BECK (1986) como “*sociedad del riesgo*”, principalmente por causa de la coyuntura que vive la aldea global posmoderna y pos-industrial, al enfrentar los riesgos que la modernidad misma ha engendrado, riesgos que a su vez no pueden ser calculados ni controlados por la ausencia de regulación jurídica y técnica de los sistemas políticos.

Dentro de este contexto, la problemática ambiental configura un factor central, en donde se gestan los mayores riesgos conocidos, aunque no los únicos. A este respecto, la normatividad nacional y de carácter internacional se han quedado cortas a la hora de tomar medidas con el fin de regular las actividades humanas que conllevan mayores riesgos, y aun podría decirse que se han limitado a la implementación de remedios a catástrofes y daños después de ocurridos, siendo estos potencialmente previsibles y prevenibles en gran parte de los casos. Y a pesar de que la experiencia ha demostrado desde hace mucho el costo incuantificable de proceder “*ex post*”, sólo hasta hace pocos años se han comenzado a implementar en los ordenamientos jurídicos internos e internacionales, principios y normas que permitan anticiparse a la realización de riesgos con resultados indeseados.

En ese orden de ideas, el derecho administrativo juega un rol primordial, ya que este rige sobre las actuaciones de la administración, que a su vez se encarga de regular las actividades de los coasociados, así como de ejecutar las normas relacionadas con la previsión y precaución de riesgos particularmente ambientales. Así, el derecho administrativo, a diferencia de otras ramas del derecho, no sólo tiene la facultad de proscribir conductas que atenten o pongan en grave riesgo a los ciudadanos, al Estado o a la sociedad en su conjunto, sino que además se encuentra posibilitado para direccionar medidas de protección “*ex – ante*” frente a riesgos relacionados con el medio ambiente. Por ello el reto del derecho administrativo frente a la problemática ambiental, implica tanto la adecuación de nuevas figuras jurídicas nacidas en el seno del derecho ambiental, así como también el uso de herramientas procedimentales y sustanciales ya conocidas.

En ese estado de cosas, nuevas instituciones de gobernabilidad global relacionadas con la protección del medio ambiente resultan apropiadas para mitigar la problemática descrita. Tanto en el ámbito de la actividad estatal como en el contexto supranacional, pueden y deben tomarse medidas de carácter preventivo bajo postulados normativos que así lo permitan. El principio de precaución es el avance más significativo que se haya alcanzado con ese propósito. Este tiene sus orígenes en el derecho ambiental, y determina la prescripción y orientación de normas de comportamiento, destinadas a prevenir *ex-ante*, los efectos que pueden suscitarse al asumir riesgos en las actividades humanas, bajo criterios de costo-riesgo-beneficio.

De igual manera y como se observaba anteriormente, es necesario que las decisiones pro-ambientales de quienes detentan el poder político, sean acompañadas por acciones de participación de la ciudadanía. Para esto, desde el derecho constitucional, y administrativo se ha dotado a los ciudadanos de acciones de carácter individual y colectivo en defensa de los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación, y no sólo del derecho colectivo a un medio ambiente sano. De esta manera, resulta imprescindible el aprovechamiento de la acción de tutela, la acción popular, la acción de cumplimiento, la consulta previa y las acciones de grupo.

La complejidad del problema jurídico que se estudia en la presente tesis, requiere del examen de una gran cantidad de mandatos jurídicos que regulan la materia ambiental, sin embargo, se intentó abordarlos con un enfoque práctico que permitiera la presentación de hipótesis y conclusiones de fácil lectura. Igualmente no obstante desarrollarse dentro de un marco referencial del derecho administrativo, se nutre también de otras ramas o sub-ramas del derecho y de otras ciencias. Así además recurrir a fuentes formales jurídicas, (Constitución, Ley, jurisprudencia, y doctrina) contiene referencias a instrumentos internacionales, e incluye asimismo contenidos de carácter sociológico y ambiental.

La presente tesis se divide en tres títulos; el primer título aborda los elementos que cimientan la tesis principal de este trabajo investigativo, planteando de esta manera el problema jurídico frente a la problemática ambiental, y se desarrollan las bases teóricas del estudio a desarrollar ulteriormente. En el primer capítulo se formula la concepción general de la definición y las características del riesgo ambiental, posteriormente se analizarán los fundamentos jurídico-sociales que incorporan al riesgo como un elemento principal del estudio jurídico-ambiental. Seguidamente se hace una comparación entre dos extremos de modelo estatal de regulación del riesgo, donde por un lado está el Estado de la técnica y por el otro el Estado democrático, y se concluye este primer título con el análisis respecto a la relación existente entre las actividades propias del Estado con la creación del riesgo jurídico.

En el segundo capítulo del primer título se desarrolla el análisis de los diferentes riesgos en materia ambiental, conjugándose estos con un acercamiento a la crisis ambiental en Colombia.

En el tercer capítulo del primer título comienza el estudio de las diferentes normas jurídicas tanto europeas, como mundiales, relativas a la temática de la prevención y precaución de riesgos, ello para tener un punto de referencia del desarrollo normativo del derecho internacional, concluyéndose el capítulo con la relación de los apartes jurisprudenciales más importantes en el ámbito internacional relacionados con la temática preventiva. Posteriormente, ya en el cuarto capítulo se complementa la temática de estudio anterior con un análisis de las normas constitucionales principalmente de Latinoamérica referentes al tema, proponiendo así la protección programática dentro de sus correspondientes ordenamientos jurídicos internos, señalando por último un capítulo que referencia otras normas también de vital importancia de análisis del tema. Y para culminar se presentan dos capítulos explicativos de la problemática de la seguridad genética tanto en nuestro país como en el ámbito del derecho internacional.

El segundo título explica los mecanismos de evaluación de los riesgos en los ámbitos jurídicos del derecho ambiental y el derecho administrativo, comenzando por el estudio del concepto del principio de precaución, su origen, evolución, naturaleza jurídica y sus características. De igual manera se analiza el principio en el sistema jurídico colombiano, específicamente en la jurisprudencia constitucional, y administrativa colombianas. Para finalizar se expone el principio frente al medio ambiente.

En el segundo capítulo del segundo título se expone toda la temática relacionada con la evaluación de los riesgos, comenzando con el concepto de incertidumbre científica

entendido este como un mecanismo de ampliación de análisis del principio de precaución, además de señalar otros mecanismos que determinan cuando un riesgo puede ser o no aceptable. En adelante se reseñan las normas administrativas relativas al control para la prevención de daños ambientales, en el siguiente orden: las normas sobre regulación de calidad ambiental, las normas para el control de efluentes y cargas contaminantes, las normas de control tecnológico, y las normas de reglamentación de productos y procesos productivos, además de las encargadas de la internalización. De igual manera se presentan los medios jurídicos que conciernen a permisos y licencias, procedimientos de revisado, inspección domiciliaria, monitoreo, reportes y registros.

Posteriormente se plantea la necesidad de la creación de una autoridad administrativa ambiental que brinde seguridad y técnica jurídica a las decisiones con carácter ambiental, y se describe sucintamente el adelanto que significó el reconocimiento constitucional del carácter social y ambiental de la propiedad. En adelante se describen otros mecanismos administrativos de capital importancia en la precaución y prevención ambiental tales como la planificación administrativa para el desarrollo sostenible, la cooperación ínter administrativa, las interventorias, el control y vigilancia estatales, los controles de calidad de procesos, entre otros.

La efectividad de las normas ambientales de prevención y precaución, requieren para ser efectivas que sean dispuestas bajo parámetros de razonabilidad y objetividad, en ese sentido se estudian algunas de estas como la proporcionalidad en la regulación, el control en el acceso al mercado, la fijación de parámetros de gestión ambiental, y la evaluación de impactos ambientales. Asimismo se desarrollan las temáticas de la cooperación internacional para proteger el medio ambiente y el muy amplio concepto de desarrollo sostenible.

Luego se estudian los mecanismos de prevención de daños ambientales y contaminación, de contenido económico, como son las tasas retributivas por carga contaminante y los impuestos diferenciales por causa de la actividad con impacto. Mientras tanto en otro aparte se exponen las acciones jurídicas colectivas con que cuenta la ciudadanía con el fin de participar activamente en la prevención y protección del medio ambiente. Estas acciones que instrumentalizan el acceso a la justicia para la protección de los derechos colectivos, son la acción popular, la acción de cumplimiento y la consulta previa, entre las más importantes.

En el tercer título se aborda el papel de la administración pública en el manejo, control y represión de los riesgos en materia ambiental, para lo cual se hace un ejercicio de comparación de la intervención estatal en la materia, particularmente en los países de

Inglaterra, los Estados Unidos de América, Australia y Colombia. Igualmente se realiza una síntesis del régimen sancionatorio del riesgo ambiental colombiano con base en su fuente legal (Ley 1333 de 2009), además de los antecedentes y el proceso de aprobación legislativo que esta tuvo, se tratan en el estudio los siguientes puntos: los principios orientadores del régimen sancionatorio ambiental, las eximentes de responsabilidad y causales de cesación del procedimiento, la caducidad de la acción sancionatoria ambiental, la tipología de las medidas preventivas contempladas en la ley, la figura de la transición normativa contenida en el artículo 64 del nuevo régimen sancionatorio ambiental y la clasificación de infracciones ambientales.

A continuación se aborda la temática más compleja de la ley, relacionada con la presunción de dolo y culpa en los infractores, cuál es el procedimiento adecuado para la imposición de estas sanciones y los tipos de sanción aplicables con posterioridad al procedimiento. Se plantea también toda la problemática que encierra la tasación de daños ambientales frente al derecho administrativo, y se plantean las posibles soluciones. A partir de allí el análisis investigativo parte de un conciso examen acerca de las teorías sobre la regulación del medio ambiente por medio de la atribución de la responsabilidad, en el que se examinan los diversas formulas jurídicas de imputación de responsabilidades ambientales contempladas dentro del derecho administrativo y de otras ramas del derecho, entre las cuales están: la teoría del riesgo creado, la teoría de la responsabilidad civil, la teoría de la culpa extensiva, la teoría de la responsabilidad en la contratación estatal, la teoría de la responsabilidad en el régimen disciplinario, y la teoría de la responsabilidad en el régimen fiscal.

Para concluir el tema de la responsabilidad, se analizan algunas nociones de responsabilidad frente a la causación de riesgos, y otras nociones relacionadas con el tratamiento de la responsabilidad ambiental en Colombia y Europa. Finalizando con cinco temáticas de cardinal importancia a la hora de plantear normas referentes a la prevención de riesgos ambientales, que son a saber: la responsabilidad por daños fronterizos, el dolo social en acciones que atentan contra el medio ambiente, la conexión entre la normatividad penal ambiental y el derecho administrativo sancionatorio, la prevención y responsabilidad de crímenes ecológicos, y por último las estrategias precautorias de naturaleza penal, aplicables al derecho ambiental.

En la parte final de la monografía se desarrollan las conclusiones de la investigación, y la bibliografía consultada, buscándose con ello la enmarcación general de los elementos jurídicos más significativos resultantes de este proceso investigativo, de tal manera que sirvan a su vez de propuesta académica para lograr el cambio estructural que supone la solución primordial frente a esta problemática plasmada por el derecho ambiental.

## **A. OBJETIVOS DE LA TESIS**

### **OBJETIVO GENERAL:**

Determinar los mecanismos que contempla el derecho administrativo para materializar el principio de precaución enfocado a la eficiente protección del medio ambiente.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

1. Realizar una aproximación socio jurídica de los riesgos de daño medioambiental que se suscitan dentro de las sociedades modernas.
2. Hacer un análisis detallado de los documentos jurídicos de carácter nacional e internacional que promueven el tratamiento preventivo de la gestión ambiental, en especial de las constituciones latinoamericanas, los tratados y acuerdos internacionales desarrollados en Europa y algunos otros en el ámbito mundial.
3. Realizar un análisis exhaustivo de los mecanismos jurídicos de evaluación de riesgos más relevantes dentro de la órbita del derecho administrativo en general y del derecho ambiental en especial, principalmente sobre el papel del principio de precaución como fundamento del análisis del riesgo ambiental y de su protección.

## **B. METODOLOGÍA DE INVESTIGACION**

Para cumplir de forma satisfactoria con los objetivos planteados en esta investigación, el enfoque metodológico se basó en los siguientes elementos: i) el estudio de un conjunto de parámetros descriptivos y explicativos de la doctrina jurídica relacionada con el tema medioambiental, complementados con la jurisprudencia y demás tratados internacionales referentes a la prevención y precaución de los riesgos ambientales y, ii) el análisis jurídico dentro del derecho comparado, en especial lo concerniente al tratamiento medioambiental asumido por las diferentes constituciones latinoamericanas, junto a las normas preventivas y de precaución de daños ambientales que promueven algunos ordenamientos jurídicos provenientes de una raíz del “Common Law”.

Aunado a lo anterior, el método investigativo también conjugó elementos deductivos y de análisis de la información recolectada, lo cual puede verse desarrollado en los tres títulos de la tesis que integran el grueso del estudio, y dentro de los cuáles se despliegan los diferentes capítulos base que a su vez desarrollan cada uno de los objetivos, por medio de artículos bibliográficos.

Conforme lo anterior, el análisis de los tres títulos macro se relacionan precisamente con los nuevos riesgos ambientales y el principio de precaución para lograr así la eficiente protección del medio ambiente, por lo cual se evaluará la regulación estatal en el tema, particularmente el papel del derecho administrativo – ambiental. Por esta razón resulta necesario partir del análisis general de la normatividad más importantes para después evaluar los mecanismos jurídicos específicos de protección y prevención de estos riesgos, finalizando con un punto de vista complementario relativo al papel sancionatorio de la administración frente al incumplimiento de las normas preventivas ambientales, lo cual implica un método deductivo, relacionado este con el análisis claro de la información jurídica disponible.

Por último, para proceder a recolectar la información que sustenta esta investigación, se realizó un estudio de las diversas fuentes bibliográficas y entrevistas a expertos en derecho ambiental, referidas al problema de investigación haciéndose de ellas un análisis sintético que permitió extraer el conocimiento y la información requeridas para desarrollar la tesis en general.

## **C. HERRAMIENTAS ESPECÍFICAS DE INVESTIGACION**

### **FUENTES DE INVESTIGACION**

En la realización de esta tesis de grado, se estudiaron fuentes bibliográficas exclusivamente documentales, entre las que encontramos:

- Decretos, resoluciones, leyes, constituciones y demás normas dentro del ordenamiento jurídico nacional y demás normas de carácter comparado relacionadas con la materia
- Revistas jurídicas especializadas
- Textos jurídicos que señalan la doctrina especializada referida al tema.
- Declaraciones, Convenios, Conferencias, Protocolos y demás documentos de carácter internacional que regulan la materia de prevención de daños al medio ambiente
- Enlaces de internet especializados con la temática
- Jurisprudencia del Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional.
- Entrevistas a expertos en derecho ambiental.

## **DESCRIPCIÓN DETALLADA DEL MEDIO O TÉCNICA**

Con el fin de cumplir con los objetivos propuestos, la investigación se organizó a través de las siguientes actividades o etapas:

### **1. Revisión Bibliográfica y lectura analítica:**

Esta fase inicial de la investigación consistió en el acopio bibliográfico, lectura y análisis del material pertinente tanto de los referentes teóricos y temáticas que conciernen a esta investigación, como de las normas y jurisprudencia que se hayan emitido por las autoridades competentes. De ese modo, se discernieron asuntos como: la legislación vigente para el caso de la prevención de riesgos ambientales, el tratamiento de la gestión de riesgos en el derecho comparado, los mecanismos sancionatorios de la administración para amplificar la protección ambiental, etc.

### **2. Interpretación:**

En la fase final de la investigación, en primer lugar, se analizó el conglomerado normativo y jurisprudencial vigente propuesto en esta tesis. En segundo lugar, se hizo un ejercicio de confrontación de la información obtenida en las anteriores etapas. Finalmente se hicieron discusiones y reflexiones en torno a su análisis.

# 1. APROXIMACIÓN A LOS RIESGOS EN MATERIA AMBIENTAL

## 1.1. PRECISIONES PREVIAS FRENTE AL RIESGO

### 1.1.1. El concepto de riesgo

Para la determinación del riesgo en materia ambiental, resulta necesario precisar en primer término el concepto del riesgo, frente al cual existen fundamentalmente dos perspectivas distintas:

La primera habla respecto a una consideración simple, la “*coup du sort*” susceptible de acabar con los conceptos jurídicos pero aun inacabable de creer, hace una aproximación sobre las disposiciones relativas a las catástrofes naturales, el riesgo del medio ambiente en sí mismo o también llamado riesgo externo (proveniente de las situaciones del exterior, de la tradición o de la naturaleza). Esta primera noción del riesgo surge con ocasión de las actividades marítimas, para así entender cuáles son los hechos que potencialmente comprometerían de alguna manera la navegación de los barcos, en este sentido el riesgo comienza a designar un eventual peligro de carácter objetivo, tal como en las situaciones del caso fortuito o de fuerza mayor, el tiempo o la fortuna de la mar.

En síntesis, no puede imputársele dicha conducta de riesgo externo a un individuo determinado<sup>1</sup>, el riesgo va a explicar los designios de la naturaleza, tales como inundaciones, incendios, maremotos, etc., y la exclusión de la regla llega cuando el hecho ya es atribuible a la acción de un individuo específico. Se establece además como tratamiento jurídico a esta situación de riesgo, la llamada fuerza mayor (evento imprevisible, exterior al agente e irresistible)<sup>2</sup>.

La segunda concepción del riesgo tiene que ver con la revolución industrial y su desarrollo posterior<sup>3</sup>. En este tipo de culturas la vida social se hace mucho más impersonal y anónima, caracterizándose en el hecho que la mayoría de la población vive en la zona urbana, así el desarrollo de las sociedades industriales ha conducido a la conquista de muchas zonas desconocidas en el mundo<sup>4</sup>. Una cultura donde la mayoría de los encuentros que tenemos

---

<sup>1</sup> Michel Prieur et Claude Lambrechts. Les Hommes et L'Environnement Mankind and the Environment. En Hommage á Alexandre Kiss. Editions Frison-Roche, Ouvrage Puclié avec le Concours de L'Université Robert Schuman de Strasbourg. Paris-France. 1998. p.451-452.

<sup>2</sup> Ibídem, p. 453.

<sup>3</sup> Se define a la industrialización como: “*el surgimiento de la producción mecánica, basada en el uso de fuentes de energía inanimada (como el vapor o la electricidad).*” Anthony Giddens. Sociología. Cuarta edición. Alianza Editorial. Primera reimpresión. Madrid-España. 2004. p. 67.

<sup>4</sup> Anthony Giddens. Sociología. Cuarta edición. Alianza Editorial. Primera reimpresión. Madrid-España. 2004. p. 81

se realizan con extraños y donde las grandes corporaciones empresariales y los órganos del gobierno son ahora los que influyen notablemente en la vida de los individuos.

Hoy los riesgos de la civilización actual ya no son perceptibles, se basan en formulas físico-químicas fruto de una sobreproducción que existe en la misma industria. Estos riesgos se generan a través de las fuerzas productivas que muchas veces por su avanzado desarrollo tecnológico no alcanzan a ser perceptibles al análisis de la persona promedio, siendo muchas veces sustancias nocivas y tóxicas presentes en el aire, agua, alimentos, etc. El problema de estos riesgos es su invisibilidad y toxicidad, donde su definición se encuentra únicamente en interpretaciones científicas que muchas veces se fundamentan en posiciones socio-jurídicas<sup>5</sup>.

Los cambios que se han estado produciendo actualmente han hecho que nuestra sociedad sea más interdependiente que nunca, en este sentido poder lograr un pequeño cambio en el mundo significa la afectación necesaria de muchas personas en diferentes contextos espaciales<sup>6</sup>. Este fenómeno ha sido una de las mayores consecuencias que ha traído la globalización, afectando a la mayoría de los habitantes del planeta, pero por considerarse este procedimiento con un carácter abierto, sus consecuencias resultan imposibles de predecir y controlar. Por ello muchos de los cambios que plantea la globalización plantean nuevas formas de riesgo completamente diferentes a las concebidas anteriormente, sus orígenes muchas veces pueden ser inciertos y aún más sus consecuencias<sup>7</sup>.

De igual manera, con el fenómeno de la globalización el riesgo cambia de estatus y aparece como una contrapartida del mismo “progreso” “...comme le “mal” qui nécessairement accompagne le “bien”<sup>8</sup>, transformándose en una relación dicotómica entre el riesgo y el progreso: “el riesgo y la protección del medio ambiente se sientan también sobre una relación dialéctica con el “progreso”<sup>9</sup>. Es esta última concepción del riesgo la que va a renovar su misma definición y forma de utilización, pudiéndose estudiar como la consecuencia irreducible de la concepción de progreso, y explicándose como un fenómeno social para poder hacer la debida gestión jurídica respecto a los daños que dicho progreso pueda generar.

---

<sup>5</sup> Ulrich Beck. La Sociedad del Riesgo. Hacia Una Nueva Modernidad. Ediciones Paidós Ibérica. S.A. Barcelona-España. 1998. p. 28

<sup>6</sup> Anthony Giddens. Sociología. Cuarta edición. Alianza Editorial. Primera reimpresión. Madrid-España. 2004. p. 80.

<sup>7</sup> *Ibidem*. p. 103.

<sup>8</sup> Francois Ewald. “Le mal dans la société était coextensive au bien, l’accompagnait, en était une composante, un ingrédient nécessaire. Pas de profits sans pertes. Pas de progress sans dommages associés”. Bernard Grasset. L’État providence, Paris-France. 1986, p. 425.

<sup>9</sup> *Le risque, la protection de l’environnement se déclinent alors dans une relation dialectique avec le “progrès”*

Es importante señalar además que cuando se comienza a hablar de esta nueva concepción de riesgo estamos hablando de una pérdida del monopolio de la racionalidad por parte de las ciencias, toda vez que otros actores entran a jugar un papel preponderante, como por ejemplo, los precursores de ese proceso modernizador y los grupos de afectados, así, aunque se denote el esfuerzo por la parte científica en continuar siendo objetiva respecto a sus decisiones en las acciones de riesgo, irremediamente estas siempre tendrán un contenido de corte eminentemente social<sup>10</sup>.

Dentro del riesgo existe un problema de gran magnitud y es aquí donde la parte riesgosa de los mismos hechos que confluyen en un peligro real, debilitándose respecto a su estructura teórica, dado que se fundamentan en suposiciones de tipo especulativo moviéndose por el mundo de las probabilidades, y casi nunca dentro de un marco de situaciones reales. Por consiguiente para constatar que existe un riesgo en determinado aspecto fáctico debe hacerse un ejercicio de probabilidades de naturaleza matemática, confluyendo además con intereses sociales. La ciencia para estudiar estas situaciones de riesgo hoy en día ya no se basa en la vieja práctica de experimentación ensayo – error, sino mas bien en otro tipo de disciplinas tales como en la economía, la sociología y la ética.

Por todas estas razones es que se conoce a esta clase de peligros como “*riesgos manufacturados*”<sup>11</sup>, (creado por medio de nuestro propio conocimiento e identificándose con situaciones en las cuales no contamos con la experiencia para protegernos de sus efectos, como por ejemplo, los riesgos medioambientales causados principalmente por las acciones del hombre)<sup>12</sup>.

### **1.1.2. Fundamentos jurídico-sociales del riesgo.**

Para analizar las circunstancias amenazantes en una estructura socio-jurídica como la de nuestra actualidad, según lo expuesto por LASCH, los principales problemas que conllevan los riesgos dentro de nuestra modernidad son los siguientes<sup>13</sup>:

---

<sup>10</sup> Ulrich Beck. La Sociedad del Riesgo. Hacia Una Nueva Modernidad. Ediciones Paidós Ibérica. S.A. Barcelona-España. 1998. p 35.

<sup>11</sup> “...es el creado no por agentes externos sino por el impacto de nuestros propios conocimientos y tecnología, es decir que se constituyen como la consecuencia de nuestra propia intervención dentro de la naturaleza”. Anthony Giddens. Un Mundo Desbocado. Los Efectos de la Globalización en Nuestras Vidas. Grupo Santillana Ediciones S.A. España. 2000.

<sup>12</sup> Al expandirse las situaciones de riesgo manufacturado, estos comienzan a adquirir nuevas inseguridades, por motivo de la imposibilidad de llegar a un cálculo exacto respecto a la medición del riesgo, es decir que frente al riesgo manufacturado sencillamente no podemos saber qué nivel nos espera de riesgo.

<sup>13</sup> Anthony Giddens. Consecuencias de la Modernidad. Versión Española de Ana Lizón Ramón. Alianza Editorial. Madrid-España. 1993.

1. La intensidad del riesgo, la cual puede llegar a niveles globales.
2. El aumento de hechos contingentes que afectan a un número considerable de personas en el planeta globalizado.
3. La posibilidad de creación de riesgos globales por la misma naturaleza socializadora del entorno.
4. La institucionalización y legitimación del desarrollo del riesgo.
5. El conocimiento y justificación religiosa como método para justificar las lagunas del conocimiento del riesgo.
6. La conciencia del riesgo dentro del entorno social únicamente ha influido en la permisividad de su desarrollo.
7. Las limitaciones en la experiencia respecto al tratamiento de riesgos, toda vez que ningún sistema puede ser totalmente experto en el conocimiento de las consecuencias que pueden acaecer sobre con la permisividad de estos riesgos.

La consecución de estas posibilidades de acaecimiento de peligros puede determinar entre otras cosas que no estamos exentos de sufrir daños imposibles de medir, e inimaginables respecto a la magnitud de su destrucción, estos pueden alcanzar a todos y a cada uno de nosotros, creando un fenómeno socio-jurídico de permisividad respecto al nacimiento de actos que implican un potencial gigantesco de riesgo y que a la luz de la sociedad parecerían tan normales que resulta imposible prohibirlos, volviéndose necesarios para un normal desarrollo comunitario.

El sistema industrial de todo el globo terrestre se encuentra sometido a los recursos que le brinda la naturaleza, aunque ésta lastimosamente es contaminada día a día, pasando de ser un fenómeno dado para convertirse en un fenómeno producido por las transformaciones técnico-industriales. En una sociedad industrial como la nuestra se considera como algo natural la producción de la riqueza dominando así a la producción del riesgo, en otras palabras se le otorga mayor importancia al hecho de producir capital que a la potencialidad de destrucción inminente de algunos actos ya sean estos de contenido particular o producidos por la misma administración.

Este es el caso de muchas empresas transnacionales, las cuales tratan por diversos medios de conseguir las autorizaciones administrativas necesarias para comercializar sus productos,

por ejemplo, el famoso documento “*que comience la cosecha*”, conocido como un borrador para la firma de la declaración elaborada por la multinacional agrícola Monsanto a los países del tercer mundo, donde se propone que son muchas las poblaciones europeas y americanas que cuentan con un sistema de desarrollo alimenticio abundante en comparación con otros sectores del mundo donde el hambre y la hambruna se consideran como una situación de plena normalidad. La solución que propone Monsanto es el desarrollo de la biotecnología para lograr una producción de alimentos más barata, con mayor volumen y de mejor calidad, reduciendo además la utilización de elementos químicos para el control de los cultivos, ello con el fin de reducir la desigualdad en el acceso al sistema alimenticio entre las diferentes regiones del mundo.

A su vez, la respuesta que le dieron a Monsanto los delegados de los países africanos fue unánime, declarando como inaceptables las afirmaciones de esta multinacional, sobre todo si esta última durante los últimos años se ha gastado millones de dólares comprando compañías de semillas y otras empresas de biotecnología, utilizando además la manipulación genética para impedir que los agricultores siembren de nuevo la semilla y desarrollen sus propios sistemas agrícolas.

De esta manera, se están empezando a evidenciar serios inconvenientes con respecto a los tratamientos biotecnológicos, propiciando un desarrollo científico y tecnológico carente de neutralidad, y haciéndose evidentes muchos problemas éticos, sociológicos, ecosistémicos y ambientales creados al emplear erróneamente este tipo de tecnologías.

Todas estas situaciones han generado diversos problemas y riesgos, entre ellos también se encuentran los que surgen como resultado de la manipulación genética agroalimentaria que se viene practicando desde el siglo XX, implicando con esto la creación de nuevas tecnologías, e incluyendo por ejemplo procedimientos de clonación molecular de microorganismos, plantas y animales, técnicas de ADN recombinante o ingeniería genética, que permiten recortar y pegar el material genético de organismos vivos en otros<sup>14</sup>.

Por consiguiente, estas nuevas tecnologías están demostrando los escenarios jurídicos y éticos a los cuales se debe enfrentar el derecho administrativo, fenómenos previstos anticipadamente por el profesor BECK en el año de 1991, referentes a la transición obligatoria que deberá surtirse entre la sociedad “*clásica*” hacia la “*sociedad del riesgo*”<sup>15</sup>.

BECK define a la sociedad del riesgo “*como la época del industrialismo en la que los seres humanos se tienen que enfrentar al desafío que plantea una creciente capacidad industrial*”

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 194.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 199.

*para destruir todo tipo de vida sobre la tierra y su dependencia de ciertas decisiones, especialmente cuando la producción de riesgos ambientales son el resultado de la lógica imparable de sobreproducción y sobreconsumos del capitalismo avanzado, responsable de los “males” ambientales al producir solo “bienes” para el consumo, incluidos los que se definen a través de la producción de conocimiento científico, que genera más riesgos en el mismo sentido”.*

Así mismo, el hecho de permitir que las acciones de un grupo reducido de personas tengan carácter ilimitado, exige tomar medidas al respecto tales como la implementación del principio de principios jurídicos internacionales como el de precaución, ello con el fin de obligar a los individuos que deseen implementar planes o proyectos que pongan en peligro a la salud humana o al medio ambiente, para que tomen las medidas necesarias para su correspondiente protección: según RIECHMANN, debe además demostrarse que no puede haber otra alternativa posible y realmente más segura para lograr su objetivo, ampliando además la participación activa de la sociedad y de los agentes directamente involucrados en el tema, propendiendo así por lograr procedimientos precautorios completamente transparentes.

En el comercio internacional, la OMC<sup>16</sup> y otras organizaciones internacionales también han buscado liberar las actividades productivas de requerimientos ambientales y otra serie de principios a los que ellos consideran que van en contra del libre mercado. Como respuesta a este problema causado por estas organizaciones internacionales, en los últimos años se ha promovido la realización de una reforma a la OMC con el fin de incluir dentro de sus estatutos los principios de prevención y de precaución, además de normas relativas a la protección del derecho que poseen los consumidores a conocer acerca del impacto sobre su salud y sobre el medio ambiente respecto de los productos que compran, o la aplicación del principio “*in dubio pro ambiente*”, cuando exista un conflicto de aplicación de normas entre el derecho ambiental y el derecho comercial.

Este es el ejemplo más claro de lo que deben hacer el resto de ordenamientos jurídicos internacionales como orientación a la creación de “*nuevas instituciones internacionales de gobernabilidad global*”<sup>17</sup>.

### **1.1.3. Dicotomía entre técnica y democracia.**

Un sector de la sociedad piensa que la solución a los problemas y riesgos tecnológicos radica en promover un mayor apoyo científico y experto en la toma de decisiones de la

---

<sup>16</sup> Organización Mundial de Comercio.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 219.

administración<sup>18</sup>, por lo tanto mientras la evaluación de los riesgos implique la afectación de la falta de certeza científica se puede identificar a este peligro como un concepto netamente científico y probablemente sólo pueda ser entendido en términos científico-técnicos, por esta razón las decisiones del Estado frente al tema deben ser precedidas por un cuerpo consultivo también de carácter técnico<sup>19</sup>.

De esta manera, nos encontramos inmersos en un “*Estado de la técnica*”, dentro del cual los gobernantes y parlamentarios no conocen el contenido de la mayoría de las ciencias, dejándoles el trabajo de medir la tolerancia de los distintos peligros a los científicos, ingenieros, médicos y demás expertos en la temática, confiando ciegamente en ellos, agregando que son muy pocos entre estos quienes deciden hasta cuánto va a ser tolerable el peligro o cual sería el valor porcentual límite entre una acción peligrosa u otra. Por lo tanto, si bien es cierto dentro el plano formal una norma a simple vista se fundamenta dentro del plano político y jurídico, en realidad y ya en forma materializada son las directrices que proporcionan estos técnicos y científicos las que deciden realmente el contenido sustancial de estas temáticas<sup>20</sup>.

En principio esta forma de crear ordenamiento normativo vendría estando correcta, dado que para hacer correctamente una norma jurídica ya sea esta administrativa o legislativa, se necesita no sólo de ideas jurídicas, sino también de conocimientos científicos, por eso la necesidad de recurrir a dichas normas de experticia, creándose así una delegación tácita dirigida hacia los conocedores de la ciencia. Por consiguiente el problema principal se encuentra en la creación de una confianza ciega en estos consejeros, donde serán estos últimos los que deban tomar decisiones normativas fundamentales<sup>21</sup>.

Esta disposición a asumir un “*Estado de la técnica*” conlleva necesariamente a la renuncia de la titularidad del conocimiento para detectar los riesgos y peligros por parte de la administración, “...*El Estado renuncia a ser el titular del conocimiento y asume su incapacidad para detectar los peligros que le avecina la ciencia. Así, autoriza las actividades potencialmente dañosas, pero inmediatamente beneficiosas, con la condición de que sus principales promotores asuman las consecuencias de sus conductas. Este debilitamiento del Estado y de su capacidad para liderar los avances de la realidad es sólo*

---

<sup>18</sup>John D. Graham, *Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process*. National Academy Press, Washington DC-United States. 1983.

<sup>19</sup>Elizabeth Fisher. *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*. Oxford and Portland Oregon. North America. Hart America. Hart Publishing, United States. 2007. p.12.

<sup>20</sup> “...*las ordenanzas jurídicas y prescripciones administrativas son, en el fondo, huecas en sus enunciados centrales, hacen malabarismos con “el estado de la técnica”, socavan su propia competencia y colocan en su (propio) lugar “el peritaje científico-técnico” sobre el trono de la civilización del peligro*”. Ulrich Beck. *Políticas Ecológicas en la Edad del Riesgo*. Antídotos. Responsabilidad Organizada, Primera Edición. El Roure Editorial. S.A. Barcelona-España. 1998.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

*el primer paso en un proceso de distanciamiento entre la ciencia y el poder público: un proceso que desembocará en un papel, cada vez más accesorio para la administración, causando la proliferación de actos e instrumentos de soft law en sectores tan determinantes como el medio ambiente, la industria, el comercio o la seguridad alimentaria”<sup>22</sup>.*

Así las cosas el “Estado de la técnica” resuelve saltarse el control propiciando un incremento de este tipo de situaciones riesgosas llegando hasta el límite de la permisividad social y tácita de estas últimas. Tanto los peligros de todo tipo y en mayor medida los que se están gestando en nuestra actual sociedad, en el mejor de los casos probablemente puedan llegar a ser minimizados, pero nunca dejarán de existir, al pasar de alto los controles estatales, frente a toda la amalgama de daños y “catástrofes” que pueden presentarse, estos peligros modernos desenmascaran los errores reales que comportan el actuar de la industria y del mismo Estado respecto a su concepto de seguridad<sup>23</sup>.

En cambio para otro sector de la sociedad, hacerle frente a las situaciones de riesgo no depende directamente de lo dictaminado por los expertos, en este caso la ciencia se analiza como un límite a la toma de decisiones, esto se denota teniendo en cuenta que las decisiones respecto al tratamiento de una situación de peligro dependen principalmente de la forma de asimilarlo y comprenderlo por parte de la comunidad y como esta situación podría afectar sus vidas. En este sentido lo que necesita un Estado es plantear soluciones democráticas y participativas para el tratamiento de estos riesgos teniendo en cuenta los valores éticos y la concepción de autonomía que produce la libertad.

De esta manera la participación ciudadana en la toma de decisiones es considerada como una de las soluciones más eficaces para lograr la organización necesaria y que además ofrezca como resultado la materialización de un desarrollo sostenible<sup>24</sup>. Este sistema democrático puede verse reflejado en temas tales como la estructuración de mecanismos de consulta y de consenso respecto a las normas que impliquen un impacto en el medio ambiente, evidenciándose no sólo los graves desequilibrios de los ecosistemas, sino que también permite la potencialización de los beneficios por haber protegido la naturaleza.

La salida democrática a la toma de decisiones respecto a las actividades riesgosas también se plantea como estrategia de ordenamiento del territorio impidiendo que el mercado

---

<sup>22</sup> Daniel Sarmiento. El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración. Editorial Thomson-Civitas. Madrid-España. 2007. p. 65

<sup>23</sup> Ulrich Beck. Políticas Ecológicas en la Edad del Riesgo. Antídotos. Responsabilidad Organizada, Primera Edición. El Roure Editorial. S.A. Barcelona-España. 1998.

<sup>24</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo. Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente. Seminario de Brasilia de 1992. 2ª Edición. San José de Costa Rica-Costa Rica. 1995. p 231.

permita usar el suelo con efectos destructores sobre el equilibrio ecológico<sup>25</sup>. También se realiza en ejercicio de las funciones de control y vigilancia por medio de denuncias o quejas, acciones populares, proyectos de desarrollo, etc., estableciéndose una actitud vigilante frente a los potenciales eventos dañinos de las actitudes humanas contra el medio ambiente. Esta debe ser la prioridad consagrada como derecho y como deber, armonizado también con la participación ciudadana según los preceptos de la Declaración de Río<sup>26</sup>.

En conclusión, la dicotomía existente respecto a la toma de la decisión normativa en el tratamiento dado a las situaciones de riesgo, es determinar si resulta conveniente utilizar el camino de los expertos y la ciencia o el camino de la democracia, es decir la división entre la tecnocracia y la democracia participativa. En mi opinión si la evaluación de riesgos es responsabilidad de la administración pública esta no necesariamente debe limitarse a un ejercicio científico o democrático, dicho análisis debe trascender esta dicotomía entre la ciencia y la democracia<sup>27</sup>, máxime si entendemos que la evaluación de riesgos ha sido parte de un ejercicio administrativo, entonces debió pensarse en ello para realizar un ejercicio de elementos aceptables y legitimados.

#### **1.1.4. El riesgo y la actividad estatal**

La actividad de la administración también se encuentra inmersa en situaciones asimilables a riesgos en donde cabe la posibilidad de aplicación del principios jurídicos de prevención dentro de normas de toda índole que dicte la administración, pudiendo además hacer una aproximación respecto a cómo debería ser la dirección a tomar por parte del Estado.

Para ello, pueden tomarse acciones preventivas por parte de la administración, con el fin de planificar cuáles son las normas jurídicas más convenientes respecto a la regulación de situaciones de peligro, por ejemplo, la utilización de normas precautorias con el fin de mitigar las causas del cambio climático.

Aunque si bien resulta necesario establecer que así se pueda llegar a determinar con precisión qué peligros son los que enfrenta el Estado, también es cierto que pueden tomarse decisiones equivocadas para el tratamiento de estos, tal y como ha sucedido para solucionar la contaminación en el aire y el agua, residuos tóxicos y en fin, un costo socioecológico

---

<sup>25</sup> El ideal es llegar a fundar macropolíticas de ecodesarrollo que afecten todos los sectores, especialmente los campos relacionados con espacios naturales protegidos, ordenación de los recursos naturales y planes económicos.

<sup>26</sup> Manuel José Terol Becerra. Espacios Naturales Protegidos y Medio Ambiente. Sobre la Sustantividad de las Materias Competenciales. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid-España, 2002. p. 104.

<sup>27</sup> Bruno Latour, *Politics of Nature: How to Bring the Sciences Into Democracy*. Harvard University Press, Cambridge-United States, 2004. pp. 11-14.

altísimo que debe pagarse por la aplicación de normas inadecuadas por parte de la administración<sup>28</sup>.

Por esta razón, el Estado como ente director de la normatividad que rige la administración pública, debe incidir de forma eficaz en la prevención del ejercicio profesional que ponga en riesgo potencial a las personas, bienes y al medio ambiente, por medio de la regulación y restricción de sus actividades, además de tener la prerrogativa de imponer medidas y normatividades referentes al derecho del consumidor<sup>29</sup>.

Como se venía planteando anteriormente, los gobiernos basan la creación o modificación de sus ordenamientos jurídicos, (máxime si estos son de corte proteccionista) en los informes científicos y técnicos que presenta su cuerpo consultivo. Por lo anterior, frente a estos a estos últimos deben estimarse dos posibilidades: con respecto a una comunidad científica que responde y las que aparte de responder a las necesidades también proponen, es decir interpelan<sup>30</sup>.

Si acogemos esta segunda opción que a su vez es propositiva, los gobiernos podrán controlar en alguna medida los problemas medioambientales y de peligro, fortaleciendo las funciones y capacidades técnicas de los organismos encargados de la protección del medio ambiente, no sólo dentro de los países industrializados, sino también como prioridad dentro de los países en vía de desarrollo los cuales necesitan de una mayor asistencia en el fortalecimiento de este tipo de órganos<sup>31</sup>. Estos cuentan además con la posibilidad de mitigar los problemas de destrucción del ecosistema y de la diversidad biológica, por medio de transformaciones socioeconómicas, fomentando también el aumento en los ingresos que reciben los ciudadanos para el desarrollo de los hábitats ecológicos, promoviendo así la utilización más eficiente y obviamente a un largo plazo de los recursos medio ambientales<sup>32</sup>.

De esta manera las acciones estatales que generan riesgos se determinan en diferentes causas por motivo del industrialismo, para que de esta manera e independientemente de la causa, lo más importante sea aplicar mecanismos de investigación que logren determinar los peligros antes de la producción del daño. Aunado a lo anterior, dichos mecanismos preventivos según algunos doctrinantes ambientalistas, pueden ser posibles por medio de la

---

<sup>28</sup> Ramón Folch. Ambiente, Emoción y Ética. Actitudes ante la Cultura de la Sostenibilidad. Editorial Ariel. S.A. Barcelona-España. 1998.

<sup>29</sup> Carlos Romeo Casabona. Responsabilidad Penal y Responsabilidad de los Conceptos de la Negligencia y Riesgo. Perspectivas. Tomo 4. Diario la Ley. España. 1993. p. 979.

<sup>30</sup> Ramón Folch i. Guillén. Sobre Ecologismo y Ecología Aplicada. Ketres Editorial. Barcelona-España. 1977.

<sup>31</sup> Dirección General del Medio Ambiente y del Desarrollo. Nuestro Futuro Común. Mopu. Editorial Alianza. Madrid-España, 1988.

<sup>32</sup>. Ibídem

creación de un programa mundial de evaluación de riesgos para complementar el accionar de la administración, con el fin de “... *determinar las amenazas críticas a la supervivencia, la seguridad o el bienestar de toda la población o de su mayor parte en el mundo o en una región;*

(...)

*evaluar las causas y las consecuencias humanas, económicas y ecológicas probables de esas amenazas e informar regular y públicamente sobre sus conclusiones;*

(...)

*proporcionar asesoramiento y propuestas autorizados sobre lo que se debería hacer para evitar y reducir esas amenazas o, de ser posible, adaptarse a ellas...<sup>33</sup>”.*

Por lo anterior, un sistema global de evaluación de riesgos que complemente las acciones de la administración permitiría transformar completamente a nuestro ordenamiento jurídico, dado que este último no ha sabido establecer en debida forma mecanismos de prevención de daños en el medio ambiente, es decir, que las normas del derecho administrativo se han dirigido principalmente a la restauración de los daños que se causan al ecosistema, obviamente después de que estos ya han acaecido, sin acoger criterios “*ex ante*” o de prevención<sup>34</sup>.

De esta manera, resulta siendo una necesidad la creación de un sistema de derecho ambiental global y unitario, para lograr esta meta deben implementarse una serie de principios que complementen esta área del derecho, tales como el de precaución, el de cooperación y quien contamina paga, etc., para a su vez estos últimos muestren una luz en el camino delimitando los ámbitos de responsabilidad de la sociedad y de los poderes públicos<sup>35</sup>.

## **1.2. LOS RIESGOS EN MATERIA AMBIENTAL**

### **1.2.1. Principales riesgos en materia ambiental.**

Riesgo es la anticipación de la catástrofe, por lo tanto, es posible el señalamiento de la posibilidad futura de una serie de acontecimientos respecto a determinada situación que hasta el momento no existe. Así, los riesgos se configuran como un acontecimiento de realización futura, el cual tiene la condición de amenazar y representarse en nuestras expectativas. Así, los principales riesgos existentes en nuestra sociedad se redefinen como

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*

<sup>34</sup> *Ibíd.*

<sup>35</sup> Eberhard Schmidt-Assmann. *Construcción Sistemática*. Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid-Barcelona-España. 2003. pp.132-133.

prácticamente incalculables e inciertos modificando también los parámetros jurídicos de regulación normativa<sup>36</sup>.

Así las cosas, la lógica que envuelve este concepto de riesgo hace alusión a que el legislador propende por la prohibición de ciertas conductas, muchas de ellas inofensivas pero que asociadas con un determinado bien jurídico podría decirse que se encaminan precisamente hacia la lesión de este último, por ello el riesgo se constituye como un “aporte” hacia el camino de la consecución del daño<sup>37</sup>. De esta manera, y con el fin de determinar las conductas y hechos más relevantes en el panorama mundial, los cuales cuentan con una propensión a la causación de daños, a continuación se analizarán algunos de los riesgos más representativos de nuestra sociedad:

1. Los riesgos provocados por virus informáticos: por ejemplo en el año 2004 se propagó en millones de ordenadores de todo el mundo un virus llamado “*virus del amor*”, extendiéndose a lo largo de todas las latitudes del mundo. Esta clase de virus electrónico ha demostrado claramente la magnitud de la interconexión en todo el mundo y la naturaleza desconocida de muchos riesgos creados por el proceso de globalización<sup>38</sup>.
2. Los riesgos sanitarios: en los últimos años, los peligros dirigidos hacia la salud de los seres humanos han llamado la atención de la sociedad, por ejemplo frente a los riesgos que se anteponen a la exposición de la piel a los rayos ultravioleta del sol se ha demostrado que produce cáncer de piel, esto se debe al deterioro de la capa de ozono, por motivo de la gran cantidad de emisiones químicas que se producen por las actividades industriales. También existen riesgos de carácter sanitario en la agricultura, donde se utilizan pesticidas, herbicidas y otros productos químicos los cuales terminan siendo absorbidos por los seres humanos, comprobándose así el peligro en la seguridad de los alimentos y que consecuentemente también podrían producir enfermedades en sus consumidores produciendo de esta manera un proceso de macrovictimización<sup>39</sup>.
3. La llamada “enfermedad de las vacas locas” ha producido miles de muertes en los seres humanos por causa del consumo de esta carne de res infectada, y aunque se han realizado muchas investigaciones científicas al respecto, con el fin de determinar los

---

<sup>36</sup> *Ibidem*. p. 187-188

<sup>37</sup> Ana Isabel Gómez Córdoba, Juan Pablo Galeano Rey, Carlos Guillermo Castro Cuenca, Julio César Montañez Ruiz, Fernando Suárez Obando, Lina María Salgar Espinosa, Germán Alonso Vélez Ortiz, Elizabeth López González, Carolina Franco Sánchez, Paola Liliana Páez Rojas. *Genética, riesgo y derecho penal: una aproximación interdisciplinaria*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2010. p. 191

<sup>38</sup> Anthony Giddens. *Sociología*. Cuarta edición. Alianza Editorial. Primera reimpresión. Madrid-España. 2004. p. 104.

<sup>39</sup> *Ibidem*. p. 106.

riesgos de este mal en los seres humanos, sus resultados continúan siendo inconclusos. Esta situación se constituye como un ejemplo de los riesgos que podemos enfrentar hoy en día y la complejidad de evaluación de estos últimos.

4. La congestión y el excesivo desarrollo de algunos centros urbanos han ocasionado graves problemas medioambientales. Por ejemplo, la ciudad de México D.F.<sup>40</sup>, produce contaminación a nivel macro principalmente por causa de los automóviles, autobuses y camiones que taponan las vías de la ciudad y producen una cantidad excesivamente alta de dióxido de carbono, elemento principal del fenómeno del calentamiento global. Este es el ejemplo de muchas áreas de expansión urbana consideradas superpobladas y con escasos recursos, extendiendo aún más las zonas de pobreza y contaminación<sup>41</sup>.
5. El impacto humano en el mundo natural: hoy en día, la agresión de los seres humanos dentro del entorno medioambiental es particularmente intensa, ya casi no quedan tierras vírgenes y la industria cada vez demanda más materia prima, promoviendo el progreso de la tecnología hasta un punto absolutamente impredecible<sup>42</sup>. Según el informe “*los límites del crecimiento*” editado por el famoso “*club de roma*”<sup>43</sup>, se plasmaron las repercusiones medioambientales que tendría el actual modelo industrial, así, los índices de crecimiento industrial no figuran como compatibles con la estructura limitada de los recursos naturales y con la capacidad del planeta para soportar el crecimiento demográfico actual<sup>44</sup>. Este informe sirvió de base fundamental para que la sociedad empiece a concientizarse respecto a las consecuencias que tendrá el modelo de desarrollo industrial y tecnológico actual.

De igual manera, desde la presentación de este informe se empezó a pensar en modelos económicos y ambientales mucho más sostenibles, ello con el fin de que los recursos físicos en vez de agotarse se puedan reciclar<sup>45</sup>.

6. Contaminación atmosférica: esta es causada por las emisiones de tóxicos hacia la atmósfera. Se pueden distinguir dos tipos de contaminación atmosférica: la externa que es causada por los contaminantes de naturaleza industrial y emisión de gases por parte de los automóviles, y por el otro lado está la contaminación doméstica o interna, producida por la combustión que tienen los carburantes fósiles dentro de los hogares<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> *Ibíd.* p. 741.

<sup>41</sup> *Ibíd.* p. 742.

<sup>42</sup> *Ibíd.* p. 765.

<sup>43</sup> Este club era un grupo de industriales, asesores de industriales y funcionarios que se constituyeron dentro de la capital italiana.

<sup>44</sup> Anthony Giddens. *Sociología*. Cuarta edición. Alianza Editorial. Primera reimpresión. Madrid-España. 2004. p. 766.

<sup>45</sup> *Ibíd.* 767.

<sup>46</sup> *Ibíd.* p. 770.

Esta contaminación de la atmósfera se ha relacionado con diversos problemas en la salud de los individuos, tales como dificultades respiratorias, cáncer, etc., aunque este problema no sólo afecta a los seres humanos, sino también a animales y a otros elementos dentro del medio ambiente<sup>47</sup>.

7. Contaminación del agua: este tipo de contaminación tiene que ver más con el suministro en los recursos hídricos de sustancias químicas y minerales de carácter tóxico. El alto índice de concentración bacteriana por la falta de un tratamiento correcto del agua ha creado serias enfermedades causando miles de muertes al año<sup>48</sup>.
8. Degradación del suelo y desertización: según la información recopilada por el documento “*Informe sobre el desarrollo humano de la ONU*” (UNDP, 1998), un tercio de la población del planeta vive directamente de la tierra, es decir de los alimentos que se puedan encontrar dentro de esta, pero el suelo resulta siendo especialmente vulnerable a los cambios que lo afectan. Por culpa del crecimiento demográfico, millones de personas están sufriendo la degradación del suelo, en estos lugares la productividad agrícola disminuye notablemente y se dispone menos tierra cultivable por persona<sup>49</sup>.
9. Desigualdad y divisiones globales: la mayoría de la riqueza en nuestro planeta se centra principalmente en los Estados industrializados. El famoso documento “*informe sobre el desarrollo humano*” de la ONU puso de manifiesto la situación en la que viven los extremos sociales de los países, mostrando que únicamente el 20% de la población mundial es responsable del 90% del consumo total del planeta, revelando además que el desarrollo económico y productivo no se encuentra al mismo nivel que el crecimiento demográfico. Existe el peligro de que los países que necesitan mucho más que un crecimiento económico, quedándose más rezagados que los otros por causa del proceso globalizador<sup>50</sup>.
10. Alimentos modificados genéticamente: con el aumento de la población mundial se ha temido la escasez de los alimentos, y las técnicas actuales de cultivo no pueden significar un avance en la lucha contra las hambrunas mundiales. Muchos creen que la clave para evitar una crisis alimentaria se encuentra en los avances científicos y tecnológicos de modificación genética en los alimentos, donde los elementos

---

<sup>47</sup> *Ibíd.* p. 771.

<sup>48</sup> *Ibíd.* p. 772.

<sup>49</sup> *Ibíd.* p. 775.

<sup>50</sup> *Ibíd.* p. 109.

modificados genéticamente contienen un trasplante de genes entre organismos diferentes.

La polémica que se dicta frente a estos alimentos se evidenció hace algunos años por parte de algunas empresas químicas y agrícolas<sup>51</sup>. El problema de estos productos radica en su creación por medio de tecnologías lo suficientemente nuevas como para entender a ciencia cierta sus consecuencias tanto a corto como a largo plazo, de tal manera que nadie puede afirmar con total seguridad que los cultivos modificados genéticamente estén exentos de riesgo alguno, máxime si hablamos de un código genético que se establece como un elemento sumamente complejo, y el hecho de añadir nuevos eslabones dentro de la cadena genética podría significar la producción de enfermedades imprevisibles hasta hoy en día. Por ejemplo, en el año 2000 el gobierno británico admitió que miles de hectáreas de “colza” tradicional cultivada por sus agricultores habían resultado contaminadas por productos modificados genéticamente.

Así, aunque la producción de elementos genéticamente modificados pueda proporcionar enormes beneficios, también resulta siendo un hecho evidente que las consecuencias de su utilización aun siguen siendo una incertidumbre difícil de controlar, máxime si estos organismos una vez liberados en el medio ambiente, podrían desatar consecuencias completamente impredecibles. Es este el momento donde deben seguirse pautas referentes al principio de precaución, donde se propone que ante las dudas respecto a posibles riesgos, resulta siendo mejor mantener las prácticas existentes que cambiarlas<sup>52</sup>.

Así, las consecuencias que pueden traer la industria, la tecnología y la ciencia no serán beneficiosas en todos los casos, la idea de lograr un desarrollo sostenible en el campo medioambiental se puede enfocar como una herramienta para contrarrestar estos fenómenos, de manera que este concepto pueda también ligarse con criterios de eficacia y modernización ecológica:

*“la eficiencia ecológica tiene que ver con el desarrollo de tecnologías que resulten efectivas para favorecer el crecimiento económico, pero con un coste mínimo para el medio ambiente”<sup>53</sup>.*

11. Grandes catástrofes: el accidente en Chernobyl, es el caso más significativo respecto a la interacción y solidaridad de las diferentes naciones para intentar reparar de alguna

---

<sup>51</sup> Ibídem. pp. 785 - 789

<sup>52</sup> Ibídem. p. 792.

<sup>53</sup> Ibídem. p. 793.

manera los daños causados. En este sentido se vio como algo latente la gran injerencia ecológica que tienen las acciones de la humanidad<sup>54</sup>: el 26 de Abril de 1986 siendo la 1:30 de la mañana, el reactor número 4º de la central nuclear de Chernobyl en Ucrania explotó por causa de la realización de procedimientos mal conducidos, lanzando al aire toda la onda explosiva y una inmensa columna de vapor y de humo que se elevó en el cielo por cientos de kilómetros a la redonda. La catástrofe fue sin precedentes, sobre todo por los perjuicios causados y principalmente por el material radioactivo expulsado en la atmosfera, evacuándose además más de 130.000 personas. Hubo intervención externa en solidaridad con la catástrofe, tanto de las autoridades soviéticas, como del gobierno francés, con el fin de evaluar los daños y prestar la ayuda necesaria<sup>55</sup>.

En el año de 1992, en la reunión del G7 en Múnich (Alemania) se decidió lanzar un programa de estudios de riesgos que puedan ocasionar por causa de las centrales nucleares soviéticas (RBMK y VVER) las cuales se encontraban en servicio. El objetivo entonces se centró principalmente en establecer un plan internacional para hacerle frente al problema de la prevención de estos accidentes, además de la necesidad de que cada Estado preste de manera solidaria asistencia internacional para con los países víctimas de tales accidentes<sup>56</sup>.

La Carta de las Naciones Unidas con el objeto de mantener la paz y la seguridad internacional, se centra en la posibilidad de hacerle frente a los fenómenos y a las repercusiones ecológicas que nacen del peligro grave y de la seguridad de las personas y de sus bienes, como por ejemplo en el caso del accidente nuclear en Chernobyl<sup>57</sup>. Las instancias que se hacen relevantes para poder intervenir por parte de las Naciones Unidas cuando se hace evidente el mal uso de las centrales nucleares como en el caso soviético, creándose un riesgo “*previsible*”.

Llegar a la previsibilidad de riesgos como el de Chernobyl puede lograrse por medio de la aplicación del principio de precaución. Respecto a los riesgos que deben ser sometidos a este principio serán de características eminentemente “*graves e irreversibles*”, de tal manera que si se llega a presentar esta situación, la aplicación del derecho a la legítima defensa no podrá ejercerse dadas las evidencias de catástrofe de tipo medioambiental<sup>58</sup>. La Carta de las Naciones Unidas, hace una mención explícita a

---

<sup>54</sup> Michel Prieur et Claude Lambrechts. Les Hommes et L'Environnement Mankind and the Environment. En Hommage á Alexandre Kiss. Editions Frison-Roche. Ouvrage Puclié avec le Concours de L'Université Robert Schuman de Strasbourg. Paris-France. 1998. p. 233.

<sup>55</sup> *Ibidem*. p. 234.

<sup>56</sup> *Ibidem*. p. 237.

<sup>57</sup> *Ibidem*. p. 238.

<sup>58</sup> *Ibidem*. p. 239.

la protección del medio ambiente, las acciones a proteger deben constituirse como actividades que entrañen un riesgo grave, capaces de destruir el equilibrio ecológico y así mismo la vida en el planeta. Esta acción por parte de las Naciones Unidas cuenta con una base jurídica con el objetivo mismo de mantener la “*seguridad internacional*”.

La acción universal se hace más necesaria día a día, además de la necesidad de que un órgano de carácter internacional como las Naciones Unidas pueda tomar la iniciativa para controlar y adoptar medidas jurídicas para obligar a los países, creando nuevas obligaciones y limitaciones a la soberanía de los Estados si es que estos desean que se protejan valores internacionalmente reconocidos como el del medio ambiente<sup>59</sup>.

12. Efecto invernadero: un fenómeno que produce serios problemas si se asimila junto con el anterior, es el denominado “*efecto invernadero*”. Al vaticinar el inminente aumento del clima en el planeta por conducto de la creciente emisión de gases contaminantes producida por la combustión de fósiles. Los científicos del mundo aun no han comprobado con grado de certeza absoluta que el calentamiento global no sea el resultado de una fluctuación natural del clima, pero a falta de pruebas que resulten concluyentes<sup>60</sup> dadas las variaciones naturales del clima, careciendo así de datos que resulten absolutamente seguros y confiables respecto a la causa del cambio de las temperaturas como para poder concluir en forma definitiva, se debe analizar el problema en virtud de la aplicación del principio de precaución: esta falta de certeza científica no puede configurarse como una razón fundamental como para postergar la adopción de medidas eficaces pensando en los costos que pueden prevenirse en razón de impedir la degradación del ecosistema<sup>61</sup>.

En forma concreta, el fenómeno del efecto invernadero es producido por la acumulación a nivel macro de gases en la atmósfera que producen esta situación como el dióxido de carbono. El riesgo por culpa del calentamiento global se está sufriendo en todas partes y las posibles consecuencias pueden resultar siendo devastadoras para la humanidad entera: derretimiento de los polos por el aumento del nivel de la temperatura y a su vez de los mares, donde a su vez estos últimos inundarán las masas de tierra más bajas, alterando irremediabilmente el funcionamiento del clima dentro de nuestro planeta:

---

<sup>59</sup> *Ibidem*. p. 306.

<sup>60</sup> La Atmósfera, la Tierra, los océanos, la criosfera, es decir las regiones que pertenecen a la superficie terrestre y están cubiertas de hielo, y la biosfera forman todas las estructuras del sistema climático. Ver Rozanski, K. Fowler, S.W. Scott, “*Estudios oceánicos mundiales, el efecto invernadero y el cambio climático: investigación de sus interrelaciones*”, United Nations Environment Programme – UNEP. 1989. The State of the World Environment, Nairobi, 1989, p. 23 y Organismo Internacional de Energía Atómica – OIEA. Boletín, vol. 35, No. 2, Viena-Austria. 1993, pp. 25-32.

<sup>61</sup> Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, Principio 15.

*“La atmósfera filtra la energía solar que calienta la superficie terrestre. Aunque la Tierra absorbe gran parte de la radiación del sol, parte de ella se refleja hacia el exterior. Hay ciertos gases que funcionan como una barrera que impide la salida de esta energía, atrapando el calor dentro de la atmósfera terrestre, de forma muy similar a como lo hacen los paneles de cristal de un invernadero... Sin embargo, cuando aumenta la concentración de este tipo de gases, se acentúa el efecto invernadero y se generan temperaturas mucho más cálidas...”<sup>62</sup>.*

De esta manera, se demuestra que lastimosamente conocer el origen de los riesgos en el medio ambiente es un punto difuso. Así no es posible tomar medidas efectivas para enfrentar estos riesgos, puesto que entender con certeza absoluta sus causas y consecuencias es aún desconocido e indeterminado.

En este punto es del caso anotar lo señalado en la II conferencia mundial sobre el clima, celebrada en Ginebra en noviembre de 1990, la cual basó su discusión en el informe preparado por el IPCC, el cual establecía la relación causal existente entre el CO<sub>2</sub> y el calentamiento global de la tierra. En este informe se formuló como solución real al problema consistente en la necesidad de reducir de forma inmediata las emisiones de los países de dióxido de carbono y de otros gases que están creando el llamado efecto invernadero. A su vez, la discusión y el acuerdo final de esta conferencia mundial arrojaron los siguientes resultados<sup>63</sup>:

- Un grado más alto de responsabilidad frente al problema del efecto invernadero por parte de los países industrializados.
- Para mitigar este problema, también es necesaria la transferencia de recursos tanto financieros como tecnológicos a los países que se encuentran en vías de desarrollo.
- Se debe dar aplicación prioritaria al principio de precaución para evitar así daños irreversibles en el medio ambiente y.
- Se estableció la importancia que tienen los bosques para evitar en la medida de lo posible el cambio climático. Las emisiones que se expulsan de los gases concentrados en la atmósfera y que producen el llamado efecto invernadero tales como el dióxido de carbono, metano, y el óxido nitroso. Los científicos han

---

<sup>62</sup> *Ibidem.* p. 779.

<sup>63</sup> José Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Segunda Edición, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid – España. 1999. p. 289.

expuesto que este problema ha dado como resultado el calentamiento progresivo de la tierra, esto significa que los riesgos comienzan a potencializarse, como por ejemplo elevando los niveles del nivel del mar, cambios climáticos bruscos e inusuales, espacios de sequías prolongadas llegando hasta el límite de la desertización<sup>64</sup>.

13. Globalización como causante de daños ambientales: dentro de un contexto de globalización, existe una necesidad particular de apreciar el rol central que el constitucionalismo administrativo juega en la apreciación del riesgo, esto traerá consigo el juego de las diferentes culturas legales las cuales están creando nuevos debates y resultados frente a las decisiones de la administración respecto a la regulación del constitucionalismo administrativo, la tendencia se ha caracterizado por privilegiar al tratamiento del riesgo en términos de ciencia/democracia pero a su vez interactuando con las ideas propuestas por las diferentes culturas legales del constitucionalismo administrativo<sup>65</sup>.

14. Otros problemas ambientales: la evolución, muchas veces equivocada, en ciertos aspectos de la sociedad, ha dado como resultado diferentes vías de elección de procedimientos que permiten aprovechar la oferta ambiental pero incompatibles con el verdadero sistema, en este sentido se ha visto cómo la sociedad de hoy en día prefiere avanzar en el desarrollo científico y tecnológico de armas nucleares, uso de agentes contaminantes como el CO<sub>2</sub> o pesticidas que llevar sus adelantos al uso de energía solar o la agricultura orgánica, elementos indispensables para amoldarse a la viabilidad ambiental que necesitamos, se ha usado el desarrollo instrumental que ha creado el ser humano para llevar a elecciones ecológicamente no compatibles.

En este sentido, vemos que la sociedad se está desarrollado a costa de desastres y pérdidas ecológicas produciendo alteraciones severas en su estructura, construyendo una falacia al hablar de desarrollo cuando se produce por ejemplo la lluvia acida, la contaminación del aire, de las aguas y mares, la deforestación a niveles macro, etc.,<sup>66</sup>. La sociedad de consumo ha contribuido en forma enorme a degradar los recursos que ofrece el planeta, provocando graves problemas de contaminación.

---

<sup>64</sup> José Antonio Moreno Molina. La protección Ambiental de los Bosques. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid-España. 1998. p. 47.

<sup>65</sup> Elizabeth Fisher. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. North América. Hart América. Hart Publishing. United States. 2007. p. 4

<sup>66</sup> José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, Una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. El Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. Agosto de 1994. p. 63.

### 1.2.2. La crisis ambiental en Colombia.

En Colombia, la crisis ambiental ha sido fruto de la incapacidad e ineficiencia del Estado para la formulación de normas eficaces de carácter preventivo y así controlar los efectos negativos que resulten de procesos como la industrialización y la colonización<sup>67</sup>. En primer término, el mal uso de los suelos y la contaminación que producen los residuos industriales y domésticos ha empezado a deteriorar el ecosistema colombiano, existen también otras industrias ilícitas como las que producen estupefacientes, las cuales generan residuos altamente tóxicos tales como el éter etílico, acetona y el ácido clorhídrico<sup>68</sup>. Y para empeorar aun más el panorama, a causa de la colonización acelerada que se ha venido presentando en nuestro país se talan miles de hectáreas de bosques al año, sumándose un problema agrario respecto a la gran concentración existente de latifundios<sup>69</sup>.

Así puede agregársele a esta deficiencia normativa la inoperatividad de la gestión institucional, en gran parte por la dispersión de la responsabilidad respecto a la gestión de las funciones de vigilancia y control, produciendo contradicciones que vuelven improcedentes los esfuerzos por proteger al medio ambiente.

Pero frente a este panorama de crisis ecológica nacional, no sobran los esfuerzos para tomar conciencia de la situación y proteger así los recursos que nos quedan. La Constitución Política Colombiana se presenta como pionera en materia de tratamiento jurídico ambiental, llamándola según los doctrinantes como la “*Constitución ecológica*”<sup>70</sup>, así podemos ver los diferentes desarrollos de esta temática dentro del articulado constitucional:

“*artículos 7 (plurietnias y pluriculturas), 8 (riquezas naturales de la nación), 11 (vida), 49 (salud), 58 (propiedad), 63 (bien de uso público), 65 (alimentos), 66 (crédito agrícola), 67 (educación para la protección del ambiente), 72 (patrimonio de la Nación), 79 (ambiente sano), 80 (planificación en el uso de los recursos naturales), 81 (elementos contaminantes), 82 (espacio público), 86, 87 y 88 (mecanismos de protección de los derechos), 90 (responsabilidad civil), 95.8 (deber de protección del ambiente), 215 (emergencia ecológica), 226 (internacionalización), 150, 189, 246, 268.7, 277.4, 282.5 (aspectos institucionales de las ramas y órganos del poder), 289, 300.2, 320, 310, 313.9, 317, 330.5 y 331 (competencias territoriales), 333 (función social de la empresa), 334 (intervencionismo*

---

<sup>67</sup> Julio Cesar Rodas Monsalve. Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano. Segunda reimpresión, Tercer mundo editores en coedición con ediciones Uniandes. Bogotá-Colombia. 1997. p 11.

<sup>68</sup> Revista *Semana*, noviembre 10 de 1992, p. 39.

<sup>69</sup> Revista *Ecológica*, noviembre 10 de 1992, p. 66.

<sup>70</sup> Sentencia de la Corte Constitucional, T-411 de 1992. M.P, Alejandro Martínez Caballero.

*estatal), 339 y 340 (planeación), 360 (explotación de los recursos naturales no renovables), 361 (regalías) y 366 (calidad de vida como fin del Estado)”<sup>71</sup>.*

Gracias a lo dispuesto por la ley 23 de 1973, se establecieron los parámetros jurídicos que fundamentan hoy en día al derecho constitucional, por medio del establecimiento de principios que hacen las veces de directrices dentro del Estado, veamos<sup>72</sup>:

- A. El medio ambiente, el cual se encuentra conformado por los recursos naturales y demás elementos ambientales, configurándose este como un patrimonio de la Nación.
- B. El derecho que posee toda persona a disfrutar de un medio ambiente sano.
- C. El deber del Estado y de los particulares a preservar al medio ambiente.
- D. El medio ambiente también se lo considera como patrimonio común de la humanidad, siendo este absolutamente necesario para el desarrollo de la sociedad.
- E. Otra de las funciones del gobierno se relaciona con la inspección de los procesos industriales, comerciales, agropecuarios y mineros con el fin de proteger al medio ambiente de toda clase de contaminación relacionada con estos procesos
- F. Como fuente de responsabilidad civil del Estado colombiano, encontramos los daños que este último causa a los recursos naturales de propiedad privada. A su vez, los particulares también poseen responsabilidad civil por causa del daño o uso inadecuado de los recursos naturales que sean de propiedad del Estado colombiano
- G. La normatividad ambiental rige en todo el territorio colombiano y donde el país ejerza jurisdicción conforme a las normas establecidas en el derecho internacional
- H. Existe una prohibición normativa de realización de daños transfronterizos entre el Estado colombiano y demás países vecinos.
- I. A su vez, el gobierno nacional conserva facultades normativas con el fin de imponer tasas retributivas por los servicios ambientales prestados.

---

<sup>71</sup>Julio Cesar Rodas Monsalve. Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano. Segunda reimpresión, Tercer mundo editores en coedición con ediciones Uniandes. Bogotá-Colombia. 1997. p. 36

<sup>72</sup>Pedro Pablo Morcillo. La Legislación Ambiental de Colombia. Operancia y Aplicabilidad. Centro Editorial Universidad del Valle. Primera Edición. Cali-Colombia. 1994. p. 29.

### 1.3. REGULACIÓN NORMATIVA COLOMBIANA DE RIESGOS Y SEGURIDAD GENÉTICA

En los últimos años, se han venido diseñando diferentes técnicas con el fin de introducir o eliminar genes específicos dentro de la estructura genética de un determinado organismo, ello con el fin de producir seres vivos con nuevas y mejores características genéticas. Como consecuencia de esta modificación, los organismos genéticamente modificados (OGM) comienzan a poseer características nuevas dentro de su estructura genética, las cuales son transmitidas por herencia a sus generaciones posteriores<sup>73</sup>.

Hoy en día, por ejemplo, se está gestando un fenómeno socio-cultural llamado “*nueva revolución verde*”, con fundamento en el cual se producen plantas de naturaleza transgénica para obtener así especies mucho más resistentes a las sequías, plagas, herbicidas o simplemente para mejorar ostensiblemente la productividad de estas y de sus características agronómicas con el fin de lograr adaptarse mejor a las exigencias de la agricultura y del mercado.

A su vez, según el profesor Juan Pablo Galeano Rey<sup>74</sup>, el efecto ambiental que pueden poseer este tipo de procedimientos de creación de organismos genéticamente modificados – OGM, resulta siendo altamente perjudicial si no se logra el control total de sus consecuencias; entre ellas encontramos por ejemplo la dispersión sin control alguno de la descendencia de estas plantaciones transgénicas, interfiriendo así con el desarrollo de las plantas silvestres y propiciando además su mutación, y además de ello, al transferir el elemento transgénico a otras variedades no transgénicas, se induce a la resistencia hacia los productos transgénicos de agentes patógenos tales como las plagas.

También se evidencia la producción de contaminación genética por causa de su traslado, cruces, germinaciones u otro, con otras plantas silvestres, la pérdida de bioseguridad dentro de los hábitats salvajes, los impactos negativos en especies silvestres o en otros organismos vivos, los efectos negativos sobre el suelo, su verdadera finalidad la cual muchas veces no se basa en el desarrollo sostenible, entre otras<sup>75</sup>. Para explicar mejor esta premisa, en entrevista realizada el día 29 de Noviembre de 2010, la Doctora BEATRÍZ LONDOÑO,

---

<sup>73</sup> Juan Pablo Galeano Rey, Organismos Genéticamente Modificados (O.G.M). Ver <http://groups.google.com.co/group/alimentos-transgenicos/-web/victimologia-universidad-del-rosario?hl=es> Página consultada el día 1 de agosto de 2010

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

Directora del grupo de investigación en derechos humanos de la Universidad del Rosario, expone las falencias de las estrategias jurídicas de seguridad genética que maneja Colombia, veamos:

*“...la seguridad genética es bastante desconocida, en segundo lugar, esa falta de información sobre el tema de seguridad genética hace que la gente no participe en el tema, salvo algunas ONG’s que han hecho algunos esfuerzos en temas de biodiversidad, y de semillas. Por eso, esta es una intervención tan cualificada que exige tener unos conocimientos muy profundos de los temas de la intervención. Entonces uno habla de participación ciudadana como un género pero la participación cualificada, pienso que a futuro tendrá que ser con el apoyo de ONG’s que tengan capacidad en el tema, que tengan expertos y la academia...”*

Para explicar lo anterior, podemos ver como un primer ejemplo, que en nuestro país sólo existen algunas autorizaciones para la siembra de cultivos transgénicos con fines comerciales, tales como las autorizaciones para el cultivo y comercialización de flores de clavel azul, de algodón Bt y de RR, de caña de azúcar resistente al virus del síndrome de la hoja amarilla, de maíz transgénico, etc., en muchas de ellas no se hizo cuestionamientos relacionados con los procedimientos de evaluación de riesgos propios de nuestro sistema ambiental y estos apenas se limitaron a extrapolar evaluaciones realizadas en otros países como en el caso de la autorización para liberar y comercializar el clavel azul transgénico dentro del territorio colombiano<sup>76</sup>, en donde la autoridad administrativa competente sólo se limitó a “*extrapolar*” evaluaciones realizadas en otros países sin tener en cuenta que este tipo de procedimientos deben realizarse por medio de una metodología “*caso por caso*”<sup>77</sup>.

También para el caso de la liberación del algodón Bt, donde por medio de Acta 013 de 2002, el CTN del Instituto Colombiano Agropecuario - ICA aprobó su liberación sin tener en cuenta algunos exámenes técnicos necesarios para determinar con certeza que la introducción al país de este algodón no producirá riesgos al medio ambiente y la salud humana<sup>78</sup>

Un segundo ejemplo de la crisis en la bioseguridad de nuestros alimentos y del medio ambiente por causa de la utilización de productos transgénicos nace del cultivo del maíz

---

<sup>76</sup> La siembra de clavel azul transgénico en Colombia fue autorizada por el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA en mayo de 2000.

<sup>77</sup> Juan Pablo Galeano Rey, Organismos Genéticamente Modificados (O.G.M). Ver <http://groups.google.com.co/group/alimentos-transgenicos-/web/victimologia-universidad-del-rosario?hl=es> Página consultada el día 1 de agosto de 2010

<sup>78</sup> *Ibidem*.

genéticamente modificado. En Colombia por ejemplo, el cultivo del maíz ha sido uno de los productos básicos para cultivo y consumo por parte de la comunidad desde mucho antes de la colonización, representando de esta manera una alta variedad de clases dentro del territorio nacional, donde según estudios sobre el tema<sup>79</sup>, sólo en nuestro país existen 23 razas de maíz<sup>80</sup>.

Además de ello, en la región del Caribe se concentra la mayor producción de este producto, creándose grandes extensiones de monocultivos de plantaciones híbridas “*mejoradas*”.

La región andina también se constituye en una fuente inmensa de producción de maíz, aunque vale la pena decir que la mayor parte de dicha producción se encuentra en cabeza de pequeños productores y con condiciones realmente limitadas. De esta manera puede evidenciarse que la producción de este producto se ha convertido en la base de la soberanía alimentaria de las poblaciones de nuestro país<sup>81</sup>. Por esta razón, en la producción nacional de maíz, los pequeños agricultores aportan un volumen del 55% de la producción nacional<sup>82</sup>, en otras palabras la mayoría de la producción aportada por pequeños agricultores es la que en realidad se utiliza para alimentar a la mayoría de la población colombiana. Por ende la soberanía alimentaria del país depende exclusivamente de la sobrevivencia de estos pequeños productores<sup>83</sup>.

Además de ello, la desproporcionada importación de monocultivos hacia el país también afecta enormemente la crisis ambiental y económica colombiana, por ejemplo con los programas de apertura económica se ha favorecido la entrada masiva de maíz proveniente de Estados Unidos el cual al ser subsidiado por el gobierno americano resulta siendo mucho más económico que el nacional<sup>84</sup>.

El problema de este tipo de importaciones parte de la omisión por parte de estos Estados de realizar procedimientos de separado o etiquetado, y adicionalmente a esto, tenemos que en Colombia no existe una ley que promueva la aplicación de estructuras básicas de bioseguridad con el fin de ejercer control y evaluación de dichas importaciones a los

---

<sup>79</sup> L. Quintero. La producción y comercialización de granos y algodón en Colombia, Bolsa Nacional Agropecuaria, Le Print Club Express, Bogotá-Colombia, 1999, p. 2.

<sup>80</sup> Ana Isabel Gómez Córdoba, Juan Pablo Galeano Rey, Carlos Guillermo Castro Cuenca, Julio César Montañez Ruiz, Fernando Suárez Obando, Lina María Salgar Espinosa, Germán Alonso Vélez Ortiz, Elizabeth López González, Carolina Franco Sánchez, Paola Liliana Páez Rojas. Genética, riesgo y derecho penal: una aproximación interdisciplinaria. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2010. p. 115.

<sup>81</sup> *Ibíd.* p. 117

<sup>82</sup> Revista Semillas. Ver <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=e1b1--&x=46044> Página consultada el 10 de septiembre de 2010.

<sup>83</sup> Ana Isabel Gómez Córdoba, Juan Pablo Galeano Rey, Carlos Guillermo Castro Cuenca, Julio César Montañez Ruiz, Fernando Suárez Obando, Lina María Salgar Espinosa, Germán Alonso Vélez Ortiz, Elizabeth López González, Carolina Franco Sánchez, Paola Liliana Páez Rojas. Genética, riesgo y derecho penal: una aproximación interdisciplinaria. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2010. p. 118

<sup>84</sup> *Ibíd.* p. 120

alimentos transgénicos<sup>85</sup>, previniendo así el riesgo de hibridación y contaminación genética entre los productos transgénicos con las especies silvestres. El ICA por ejemplo, en resoluciones 464 y 465 de 2007, autorizó las siembras de tres variedades de maíz transgénico. Dicha decisión se tomó sin haberse realizado todos los estudios que logren demostrar la seguridad y conveniencia de estas tecnologías para el país y para los agricultores, haciendo caso omiso del rechazo social que existe particularmente por parte de las comunidades indígenas, campesinas y demás organizaciones ambientalistas<sup>86</sup>.

Además de ello, frente a las solicitudes presentadas al Comité Técnico Nacional de Bioseguridad (CTNBio) del Ministerio de Agricultura respecto a la introducción de maíz transgénico al territorio nacional, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expidió un concepto técnico en donde sugiere que no resulta conducente la aprobación de liberación de dichas siembras, toda vez que los estudios y evaluaciones realizados sobre los productos aún continúan siendo insuficientes, máxime si muchos de los estudios necesarios aún no se habían realizado<sup>87</sup>.

Así las cosas, con base en la limitada información que se encuentra disponible respecto a los estudios en el país para la introducción de maíz transgénico, es necesario concluir que tanto los procedimientos técnicos como la transparencia en el manejo de la información por parte del Instituto Colombiano Agropecuario es abiertamente cuestionable, excluyéndose además la participación de los diferentes sectores involucrados y de la misma sociedad.

La mayor preocupación que surge por causa de la utilización de alimentos transgénicos surge de los efectos incalculables de este último sobre la salud humana, máxime si productos como el maíz es una de las fuentes principales de nuestra alimentación. Así, el proceso de construcción del maíz transgénico parte de la utilización de genes promotores y vectores los cuales provienen de una serie de segmentos de virus y bacterias específicos, y donde no se han realizado los suficientes estudios de inocuidad respecto a estos últimos<sup>88</sup>. El maíz transgénico que se produce o importa hacia Colombia parte de estudios y evaluaciones realizadas en otros países principalmente del Norte, así, la introducción de estos productos en nuestro país implica que los impactos serán diferentes, dadas las condiciones territoriales colombianas<sup>89</sup>.

Particularmente hablando sobre la aprobación de cultivos de maíz transgénico en Colombia, se denota cómo en los años de 2003 al 2004, las empresas Monsanto y Dupont presentaron

---

<sup>85</sup> *Ibidem.* p. 126

<sup>86</sup> *Ibidem.* p. 132-134.

<sup>87</sup> *Ibidem.* p. 139.

<sup>88</sup> *Ibidem.* p. 160.

<sup>89</sup> *Ibidem.* p. 164.

ante el CTN del ICA solicitudes con el fin de liberar comercialmente el maíz Bt “*YieldGard*” de Monsanto, el maíz “*Roundup Ready*” también de la empresa Monsanto, y el maíz “*Herculex I*” Bt tolerante al herbicida glufosinato de amonio de la empresa Dupont.

Ya para el año de 2005 dichas solicitudes pasaron a análisis del CTN realizando así una serie de ensayos y evaluaciones de evidencia agronómica de la tecnología, omitiendo claramente la realización de evaluaciones respecto al tratamiento de bioseguridad sobre este tipo de productos, dando como resultado la aprobación de la liberación para su comercialización de una manera bastante controversial, máxime si como se determinó en apartes anteriores, meses antes el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial emitió un concepto recomendando la no autorización de liberación hasta tanto no se realizaran una serie de evaluaciones que hacían falta para garantizar la inocuidad de los productos como por ejemplo, la evaluación ambiental integral la cual debe ir mucho más allá de las variables biológicas y agrícolas, los estudios socioeconómicos y culturales de la zona, el análisis de la perspectiva comparativa entre tecnologías de bajo costo y de fácil acceso para los productores, entre otras evaluaciones de gran importancia para el tema.

De esta manera, la cantidad de evidencias técnico-científicas presentes en diferentes territorios del mundo, han demostrado los enormes perjuicios ambientales y para la salud humana que pueden ser causados por la utilización de este tipo de tecnologías transgénicas, y donde estos argumentos deberían ser más que suficientes para que Colombia tome la decisión de proteger su soberanía alimentaria por medio de la aplicación de normas jurídicas de naturaleza preventiva y precautoria<sup>90</sup>.

Frente a este panorama, el derecho ha empezado a afrontar una posición de regulación mediante la creación de nuevas figuras administrativo-sancionatorias y punitivas; ello con base en el derecho a la dignidad humana el cual debe estar presente en todas las actuaciones jurídicas que se relacionen con los individuos. Así, con el fin de diseñar normas jurídicas tendientes a la protección de los derechos de las víctimas consumidoras de este tipo de organismos modificados genéticamente, debe propenderse por la aplicación de instrumentos jurídicos de prevención de las víctimas desde una perspectiva que abarque al derecho penal, administrativo y constitucional.

Por consiguiente y teniendo en cuenta las nuevas exigencias que van más allá de los sistemas normativos de responsabilidad tradicionales, se plantea que para la protección de las diferentes víctimas deben normas integradoras, no sólo a nivel preventivo, sino además incluyentes de las circunstancias sociales, máxime si hablamos de situaciones como la

---

<sup>90</sup> *Ibidem*. p. 179.

despersonalización del consumidor, el pensamiento de un colectivo y no de un individuo como tal y en general situaciones marcadas por la macrovictimización<sup>91</sup>.

Como se ve, la creación de riesgos a nivel genético resulta siendo una realidad prácticamente irrefutable, principalmente frente a las evidencias que principalmente se manifiestan en el mercado de organismos vegetales. Por ende, resulta importante señalar que bajo esta premisa, es mucho más importante que la temática sea regulada y sometida a control jurídico que dirigirse a una conducta errónea de prohibición absoluta.

Por las razones anteriormente expuestas, puede decirse que en Colombia si bien no existe una legislación que regule claramente la investigación de transgénicos, esto no es óbice para que las instituciones y demás empresas que manejan este tipo de procesos realicen sus planes de manejo de riesgos conforme a sus regulaciones internas sobre bioseguridad<sup>92</sup>.

También por medio de los aportes jurisprudenciales, se están regulando gran parte de los supuestos de hecho que promueven estas prácticas. La Corte Constitucional por ejemplo, declaró la constitucionalidad de la ley aprobatoria del Convenio internacional para la protección de obtenciones vegetales – UPOV, con el fin de proteger la propiedad intelectual relativa a los productos creados dentro de esta temática<sup>93</sup>. A su vez, este Convenio fue ratificado por la ley aprobatoria 243 de 1995, declarada además constitucional por medio de la sentencia de la Corte Constitucional C-262 de 1996.

Respecto a dicha normatividad debe entenderse la armonizada junto con otras normas afines a la temática, tales como el Acuerdo No. 00013 del 22 de diciembre de 1998, por medio del cual se crea el consejo técnico nacional (CTN) para introducción, producción, liberación y comercialización de organismos modificados genéticamente (OMG) de uso agrícola del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA.

También podemos encontrar como normas regulatorias de esta temática la Resolución No. 03492 del 22 de diciembre de 1998 del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, donde se reglamenta el procedimiento para producción, introducción, liberación y comercialización de organismos modificados genéticamente (OMG), la Resolución No. 02935 del 23 de octubre de 2001 también del Instituto Colombiano Agropecuario, con enmienda de la Resolución No. 000946 del 2006.

---

<sup>91</sup> Ibídem. p. 227-230

<sup>92</sup> Ibídem.

<sup>93</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-262 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Adicionalmente, en la misma dirección está el Acuerdo No. 00002 del 25 de febrero de 2002 también del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, por medio del cual se modifica el consejo técnico nacional (CTN), la Resolución 000946 del 17 de abril de 2006 también del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, dentro de la cual se regula el procedimiento para el trámite ante el ICA de solicitudes de organismos vivos modificados – OMV, se aprueba el reglamento interno del comité técnico nacional de bioseguridad, CTNBio para organismos vivos modificados - OMV con fines exclusivamente agrícolas, pecuarios, pesqueros, plantaciones forestales comerciales y agroindustria y se dictan otras disposiciones. Esta Resolución también expresa que *“Los OVM que se vayan a multiplicar y comercializar en el país deberán cumplir además de los requisitos establecidos en esta Resolución, con la reglamentación de semillas y de insumos pecuarios, según sea el caso”* (...)

*“Todo OVM vegetal que se importe como materia prima para uso industrial y/o consumo humano, no podrá ser utilizado como material de siembra”.*

Así las cosas, es necesario señalar respecto a la problemática, que existe una obligación de registro para toda persona natural o jurídica ante el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, que realice actividades de productor, importador, distribuidor, exportador o unidad de investigación en fitomejoramiento, y a su vez, el ICA también cuenta con la facultad de *“prohibir o suspender la producción, multiplicación, difusión, importación o comercialización de un cultivar, en todo o en parte del territorio nacional, cuando lo considere conveniente por problemas fitosanitarios o por razones de bioseguridad”*<sup>94</sup>, exigiendo además pruebas de evaluación agronómica que deben cumplir con una serie de requisitos mínimos de bioseguridad<sup>95</sup>.

En el mismo sentido el ICA, en la Resolución No. 00148 del 2005 dentro de este aspecto, también establece cinco tipos de categorías de calificación a saber: súper-élite, básica, registrada y certificada: registro como productor de semilla certificada (arts. 39 a 43), registro como productor de semilla seleccionada ((arts. 44 a 48), registro como laboratorio de control de calidad de semillas y-o de sanidad de semillas (arts. 49 a 52), registro como distribuidor, comercializador o expendedor de semillas (arts. 55 a 58), registro como importador de semillas (arts. 59 a 62), registro como exportador de semillas (art. 63 a 65) y registro como unidad de investigación de fitomejoramiento (arts. 66 a 71), registro como unidad de evaluación agronómica (arts. 72 a 75) y el registro nacional de cultivadores comerciales (arts. 76 a 87)

---

<sup>94</sup> Artículo 8 de la Resolución 00148 de 2005 del Instituto Colombiano Agropecuario - ICA.

<sup>95</sup> El artículo 18 de la Resolución 00148 de 2005 del Instituto Colombiano Agropecuario - ICA, establece que para realizar estas pruebas de evaluación agronómica el interesado debe presentar su solicitud ante la Coordinación del Grupo de Evaluación Agronómica y Control en Comercialización de Semillas del ICA con una serie de documentos necesarios.

Aunado a lo anterior, otras normas relacionadas con la protección de la bioseguridad en nuestro país, son el código de recursos naturales renovables y de protección al medio ambiente - Decreto No. 2811, el Decreto No. 1843 de 1991 dentro del cual se reglamentó el uso y manejo de plaguicidas y demás normas afines, dentro de la Ley 9 de 1979, la creación del sistema nacional ambiental – SINA, contenido este dentro de la Ley 99 de 1993, y la normatividad regulatoria de licencias ambientales – Decreto No. 500 de 2006 del Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, que modifica el Decreto No. 1220 de 2005 el cuál reglamentó en un principio el mismo tema en la Ley 99 de 1993.

En el mismo sentido encontramos sobre el tema de seguridad genética la reglamentación de actividades agropecuarias y pesqueras constituida en la Resolución No. 1056 de 1996 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por medio de la cual se regula el tema de insumos pecuarios y derogando así las Resoluciones No. 710 de 1981, 2218 de 1980 y 444 de 1993.

Por otro lado, encontramos la Ley 101 de 1993 - Ley general de desarrollo agropecuario y pesquero, donde en su artículo 65, modificado este por el artículo 112 del Decreto 2150 de 1995, asigna al Ministerio de Agricultura por medio del ICA, la función de desarrollar los planes de protección a la producción y productividad agropecuaria, y la responsabilidad de ejercer acciones para minimizar los riesgos alimentarios y ambientales que provengan de insumos agropecuarios, lo mismo que para promover la producción y productividad agropecuaria.

Al respecto, existe también normatividad nacional relativa a la protección alimentaria principalmente, el Decreto No. 3075 de 1997 donde se reglamenta parcialmente la Ley 09 de 1979. Sobre productos para animales con destino al autoconsumo encontramos la Resolución No. 1698 de 2000 del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, y además la Resolución No. 485 de 2005 del Ministerio de Protección Social sobre el reglamento técnico para rotulado, etiquetado y demás procedimientos afines los cuales deben cumplir los alimentos que son envasados y materias primas de alimentos para el consumo humano.

Complementando toda esta temática, encontramos la Ley 165 de 1994, el Decreto No. 132 de 2004 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Acuerdo No. 00004 de 2002 del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, y la resolución No. 0227 de 2007 del Ministerio

de la Protección Social<sup>96</sup>, todos estos especializados en protección de biodiversidad y de recursos biogenéticos.

En este sentido es importante señalar en forma particular el Decreto No. 3075 de 1996 y especialmente el Decreto No. 1840 de 1994 referente a la regulación del manejo de la sanidad animal, vegetal, control técnico de insumos agropecuarios, material genético animal y semillas para siembra. Así las cosas, vale la pena traer a colación la definición que esta norma plantea respecto al material genético animal:

*“...todo material biológico representado por cédulas individuales, en conjunto o de sus componentes en las diferentes especies animales, las cuales al ser empleadas con fines reproductivos transmite a sus descendientes las características de los progenitores<sup>97</sup>”.*

Además de ello, es por medio de esta norma donde se pone énfasis en otorgarle al ICA, funciones de control técnico de los insumos agropecuarios, material genético animal y semillas para siembra.

Ahora bien, enmarcando todo este ámbito regulatorio, podemos encontrar el Decreto Reglamentario No. 4525 de 2005 expedido por el gobierno nacional, a través del cual se establece el marco regulatorio de los organismos vivos modificados (OVM) de acuerdo con los procedimientos y la normatividad señalada en la Ley 740 de 2002, donde crea el CTNBio para fines agrícolas, pecuarios, pesqueros, plantaciones forestales y agroindustriales. Además, a través del artículo 20 del Decreto en mención, se le asignan también al CTNBio las funciones de:

- a. Examinar y evaluar los documentos de evaluación de riesgo.
- b. Solicitar información adicional o complementaria.
- c. Examinar las medidas de prevención y gestión de los posibles riesgos dentro del marco de la Ley 740 de 2002 y d. Recomendar a la autoridad nacional competente respectiva, la expedición del acto administrativo que aprueba o niega las solicitudes para el desarrollo de actividades con OVM.

---

<sup>96</sup> Resolución No. 0227 del 1 de febrero de 2007 del Ministerio de Protección Social, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre la convocatoria, funcionamiento y sesiones del Comité Técnico Nacional de Bioseguridad para los Organismos Vivos Modificados.

<sup>97</sup> Artículo 3, literal e, del Decreto No. 1840 de 1994.

Aunado a lo anterior, respecto a lo relacionado con la Ley 740 de 2002, es preciso resaltar que el objetivo de esta normatividad, conforme a su artículo 1º es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección respecto a temas tan controversiales como la transferencia, manipulación y utilización seguras de organismos vivos modificados (OVM), proponiendo que:

*“De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos”*

Respecto a esta ley, la Corte Constitucional se pronunció sobre su exequibilidad, argumentando que su objeto principal es *“...fomentar y facilitar la educación y participación del público sobre la seguridad de la transferencia, manipulación y utilización de los organismos vivos modificados, y de asegurar el acceso del público a dicha información, pues dicho deber corresponde al fin del Estado de asegurar que las personas puedan participar de las decisiones que los afectan y corresponde a la obligación del Estado de difundir la conciencia ecológica artículos 2, 79 y 80 C.P...”*<sup>98</sup>.

De esta manera, la Ley 740 de 2002 dispone que antes de realizar un movimiento transfronterizo de un organismo vivo modificado (OVM), es necesario aplicar el procedimiento de *“acuerdo fundamentado previo”*, en virtud del cual debe procederse a aprobar internamente por cada Estado Parte dicho movimiento y además notificarlo a la otra Parte. De este punto es posible deducir que esta ley exige solamente la previa evaluación del riesgo, antes de tomarse una decisión de fondo, ello con el fin de garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización de OVM en forma segura:

*“Artículo 15. Evaluación del Riesgo.*

*1. Las evaluaciones del riesgo que se realicen en virtud del presente Protocolo se llevarán a cabo con arreglo a procedimientos científicos sólidos, de conformidad con el anexo III y teniendo en cuenta las técnicas reconocidas de evaluación del riesgo. Esas evaluaciones del riesgo se basarán como mínimo en la información facilitada de*

---

<sup>98</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-071 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

*conformidad con el artículo 8°. y otras pruebas científicas disponibles para determinar y evaluar los posibles efectos adversos de los organismos vivos modificados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana”<sup>99</sup>.*

Por último, y de carácter ilustrativo, se mencionarán algunos de las medidas de seguimiento y control que hace el ICA a una empresa que comercializa en Colombia con productos modificados genéticamente, ello con el fin mostrar cómo se aplican en nuestro país, los criterios de prevención de riesgos ambientales, con el fin de evitar daños posteriores:

- El procedimiento administrativo que prescribe el ICA para hacer un seguimiento a la tecnología conforme al plan de bioseguridad y manejo, consiste en enviar a la entidad solicitante informes bimensuales de las acciones exigidas en el seguimiento a la tecnología, esta última debe incorporar medidas de bioseguridad adecuadas para así garantizar el uso y manejo adecuado, para que de esta manera se evite la contaminación de variedades criollas y la imposición de medidas administrativas de control del uso y distribución de semillas.

En el caso concreto, una empresa determinada pretende sembrar una semilla X modificada genéticamente, el ICA prescribe ciertas acciones que esta empresa debe realizar antes, durante y después de la siembra.

- Como actividades previas están el suministro del listado de agricultores, los contratos que se celebraron de uso de tecnología con esos agricultores y por último la capacitación que debe dárseles sobre el tema a asistentes técnicos, agricultores y distribuidores vinculados con el proceso.
- Como actividades durante la siembra, se imponen restricciones a siembras en resguardos indígenas, dichas siembras deben estar aisladas de 300 mts, de otras siembras convencionales.

Deben implementarse además zonas buffer para evitar la dispersión del polen genéticamente modificado y por último debe realizarse un esquema de refugio obligatorio.

---

<sup>99</sup> Artículo 15, Ley 740 de 2002.

- Como actividades entre la siembra y posterior a ella, se estipula el seguimiento de la tecnología, el monitoreo de plagas, de diversidad de maíz, de caracterización climática, etc.

Como se ve, si bien existen ambigüedades respecto a algunos de los procedimientos a seguir en materia de seguridad genética, se denota el esfuerzo del aparato normativo colombiano para regular el tema.

Ahora bien, para complementar la normatividad sobre la materia, se hace necesario además, el diseño de normas relacionadas con la prevención victimal con el fin de proteger jurídicamente a los consumidores cuando estos últimos desconocen claramente los efectos nocivos que puede implicar el consumo de productos transgénicos, ello toda vez que los abusos a los consumidores son una de las formas más comunes de macrovictimización colectiva, en donde su efecto dañino se amplifica a un gran número de víctimas, siendo además un problema para su identificación, toda vez que la víctima individualizada puede sufrir un daño pequeño, pero este multiplicado por la cantidad de personas que alcanzaron a sufrir dicho daño, se convierte en un perjuicio de grandes envergaduras, dificultando así el control que pueda dársele<sup>100</sup>.

Así las cosas, por ejemplo, un gran número de consumidores es engañado acerca de la calidad de determinado producto, particularmente de un producto con modificaciones genéticas para mejorarlo, pero en realidad dicho producto no cumple con los requerimientos previstos por la legislación ambiental para el caso, por consiguiente, estos consumidores se convierten en víctimas pasivas y anónimas, caracterizadas por no tener relación interpersonal alguna con el victimario.

Para poder solucionar esta tipología de macrovictimización de los consumidores, resulta necesaria la implementación de sistemas de justicia restaurativa consagrados en el Acto Legislativo No. 03 de 2002, rescatando así los derechos de las víctimas para ser participes activos de la autocomposición social para llegar a un acuerdo vinculante entre el ofensor y el ofendido.

De esta forma podrían propiciarse espacios para la generación de justicia restaurativa en casos de atención a víctimas por causa de daños a consumidores o usuarios, estableciendo así un grupo de carácter mixto en donde participen por un lado el Estado por medio del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de la Protección Social, la

---

<sup>100</sup> Juan Pablo Galeano R. Hacia una política victimal colombiana. Caso de los alimentos transgénicos. Revista de Estudios Socio-jurídicos, enero-junio, año/vol. 6, No. 001. Universidad del Rosario, Bogotá-Colombia. 2004. pp. 149-173.

Defensoría del Pueblo, y por el otro lado tanto los productores y comercializadores de alimentos transgénicos como también la comunidad afectada. Dichos espacios se podrían llevar a cabo con el fin de lograr acuerdos de restauración, creando además sistemas de seguimiento y vigilancia en el cumplimiento de estos<sup>101</sup>.

Además del control de la comunidad como garante, los acuerdos de protección y restauración de las víctimas por violación a la seguridad genética deben ser controlados también por la Superintendencia de Industria y Comercio, toda vez que gracias a lo dispuesto por el Decreto 3466 de 1982 – Estatuto del consumidor, dicha institución debe organizar el sistema de registro de calidad e idoneidad, fijar parámetros para la garantía mínima presunta de bienes y servicios y además imponer sanciones a las cuales haya lugar<sup>102</sup>.

Por otro lado, respecto a la protección jurídica de las obtenciones vegetales y la seguridad genética relacionada con el medio ambiente, el Estado colombiano tiene el deber jurídico de regular también la problemática de la manipulación de la estructura genética del ser humano, toda vez que este fenómeno es hoy en día una realidad palpable en el devenir de la medicina en nuestro país.

De esta manera, el punto de partida que debe tenerse en cuenta para el estudio del genoma humano se concibe desde el concepto de dignidad humana, en el marco de la asignación a dicho genoma como un patrimonio de la humanidad<sup>103</sup>. Así, con la protección de este genoma, se derivan también una serie de violaciones a dicha reglamentación, entre ellas encontramos por ejemplo la transmisión de enfermedades genéticas, la utilización de técnicas de congelación de espermatozoides que podrían producir serias enfermedades y defectos en el nacido, intercambio genético humano (híbridos), fecundación interespecies (de animal a humano o viceversa), salvo algunas pruebas controladas sobre la temática, demás acciones tendientes a la modificación del genoma humano con el fin de lograr la perfección de su estructura genética (eugenesia)<sup>104</sup>.

Sobre el tema del tratamiento genético para solucionar problemas en la salud humana, se tiene que en primer término debe existir el consentimiento como una regla de autorización de implementación de este tipo de procedimientos<sup>105</sup>, siempre y cuando se le haya

---

<sup>101</sup> *Ibíd.*

<sup>102</sup> *Ibíd.*

<sup>103</sup> Artículo 1º de la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos: “*El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico el genoma humano es el patrimonio de la humanidad*”.

<sup>104</sup> C.M. Romeo Casabona, *Genética y derecho*, Astrea, Buenos Aires-Argentina. 2003, pp. 243-244.

<sup>105</sup> María del Carmen Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2003. p. 264 y ss.

informado previamente al paciente toda la problemática referente al tema de riesgos inherentes a dichos procedimientos<sup>106</sup>, principalmente en la terapia genética<sup>107</sup>.

En relación con la terapia genética vale la pena exponer la necesidad de entender el concepto de seguridad biogenética en virtud del cual *“una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo, sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entrañe, y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional”*<sup>108</sup>. Por esta razón, algunas actuaciones de la medicina que tienen como objetivo primordial la salvaguarda de la salud humana, podrían tener la potencialidad de afectar la integridad personal del paciente. Por ello resulta una necesidad el control exhaustivo por parte de los diversos entes públicos de dichos procedimientos médicos<sup>109</sup>.

Por consiguiente, sobre el derecho de información del paciente respecto a todas las implicaciones que correspondan al tratamiento médico a efectuar, presentándose así un doble derecho ya que por un lado está el deber de información genética, y por el otro está el derecho a no saber donde el paciente *“evita conocer si realmente es portador de una enfermedad genética o si puede, incluso, padecerla en el futuro”*<sup>110</sup>.

También encontramos el derecho a la libertad humana relacionada con la temática del genoma humano<sup>111</sup>, ello con el fin de obtener un consentimiento del paciente sobre los procedimientos médicos con fundamento en la información y en su libertad de elección<sup>112</sup>.

---

<sup>106</sup> *“La información que se le debe suministrar al paciente debe versar, según el caso, sobre el examen de reconocimiento del paciente y los procedimientos diagnósticos (invasivos o no) que se le puedan practicar; a) sobre su estado o diagnóstico; b) posibles tratamientos o procedimientos; c) riesgos que puede correr el paciente con la aplicación de los procedimientos y por no someterse a ellos; d) el pronóstico de la enfermedad y de la ineficacia”*. M.P. Castaño de Restrepo, El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica, Editorial Temis, Bogotá, 1997. p. 178.

<sup>107</sup> Ana Isabel Gómez Córdoba, Juan Pablo Galeano Rey, Carlos Guillermo Castro Cuenca, Julio César Montañez Ruiz, Fernando Suárez Obando, Lina María Salgar Espinosa, Germán Alonso Vélez Ortiz, Elizabeth López González, Carolina Franco Sánchez, Paola Liliana Páez Rojas. Genética, riesgo y derecho penal: una aproximación interdisciplinaria. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2010. P. 320.

<sup>108</sup> Artículo 5 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: *“(a) Una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo, sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entrañe y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional”*.

<sup>109</sup> Ana Isabel Gómez Córdoba, Juan Pablo Galeano Rey, Carlos Guillermo Castro Cuenca, Julio César Montañez Ruiz, Fernando Suárez Obando, Lina María Salgar Espinosa, Germán Alonso Vélez Ortiz, Elizabeth López González, Carolina Franco Sánchez, Paola Liliana Páez Rojas. Genética, riesgo y derecho penal: una aproximación interdisciplinaria. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2010. p. 321-322.

<sup>110</sup> C. M. Romeo Casabona, Genética y derecho, Astrea, Buenos Aires-Argentina. 2003, p. 75

<sup>111</sup> Artículo 5 de la Declaración universal sobre bioética y derechos humanos: *“Autonomía y responsabilidad individual. Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses”*.

<sup>112</sup> Artículo 5 de la Declaración universal sobre bioética y derechos humanos: *“(b) En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el*

A su vez, el genoma humano debe ser entendido dentro de un marco comprendido desde la concepción del derecho a la igualdad, en virtud del cual deben ser prohibidos todos los actos que permitan la discriminación racial del patrimonio genético de ciertos individuos. Y esto se evidencia como una realidad en temas como la selección de personal en materia laboral, donde el proceso de selección permite discriminar a personas que pueden presentar evidencias de posibles enfermedades<sup>113</sup>.

Por ello se ha dispuesto la necesidad de aplicar una serie de principios que alimenten la protección del derecho a la igualdad en el tratamiento del genoma humano, entre estos encontramos el consentimiento libre e informado del interesado, la prohibición de realización de análisis genéticos como una condición previa para la obtención de un empleo, la adopción de medidas que tiendan hacia la protección de los trabajadores en relación a sus actividades, aplicación del principio de independencia en la realización y el acceso a las pruebas genéticas, el principio de realización de pruebas en beneficio del trabajador o del candidato, el derecho a la confidencialidad, entre otros<sup>114</sup>.

#### **1.4. NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL, LEGISLATIVA Y ADMINISTRATIVA COMPARADA RELACIONADA CON EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS RIESGOS AMBIENTALES**

##### **1.4.1. Documentos jurídicos internacionales relacionados con la prevención y precaución de riesgos.**

El principio de precaución y las reglas de evaluación y prevención de riesgos pueden ser aplicados en contextos a nivel nacional, internacional, transnacional y supranacional dependiendo del caso, actuando como una razón principal de de cada Estado con el fin de tomar acciones respecto al caso<sup>115</sup>, o también se pueden traducir en razones concretas para que el Estado soberano evite la realización de cierto tipo de obligaciones de carácter internacional. En cualquiera de los casos, los principios de prevención y las diferentes medidas de evaluación de riesgos deben ser entendidos en formas diferentes dependiendo del régimen legal al que hagan frente.

---

*consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado”.*

<sup>113</sup> C. M. Romeo Casabona, *Genética y derecho*, Astrea, Buenos Aires-Argentina. 2003, p. 80.

<sup>114</sup> *Ibidem*. p. 84 a 86.

<sup>115</sup> J. Cameron and J Abouchar, “The Precautionary Principle: A Fundamental Principle for the Protection of the Global Environment”. *Boston College International and Comparative Law Review* 1. United States. 1991.

Así las cosas, es dentro del derecho internacional, donde el derecho al medio ambiente recibe mayor protección, comparado con los ordenamientos jurídicos internos, ya sea por medio de negocios jurídicos como los Convenios bilaterales, multilaterales, regionales y hasta suprarregionales, siempre y cuando se parta de la comprobación de los efectos nocivos que se causaron al medio ambiente y los recursos naturales y que además estos hayan trascendido las fronteras nacionales.

Esta protección se traslada tanto al ámbito del derecho internacional público como al del derecho internacional privado y en las normativas del derecho comunitario o de integración<sup>116</sup>:

*“Como todo orden jurídico, el nuevo orden jurídico internacional ambiental está regido por un conjunto de principios fundamentales enunciados en las declaraciones de Estocolmo, aprobada en Junio de 1992, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano y de Rio de Janeiro, aprobada el 14 de Junio de 1992, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo...”*

De esta manera, a continuación se expondrán los documentos jurídicos internacionales más representativos sobre el principio de precaución y la evaluación y prevención de riesgos dentro del derecho ambiental y administrativo:

#### **A. Convenciones europeas**

Se trae a colación los Convenios y Protocolos enunciados en el marco común europeo con el fin de lograr un ejercicio comparativo con las normas que nos rigen en Latinoamérica sobre la temática de la prevención y precaución de riesgos:

- **Tratado de Roma, 1957.**

Crea el Principio de acción preventiva y corrección en la fuente. Estos principios han sido adoptados por medio del artículo 130 R.2 del título VII disponiendo que:

*“La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de*

---

<sup>116</sup> Victor H. Martinez. Ambiente y Responsabilidad Penal. Ediciones Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1994. p. 33.

*cautela*<sup>117</sup> y acción preventiva, en el principio de corrección de los ataques al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga... ”<sup>118</sup>.

Ello quiere decir que las normas tendientes a la prevención ambiental debe estar fundamentada en el reconocimiento de la diversidad de regiones y de situaciones que posee la Comunidad, e independientemente de esta última situación concreta, deben aplicarse una serie de principios de corte preventivo con el fin de cumplir con las exigencias del medio ambiente.

Aquí también se plasmó que el principio de la prevención ha supuesto “una estrategia de acción que se traduce en preferencia por la actuación previa al deterioro ambiental”<sup>119</sup>. Así, en cualquier momento en el cual surja una disputa entre los objetivos de reparación o prevención, este principio obliga al intérprete de la norma a irse en dirección de favorecer este sentido preventivo<sup>120</sup>

- **Declaración de principios sobre la lucha contra la contaminación del aire del Consejo de Europa, 1968.**

En este documento se estableció respecto a la prevención en el Título II lo siguiente:

*“1. Las legislaciones deben prever que cualquiera que contribuya a contaminar el aire, aunque no existan daños probados, será obligado a reducir esta contaminación al mínimo y asegurar una buena dispersión de las emisiones del aire debe descansar sobre el principio de la prevención... La prevención podrá ejercerse reglamentariamente de forma diferente según la naturaleza del foco de contaminación.”*

---

<sup>117</sup> De manera expresa alude al principio de precaución, mostrando su aplicación en el Derecho Internacional: “...En sede internacional opera cuando existe la amenaza de un daño grave e irreversible y en los supuestos en los que falte una plena certeza científica sobre los riesgos derivado de una determinada actividad”. Rivista di Diritto Europeo. “Tendenze evolutive de la política comunitaria dell’ambiente in relazione al Quinto Programa d’Azione”, n° 1, enero-marzo de 1993, p. 45.

<sup>118</sup> Jesús Jordano Fraga. La Protección del Derecho a Un Medio Ambiente Adecuado. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona-España. 1995. p. 136.

<sup>119</sup> Para el doctrinante Kiss, este principio de prevención es la “regla de oro de la lucha por la defensa del medio ambiente”

<sup>120</sup> Según Kiss, el principio de prevención posee también un componente de carácter técnico, además del jurídico que lleva implícito. En este sentido el carácter jurídico del principio de prevención hace relación a la elaboración de reglas internacionales que apoyen la delimitación del campo de la colaboración de carácter internacional. RDU. “La responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente”, n°119, julio-agosto-septiembre de 1990, p. 79 -114.

Lo anterior se traduce en la obligación de reducción de toda causa de contaminación así no se encuentre prueba de la magnitud de esta última, incentivándose así una reglamentación diversa para cada caso en concreto.

- **Plan de acción para el Mediterráneo (PAM), 1975.**

Se hizo un proceso de revisión de este plan ofreciendo como resultado que entre los Estados parte deben articularse cuestiones tales como la conservación de la naturaleza y la prevención de la contaminación. Para lograr esto deben adoptarse nuevas herramientas jurídicas que permitan materializar estas disposiciones<sup>121</sup>.

Con la Resolución de Barcelona se aprobó la Fase II del Plan de acción para el Mediterráneo (PAM), y se logró además gracias a estas disposiciones fijar compromisos en pro de la integración del medio ambiente y del desarrollo económico, social y cultural, y fijar entre otros, criterios de prevención y reducción de la contaminación por medio de la cooperación de los Estados ribereños<sup>122</sup>.

Organismos tales como las Naciones Unidas, la Organización Marítima Internacional (OMI), la Organización Mundial de la Salud entre otras han colaborado con el Plan de acción del Mediterráneo (PAM). En este sentido, la Organización Marítima Internacional ha hecho esfuerzos gigantescos para examinar a detalle todos los problemas que se encuentren relacionados con la prevención de la contaminación marítima ocasionada por los buques<sup>123</sup>. Este plan en el que actúan principalmente los Estados parte para la salvaguarda del Mediterráneo, está enfocado precisamente a mejorar el medio ambiente de la zona y proteger además los recursos biológicos por medio de criterios de prevención<sup>124</sup>.

- **Convenio de Barcelona, 1976.**

Adoptado en la ciudad de Barcelona el 16 de Febrero de 1976, explica dentro de su artículo 4º que existe un compromiso por parte de las Partes de adoptar todas las medidas que resulten necesarias para así poder prevenir, reducir, combatir y “eliminar” en la medida sus posibilidades, la contaminación de la zona del mar Mediterráneo<sup>125</sup>. Para cumplir con este objetivo, las Partes se comprometen a aplicar los principios

---

<sup>121</sup> *Ibidem.* p. 66-67.

<sup>122</sup> *Ibidem.* p. 68-69.

<sup>123</sup> *Ibidem.* p. 77.

<sup>124</sup> *Ibidem.* p. 79.

<sup>125</sup> José Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Segunda Edición, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid – España. 1999. p. 215.

consagrados en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992, en particular el principio de precaución o de cautela, quien contamina paga, y el de evaluación de impactos ambientales. Aunado a lo anterior, las Partes se comprometen además a realizar todas las medidas que resulten necesarias para el uso de las mejores tecnologías disponibles y mejores prácticas medioambientales<sup>126</sup>.

Este documento jurídico también ha dispuesto que frente a las disposiciones relativas a la cooperación, dentro del artículo 1º, las partes se comprometen a cooperar en casos de peligro grave o inminente ya sean estos para el medio marino, para el litoral o para los intereses conexos de las partes y que a su vez, estos se hayan ocasionado por motivo de la presencia de grandes cantidades de hidrocarburos u otro tipo de sustancias perjudiciales y que puedan contaminar la zona del mar Mediterráneo<sup>127</sup>.

Ahora bien, en caso de producción de una situación de emergencia, el artículo 9 del Protocolo dispone que toda Parte enfrentada a una situación de emergencia debe, después de evaluar la situación concreta, tomar “*todas las medidas posibles*” que consideren aplicables con el fin de evitar o reducir los efectos de la contaminación, y además tiene la obligación de ignorar a las demás Partes para coordinar su labor de vigilancia<sup>128</sup>.

Por ende, deben buscarse mecanismos idóneos para lograr la integración y cooperación de los Estados en ámbitos tales como el científico y el tecnológico, además de crear las reglas que se tomarán para encontrar Estados responsables cuando se causan daños por motivo de contaminación o emergencia. (Art. 16 y 9 del Convenio), estableciendo procedimientos para determinar a los responsables y además para fijar el monto de la indemnización, y tomar las medidas que resulten necesarias para así reducir o eliminar los daños que puedan causarse con motivo de estas situaciones<sup>129</sup>.

- **Protocolo sobre la prevención de la contaminación del mar Mediterráneo causada por vertidos realizados desde buques y aeronaves, 1976<sup>130</sup>.**

En este protocolo nace del Convenio de Barcelona, aquí se establecen prohibiciones referentes al vertimiento de sustancias que resulten peligrosas y tóxicas para el hábitat

---

<sup>126</sup>Este contenido se encuentra establecido en el artículo 4.4 en virtud del cual las Partes promoverán la aplicación y transferencia de tecnologías de producción no contaminantes, siempre y cuando se tenga en cuenta las condiciones sociales, económicas y tecnológicas del caso concreto.

<sup>127</sup>José Juste Ruiz, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Segunda Edición, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid – España. 1999. p. 220.

<sup>128</sup> Ibídem. p. 221.

<sup>129</sup> Ibídem. p. 52.

<sup>130</sup> Modificado por la Conferencia de plenipotenciarios realizada en Barcelona en Junio de 1995.

marino, o bioacumulables tales como el petróleo, residuos radioactivos, entre otros establecidos en el Anexo I<sup>131</sup>.

- **Protocolo sobre la cooperación para combatir la contaminación en el mar Mediterráneo causada por hidrocarburos y otras sustancias contaminantes en situaciones de emergencia, 1976.**

Este Protocolo también parte de un acuerdo de cooperación entre los Estados firmantes, con el fin de tomar las medidas necesarias en el evento de que existan en forma masiva sustancias contaminantes y que por un efecto acumulativo estas últimas puedan llegar a causar graves perjuicios dentro del mar Mediterráneo, constituyendo así un peligro grave e inminente para el medio marino<sup>132</sup>.

- **Protocolo sobre la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre, 1980.**

Este documento jurídico entró en vigor en el año de 1983, propende para que los Estados puedan a su vez controlar y reducir la contaminación dentro del hábitat marino. Por medio de este protocolo las Partes se han comprometido a tomar todas las medidas que resulten necesarias para poder prevenir, reducir y controlar la contaminación, y eliminar sus desechos producidos por medio de un criterio de “*reducción estricta*”<sup>133</sup>.

- **Carta Europea del litoral, 1981.**

Este documento plantea:

*“II.5. Prevenir los riesgos, a) En el medio marino, la prevención de los riesgos constituye un objeto permanente..., c)...las Instituciones europeas deben poner en práctica un sistema de control, de prevención y de sanción mucho más riguroso y mejor distribuido en el espacio.”*

De esta manera, se requiere a todas las instituciones del continente europeo con el fin de poner en práctica la creación de un mecanismo de control, prevención y sanción de los riesgos dentro del mar, siendo así un adelanto en el objetivo de cooperación interinstitucional referente a la protección marítima.

---

<sup>131</sup> José Juste Ruiz, Antonio Blanc Altemir, Fernando López Ramón, Domingo Carbajo Vasco, José Luis de la Cuesta Arzamendi, Fermín Morales Prats y Ramón Martín Mateo. La Protección Jurídica del Medio Ambiente: Editorial Aranzadi. S.A. España. 1997. p. 53.

<sup>132</sup> *Ibidem*. p. 54.

<sup>133</sup> *Ibidem*. p. 55.

- **Conferencia sobre la protección del mar del Norte, 1984.**

Este documento jurídico también refleja la intensión de los estados de no limitarse a esperar contar con pruebas absolutas sobre los efectos nocivos que pueda tener una determinada sustancia o hecho específico sobre el medio ambiente para así actuar, dado que se tomó conciencia sobre el daño al medio ambiente el cual puede tornarse irreversible, por este motivo se busca tomar medidas de precaución justificadas así también por motivos de tipo económico.

- **Acta Única Europea, 1986**

Aquí se estableció también cuatro principios fundamentales referentes a la implementación de normas jurídicas de corte preventivo:

*“1. La acción preventiva; es decir, es necesario evitar la contaminación más que combatirla. 2. La acción de corrección, preferentemente en la fuente misma que origina los daños al medio ambiente, lo que implica una lucha contra la contaminación y el desarrollo de una acción europea de tecnología y productos adecuados. 3. El principio de “quien contamina paga”<sup>134</sup>.*

De esta manera, se resume las implicaciones de evitar la contaminación antes que combatirla, para ello se fijan algunos principios sobre los cuáles deben regirse las normas comunitarias europeas, propendiendo así por la reducción de los agentes contaminantes.

Existen también organismos y Tratados Internacionales como la Organización Marítima Internacional (OMI), cuyo objetivo es el mejoramiento de la seguridad frente a la causación de riesgos principalmente medioambientales.

---

<sup>134</sup> Artículo 130R, apartado 2 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. En este Tratado también se sumó la implementación del principio de precaución el cual recogió también la ley colombiana No. 99 de 1993, dentro de su artículo 1, numeral 6.

- **Tratado de la Unión Europea, 1992**<sup>135</sup>.

Especialmente en el artículo 130 R se establece que la Unión Europea debe encaminarse a la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas, la utilización racional de los recursos naturales y el fomento de medidas a escala internacional que se encuentren encaminadas concretamente a resolver los problemas mundiales o regionales sobre el medio ambiente.

Establece además que la Unión debe llegar a un nivel de protección elevado en ámbito medioambiental, con base en las acciones preventivas, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente y en el principio de quien contamina paga. Para ello deben armonizarse los diferentes ordenamientos jurídicos internos dentro de la Unión Europea, autorizando además a los Estados a que tomen medidas de urgencia y provisionales con el fin de salvaguardar al medio ambiente, obviamente sometidas estas a un procedimiento de control.

Aunado a lo anterior, es necesario recalcar que este documento jurídico pretende unificar los criterios para la creación de normas jurídicas en el área del medio ambiente, para este fin se tendrán en cuenta los datos científicos disponibles, las condiciones del medio ambiente de cada Estado y las ventajas de la acción u omisión al respecto. Todo ello enmarcado en un ambiente de cooperación con terceros países y organizaciones internacionales afines al tema.

Este Tratado de la Unión Europea define además criterios tales como la verificación del nivel de protección elevado, la atención a las diferentes situaciones nacionales, criterios de quien contamina paga y por último la cautela y acción preventiva.

Adicionalmente, estas normatividades también han incorporado el principio de “*cautela o de precaución*” el cual no se entendía como configurado dentro de la redacción anterior de este cuerpo normativo. Para complementar la definición de la Unión que se le da a este principio, puede tomarse también lo establecido en la Declaración de Río respecto a este principio de precaución<sup>136</sup> el cuál se armoniza entre una normatividad y otra.

---

<sup>135</sup>José Juste Ruiz, Antonio Blanc Altemir, Fernando López Ramón, Domingo Carbajo Vasco, José Luis de la Cuesta Arzamendi, Fermín Morales Prats y Ramón Martín Mateo. La Protección Jurídica del Medio Ambiente: Editorial Aranzadi. S.A. España.1997. p. 158.

<sup>136</sup>José Juste Ruiz, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Segunda Edición, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid – España. 1999. p. 438

- **Convenio OSPAR relativo a la protección del medio marino del Atlántico Nordeste, 1992.**

Según el cual las partes se comprometen no solamente a “prevenir” sino también a “eliminar” la contaminación, como por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 2.1.a, en donde las partes tienen la obligación de “adoptar todas las medidas posibles para prevenir y eliminar la contaminación y tomarán las medidas necesarias para proteger el área marítima de los efectos adversos de las actividades humanas a fin de salvaguardar la salud humana y conservar los ecosistemas marinos y, cuando sea viable, restaurar las áreas marítimas que hayan sido adversamente afectadas”.

Por otro lado, dentro de este Convenio, también se prevé que las partes aplicarán el principio de precaución<sup>137</sup> para cumplir con este fin:

*“... las Partes adoptarán programas y medidas que fijen cuando procesa, plazos para su realización, teniendo plenamente en cuenta los progresos tecnológicos más recientes y los métodos concebidos para prevenir y eliminar integralmente la contaminación<sup>138</sup>. A tal fin, las Partes definirán y aplicarán las “mejores técnicas disponibles” y la “mejor práctica ambiental”, incluida, cuando procesa, “una tecnología limpia<sup>139</sup>”.*

Respecto a este Convenio, también debe anotarse que las partes contratantes se someterán “estrictamente” tanto a la autorización como a la regulación de las autoridades nacionales competentes, no sólo para las emisiones de aguas sino también del aire y demás elementos que afecten potencialmente el área marítima, además de ello, deben poner en funcionamiento todo un dispositivo de vigilancia y control<sup>140</sup> para que de esta manera se permita a las autoridades competentes evaluar el respeto de tales autorizaciones<sup>141</sup>.

Aunque frente a este punto resulta necesario establecer la existencia de la imposibilidad de eliminación total de las emisiones urbanas, agrícolas e industriales, se puede compensar esta situación con la obligación de las Partes de adoptar todas las medidas que resulten necesarias para así intentar “eliminar” la contaminación que procede de

---

<sup>137</sup> Este procedimiento está consagrado dentro el artículo 2.2.a), el cual se puede comparar con la Recomendación PARCOM 89/1 del 22 de Junio de 1989 referente al Principio de Precaución; además, Hey, H., “The Precautionary Approach. Implications of the Revision of the Oslo and Paris Conventions”, Marine Policy, vol. 15/4, 1991, pp. 244-254.

<sup>138</sup> Art. 2.3.a. del Convenio OSPAR de 1992 relativo a la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste

<sup>139</sup> José Juste Ruiz, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Segunda Edición, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid – España. 1999. p. 245.

<sup>140</sup> *Ibidem*. p. 251.

<sup>141</sup> Anexo I, artículo 2. del Convenio OSPAR de 1992 relativo a la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste

fuentes terrestres, teniendo en cuenta la aplicación del principio de precaución<sup>142</sup>. Y para darle aplicación más efectiva a este último principio, se hace necesario medir el carácter “*estricto*” que se utiliza por las Partes para el otorgamiento de dichas autorizaciones o reglamentaciones.

A su vez, las Partes según este Convenio, tienen la obligación de adoptar medidas de prevención para reducir los riesgos de la contaminación que se causen por accidentes<sup>143</sup>.

Este instrumento jurídico internacional contempla dentro de su artículo 2.2 respecto a los parámetros del principio de precaución que:

*“...Las partes Contratantes aplicarán ...a)El principio de precaución, en virtud del cual se tomarán medidas preventivas cuando haya motivos razonables para pensar que las sustancias o energía introducidas, directa o indirectamente, en el medio marino puedan constituir un peligro para la salud humana, dañar los recursos vivos y los ecosistemas marinos, deteriorar las posibilidades recreativas u obstaculizar otros usos legítimos del mar, incluso cuando no haya pruebas concluyentes de una relación de causalidad entre las aportaciones y sus consecuencias<sup>144</sup>”.*

Por lo anterior, el criterio precautorio debe ser aplicado conforme a la aplicación de motivos razonables, así no existan pruebas que conlleven a la certeza de la relación causal respecto al hecho y a su causa directa.

- **Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, sobre la posibilidad de recurrir al principio de precaución, 2000.**

Este documento jurídico habla respecto al principio de precaución señalando que:

*“1. La personalización de consecuencias eventualmente peligrosas que proceden de un fenómeno, de un producto o de un proceso. 2. Por último, una valoración científica de*

---

<sup>142</sup> Art. 3, incisos 1.a) y 2.a) del Convenio OSPAR de 1992 relativo a la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste

<sup>143</sup> Lo anterior puede revisarse en el Anexo I, del Artículo 1.4. del Convenio OSPAR de 1992, siendo necesario además frente a este punto, señalar que no se ha especificado por parte del Tratado la definición y el contenido de los accidentes a los cuales se refiere, aunque por la lógica del autor se deduce que son los accidentes que pueden ser causados en tierra pero con efectos en las zonas marítimas.

<sup>144</sup> Convenio OSPAR de 1992 relativo a la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste

*los riesgos que, gracias a la escasez de los datos y a su naturaleza cuestionable, no permite establecer con una seguridad bastante el riesgo en cuestión...<sup>145</sup>».*

De esta manera se consagra la valoración científica de riesgos así no exista una fluidez de pruebas respecto a la causación potencial del riesgo.

## **B. Convenciones mundiales**

También están las cumbres, convenios, protocolos y demás documentos jurídicos de características internacionales, los cuales tienen como característica su rango de aplicación, toda vez que se aplican a la mayoría o a todos los países en la tierra, veamos:

- **Organización internacional de policía criminal (INTERPOL), 1923.**

En esta organización uno de sus objetivos principales es evitar el transporte ilegal de basuras, productos químicos y residuos nucleares, los vertidos contaminantes y el tráfico ilegal de especies protegidas, buscando además de ello la persecución de delincuentes en contra del medio ambiente<sup>146</sup>.

- **Convenio internacional para prevenir la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos - OILPOL 54, 1954.**

Celebrado con anterioridad al Tratado de Ginebra sobre derecho del mar de 1958 donde se estableció que gracias a las enmiendas que se adoptaron en el año de 1971<sup>147</sup>, las cuales regularon lo referente a la prevención de la contaminación en caso de accidentes en el mar, sobre todo respecto al establecimiento de límites en las dimensiones de los tanques de los buques petroleros<sup>148</sup>. Lastimosamente este instrumento jurídico fue insuficiente frente a toda la navegación intensiva que se produjo, por tal razón terminó siendo substituido por el Convenio MARPOL 73.78<sup>149</sup>, y a su vez este último puso de manifiesto las falencias en las anteriores

---

<sup>145</sup> Comunicación de las Comunidades Europeas: Comunicación de la comisión sobre el recurso al principio de precaución, 2000. Disponible en [http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2000/com2000\\_0001es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2000/com2000_0001es01.pdf). Página consultada el 6 de octubre de 2005, p.15.

<sup>146</sup> *Ibíd.* p. 144.

<sup>147</sup> *Ibíd.* p. 140.

<sup>148</sup> Además también se proporcionó un mecanismo de defensa de la barrera de coral de Australia.

<sup>149</sup> José Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Segunda Edición, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid – España. 1999. p. 141.

reglamentaciones<sup>150</sup> estableciendo finalmente un marco normativo que reguló el tema por medio de restricciones mucho más severas y técnicas para combatir la contaminación.

- **Convención de Ginebra sobre el alta mar, 1958.**

Este se ha referido al tema de la prevención de la contaminación también por causa de hidrocarburos y por vertimiento de sustancias radiactivas y otros agentes nocivos. Particularmente el artículo 25 este Convenio consagra la obligación de los Estados de tomar medidas para evitar la contaminación del mar por causa de la inmersión de desperdicios radiactivos, colaborando además con los organismos internacionales competentes para evitar la contaminación del mar y del espacio aéreo suprayacente causado por la realización de actividades con sustancias radiactivas principalmente<sup>151</sup>.

- **Convención de 1969.**

Este documento jurídico fue uno de los primeros tratados internacionales en reconocer las verdaderas consecuencias que podrían estar implicadas frente al hecho de no darle tratamiento normativo a las omisiones, en este sentido dicha convención nos trae medidas encaminadas a prevenir los peligros graves e inminentes en las costas por motivo de contaminaciones de derramamiento de petróleo teniendo siempre en cuenta el alcance y la probabilidad del daño *“the extent an probability of imminent damage if those measures are not taken”*.

Según lo dispuesto por este Tratado, el Estado ribereño tiene la potestad de adoptar las medidas necesarias dentro del mar para así prevenir, mitigar o eliminar todo el peligro que se ciña en contra tanto del litoral como de sus intereses relativos al tema<sup>152</sup>. Aunque frente a este procedimiento debe adicionársele el tema de las consultas previas que deben surtirse entre el Estado ribereño con el Estado de la nacionalidad del buque o sujeto activo que está perpetrando la amenaza en el primero, hasta llegar al límite de comprometerse a pagar una indemnización en caso de resultar excesivas las medidas que el Estado ribereño adoptase para el caso concreto.

Respecto al tema de la contaminación por medio de hidrocarburos, el cual se presenta como el objetivo principal, este Convenio posteriormente se amplió hacia otro tipo de

---

<sup>150</sup> Sobre todo frente al problema de los estándares aplicables a los buques e instalaciones portuarias.

<sup>151</sup> *Ibidem.* p. 137.

<sup>152</sup> José Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Segunda Edición, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid – España. 1999. p. 145.

substancias peligrosas por medio del Protocolo relativo a la intervención en alta mar en casos de contaminación del mar por substancias que resulten distintas a los hidrocarburos.

- **Guerreros del Arcoíris - Green Peace, 1971.**

Esta organización realiza acciones continuas principalmente de contenido cinematográfico, ello con el fin de protestar en contra de las industrias nucleares en los cinco continentes. Con sus barcos persiguen los buques que cargan plutonio además de patrullar las aguas en donde se llevan a cabo ensayos nucleares<sup>153</sup>.

- **Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, 1972.**

Establece como uno de sus principios esenciales que los recursos naturales de la tierra, entre ellos el aire, agua, tierra, flora y fauna deben ser preservados con el fin de beneficiar tanto a las generaciones presentes como a las futuras, esto debe lograrse por medio de métodos planificatorios dependiendo del caso. A su vez, debe prevenirse el riesgo del agotamiento de estos recursos con el fin de asegurar su sostenimiento en el tiempo (principios 2 y 5).

Este instrumento internacional establece además la necesidad de detener las sustancias contaminantes que podrían poner en peligro a la salud humana y a los ecosistemas (principio 6 y 7). A su vez los Estados tienen la obligación de cooperar para desarrollar así mecanismos efectivos de responsabilidad e indemnización a las víctimas de los daños ambientales (Principio 22)<sup>154</sup>.

- **Recomendación 102 del plan de acción adoptado también dentro de la Conferencia de Estocolmo.**

Este documento jurídico internacional expresa la necesidad de plantear un procedimiento de evaluación de las diferentes soluciones propuestas por la administración respecto a las técnicas y procedimientos de tratamiento de los problemas

---

<sup>153</sup> *Ibidem.* p. 146.

<sup>154</sup> La mayoría de los problemas ambientales que surgen en los países en desarrollo se deben principalmente a su condición de subdesarrollo, de esta manera la finalidad de los Estados debe ser la salvaguarda y mejora del medio con la ayuda de los medios otorgados por los países industrializados. República de Colombia-Ministerio del Medio Ambiente-Oficina Asesora de Negociación Internacional. Manual de Tratados Internacionales en Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Bogotá-Colombia. 1998. p 15.

ambientales, ello con base en las diferentes alternativas y enfoques multidisciplinarios que implica la noción de desarrollo.

- **Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, 1972 (Convenio de Londres)**<sup>155</sup>.

Según el cual se define el significado de vertimiento, entendiéndose este como “*toda evacuación deliberada*” dentro del mar tanto de desechos como de otro tipo de materias, el cual se realiza ya sea desde buques, aeronaves, plataformas u otro tipo de construcción dentro del mar<sup>156</sup>. Frente al procedimiento de prevención de contaminación que dispone este Convenio, se establece un mecanismo de autorización previa por medio de un sistema adicional de listas. En este sentido los desechos se agrupan de acuerdo a su grado de peligrosidad dentro de la llamada lista negra, lista gris, o lista verde, estableciéndose expresamente una prohibición de vertimiento de cualquier material enunciado en la lista negra. A su vez los elementos provenientes de la lista gris deben tener un permiso especial, y por último los de la lista verde no necesitan de permiso especial alguno<sup>157</sup>.

- **Programa internacional de educación ambiental, 1975.**

Lanzado por la UNESCO y el PNUMA con el fin de promover la educación ambiental en todos los grupos de edad, dentro y fuera de la educación formal<sup>158</sup>.

- **Convenio de MARPOL, 1973/78.**

Este Convenio integra la “*International convention for the prevention of pollution from ships*” establecida en el año de 1973 junto con su Protocolo del año 1978. Particularmente en el Anexo II, este Convenio establece en forma concreta los criterios que deben respetarse para así evitar la contaminación causada por las sustancias nocivas líquidas transportadas a granel, además se crean reglas específicas para prevenir la contaminación causada por hidrocarburos, por sustancias nocivas líquidas transportadas a granel, por sustancias perjudiciales transportadas por vía marítima en

---

<sup>155</sup> “El Convenio de Londres de 1972 sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias”, Yturriaga Barderán, J. A. Anuario del Instituto Hispano Luso Americano sobre Derecho Internacional - IHLADI, No. 4, Madrid-España. 1973, pp. 343-433 y The London Dumping Convention. The First Decade and Beyond, London-UK, 1991.

<sup>156</sup> Art. III. 1; define también al significado de vertimiento como: “*toda hundimiento deliberado en el mar de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar*”.

<sup>157</sup> José Juste Ruiz, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Segunda Edición, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid – España. 1999. p. 151.

<sup>158</sup> *Ibidem*. p. 141.

paquetes contenedores, tanques, camiones cisterna, etc., y para prevenir la contaminación para las aguas sucias de los buques y sus basuras<sup>159</sup>.

- **Conferencia mundial sobre desertificación. Plan de acción para combatir la desertificación, 1977.**

Este plan de acción busca principalmente la reducción significativa de los procesos de desertificación que están ocurriendo a lo largo del globo, para ello los Estados se comprometen a lograr resultados acomodados claramente a la realidad como por ejemplo, la promoción de medidas para la mejora del suministro y calidad de las aguas subterráneas, mejorar las condiciones de los pastizales empobrecidos y la propuesta de aplicar estos criterios a nivel mundial.

- **Estrategia mundial para la conservación, 1980.**

Redactada por la U.I.C.N., P.N.U.M.A y W.W.F., en colaboración intrínseca con la F.A.O y con la U.N.E.S.C.O, realizada en el año de 1980 donde establece la prevención de la extinción de especies toda vez que entre mayor sea la pérdida genética, será menos inminente la necesidad de justificar la acción preventiva para evitarla.

Por otro lado la estrategia propone como método de acción la combinación inteligente de remedios y de prevención, es decir enfrentar los problemas presentes y preparar a los diferentes gobiernos para enfrentar los futuros<sup>160</sup>.

- **Convenio de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, 1982.**

Este Convenio consagra dentro de su artículo 193 ciertas obligaciones de carácter específico: En primer lugar se adopta la obligación por parte de los Estados de “prevenir, reducir y controlar” la contaminación dentro del medio marino así proceda esto de cualquier fuente<sup>161</sup>. En segundo lugar construyó un marco jurídico que contribuye a la prevención, reducción y control de la contaminación marina<sup>162</sup>. Aunque en este punto resulta necesario aclarar que dichas herramientas son aun bastante precarias frente a la magnitud del tema, por ejemplo, se ha criticado mucho la falta de

---

<sup>159</sup> *Ibíd.* p. 143.

<sup>160</sup> Silvia Jaquenod de Zsogon, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Monografías del MOPU, Madrid-España. 1986, p. 373.

<sup>161</sup> *Ibíd.* p. 161.

<sup>162</sup> *Ibíd.* p. 164.

un procedimiento específico para la autorización y regulación de las emisiones potencialmente contaminantes que producen los Estados<sup>163</sup>.

Por otro lado, se ha establecido dentro de este Convenio que los Estados ribereños cuentan con la facultad de dictar leyes o reglamentos que con finalidad de prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por los buques, siempre y cuando estos se encuentren sometidos a ciertas reglas establecidas dentro del mismo tratado<sup>164</sup>.

En tercer lugar, en caso de infracción de las reglas contenidas en estos estándares internacionales que crea el Convenio, el Estado “pabellón” puede ordenar la investigación inmediata respecto a la presunta infracción, y por consiguiente solicitar la ayuda y cooperación de otros Estados frente al proceso que se inicie en contra del Estado infractor<sup>165</sup>.

Por otro lado, cuando haya acaecido un accidente marino que produzca contaminación o amenaza grave de contaminación según la cual haya podido ser prevenida razonablemente, el Estado ribereño cuenta con la facultad de ejercer poderes de intervención, y según lo anterior hacer cumplir las reglas marítimas contenidas en este documento más allá de su mar territorial, las medidas que se establezcan deben guardar proporcionalidad con el daño real como potencial que se produzca, esto con el fin de proteger sus costas<sup>166</sup>.

Existen además otras disposiciones importantes dentro de este Convenio sobre el derecho del mar de 1982, como por ejemplo, el derecho con que cuentan los Estados para adoptar todas las medidas necesarias e importantes con el fin de evitar la contaminación resultante de los accidentes marítimos causados por buques, aun cuando estos se encuentren mas allá de su mar territorial. Frente a este tema, se puede traer a colación lo dispuesto por el artículo 221 respecto a las medidas utilizadas para evitar la contaminación<sup>167</sup>:

*“Ninguna de las disposiciones de esta Parte menoscabará el derecho de los Estados con arreglo al derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, a tomar y hacer cumplir más allá del mar territorial medidas que guarden proporción con el daño real o potencial a fin de proteger sus costas o intereses conexos, incluida la pesca, de la contaminación o la amenaza de contaminación resultante de un accidente*

---

<sup>163</sup> *Ibidem.* p. 165.

<sup>164</sup> *Ibidem.* p. 168.

<sup>165</sup> *Ibidem.* p. 169.

<sup>166</sup> *Ibidem.* p. 170.

<sup>167</sup> *Ibidem.* p. 172.

*marítimo o de actos relacionados con ese accidente, de los que quepa prever razonablemente que tendrán consecuencias perjudiciales”.*

Por otro lado, la obligación de prevención como uno de los principios generales del derecho internacional ambiental se fundamenta en una obligación de medios y no de resultado “*de actuar diligentemente para prevenir daños al medio ambiente, mediante una adecuada gestión del riesgo*<sup>168</sup>”.

- **Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar, 1982.**

Se regula el tema de la conservación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces migratorios, en su artículo 6° explica además que puede darse un enfoque precautorio por parte de los Estados con el fin de proteger sus recursos vivos además de preservar la fauna y flora del mar.

Por otro lado, plantea también la aplicación del principio de quien contamina paga, respecto a la obligación de reparar sobre quien ha causado un daño de tipo ambiental, incentivando la utilización de normas preventivas, en donde el contaminador-pagador debe asumir también los costos de la prevención, buscando además prevenir que la carga del deterioro ambiental corra por cuenta de los posibles contaminadores y no del conjunto de la colectividad<sup>169</sup>.

El Acuerdo menciona además que el principio de quien contamina paga debe suponer los siguientes presupuestos:

1. Los esfuerzos que deben realizarse para lograr tratamientos de prevención de la contaminación.
2. Los esfuerzos correspondientes a la reducción de la contaminación y la lucha contra esta<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> Universidad Externado de Colombia. Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo VI. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2005. p. 434.

<sup>169</sup> *Ibíd.* p. 182.

<sup>170</sup> Michel Prieur et Claude Lambrechts. Les Hommes et L'Environnement, Mankind and the Environment. En Hommage á Alexandre Kiss. Ediciones Frison-Roche. Ouvrage Puclié avec le Concours de L'Université Robert Schuman de Strasbourg. Paris-Francia, 1998. p. 82.

En este sentido, el principio de quien contamina paga, debe basarse precisamente en la necesidad de tomar medidas de carácter preventivo y hasta curativas por medio de procedimientos y acciones administrativas tales como la inspección, autorización, etc.

- **Carta mundial de la naturaleza, 1982.**

Consagrada en la Resolución 37/7 del 28 de octubre de 1982 en la asamblea general de las Naciones Unidas, planteando que se evitarán las acciones tendientes a causar daños de naturaleza irreversible en el medio ambiente, además de exponer respecto a las actividades que de alguna manera perturben a la naturaleza, que estas últimas deben ser precedidas necesariamente por una evaluación de sus consecuencias, contando también con el análisis de un estudio de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre el medio ambiente, con el fin de reducir al mínimo los potenciales efectos dañinos. Se establece también que las medidas destinadas por los Estados para prevenir, controlar y mitigar tanto los desastres naturales, como las plagas y las enfermedades deben dirigirse necesariamente a eliminar las causas que crearon este tipo de problemas<sup>171</sup>.

El principio 11 de la carta mundial de la naturaleza también hace alusión al principio de precaución estableciendo que<sup>172</sup>:

*“se controlarán las actividades que puedan tener consecuencias sobre la naturaleza y se utilizarán las mejores técnicas disponibles que reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales; en particular:*

*a. Se evitarán las actividades que pueden causar daños irreversibles a la naturaleza.*

*b. Las actividades que pueden entrañar grandes 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...”*

De esta manera el planteamiento principal parte de la realización de la inversión de la carga probatoria respecto a la demostración de más beneficios en comparación con los daños causados. Ello en razón de la inversión de la carga hacia el sujeto activo o el promotor de actividades que entrañen graves peligros para el medio ambiente.

---

<sup>171</sup> Hernando Sánchez Sánchez. Código de Derecho Internacional Ambiental. Editorial de la Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2008. p 48.

<sup>172</sup> Claudia María Rojas Quiñonez. Evolución de las Características y de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y Su Aplicación en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2004. p. 180.

- **Declaración de Nairobi, 1982.**

También se pronuncia respecto a la prevención señalando que:

*“9. Es preferible prevenir los daños al medio ambiente que acometer después la engorrosa labor de repararlos. Entre las medidas preventivas debe figurar planificación adecuada de todas las actividades que influyen sobre el medio ambiente.”*

En este sentido, promueve la idea del análisis costo-beneficio, en razón de la producción de menores costos frente al uso de estrategias preventivas en comparación con las normas reparadoras del daño.

- **Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, 1985<sup>173</sup>.**

Este instrumento jurídico entró en vigor para Colombia en el mes de octubre de 1990, aquí las partes se obligan voluntariamente a cooperar en procesos investigativos y de intercambio de información para lograr así una mayor comprensión sobre los efectos de las actividades humanas en la capa de ozono. (Art. 2.2<sup>a</sup>), además de comprometerse a propiciar las medidas adecuadas para controlar, limitar, reducir y prevenir dichas actividades, cuando se compruebe que estas últimas eventualmente podrían tener efectos adversos dentro de la capa de ozono<sup>174</sup>.

Además de ello, su preámbulo menciona que son necesarias las medidas de precaución tanto en el ámbito nacional como internacional, ello con el fin de proteger la capa de ozono de las acciones humanas. Para ello se necesita la cooperación internacional con base en estudios científicos y técnicos en los siguientes temas:

Investigación sobre los efectos de la salud, biológicos y de fotodegradación:

1. Debe estudiarse la relación existente entre la exposición del ser humano a la radiación solar ultravioleta y el cáncer de piel y sus efectos sobre el sistema inmunológico.

---

<sup>173</sup> *Ibíd.* p. 133.

<sup>174</sup> Este instrumento fue pionero en su función de instrumento internacional ambiental en dar un enfoque de precaución a las posibilidades inminentes de producción de daños irreversibles dentro de la atmósfera. Este enfoque fue recogido posteriormente por el Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

2. Debe estudiarse la radiación ultravioleta y su influencia en los cultivos agrícolas, bosques y demás ecosistemas, en la cadena alimentaria acuática, etc.

3. Estudios sobre la radiación ultravioleta relacionada con la fotoreconstitución, adaptación y protección de los ecosistemas y especies del medio ambiente, sobre la sensibilidad y la actividad de las especies biológicas y los procesos primarios que estas realizan como la fotosíntesis.

4. Por último debe analizarse la influencia de la radiación ultravioleta en la fotodegradación de los agentes contaminantes, etc.

En el mismo sentido, este documento jurídico internacional propone el intercambio de información técnica entre Estados, especialmente sobre el uso de tecnologías alternativas destinadas a la reducción de las emisiones de agentes destructores de la capa de ozono, los riesgos que implica la utilización de tecnologías alternativas, información socioeconómica y comercial sobre las sustancias que se mencionan en ese documento, información jurídica relacionada con leyes y medidas administrativas tendientes a la investigación jurídica para la protección de la capa de ozono, acuerdos internacionales sobre el tema y particularmente métodos para conceder licencias y patentes relacionadas con la protección de la capa de ozono.

- **Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, 1987<sup>175</sup>.**

Este Protocolo se adopta con el fin de crear medidas preventivas que controlen en forma equitativa las emisiones mundiales de sustancias que puedan dañar la capa de ozono con base en los adelantos científicos y técnicos para apoyar principalmente a los países en desarrollo.

Se considera además la importancia de promover la cooperación internacional en investigación, desarrollo y transferencia de tecnologías alternativas, así como también la realización de evaluaciones y exámenes de las medidas de control cada cuatro años a partir de 1990.

Aunado a lo anterior, las Partes de este Protocolo deberán adoptar las medidas que resulten con el fin de crear programas de transferencia tecnológica que logren mejores

---

<sup>175</sup> Ministerio del Medio Ambiente-Oficina Asesora de Negociación Internacional. Manual de Tratados Internacionales en Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. República de Colombia- Santafé de Bogotá-Colombia. 1998. p. 151.

productos sustitutivos y nuevas tecnologías que no presenten graves riesgos para el medio ambiente.

Por último, vale la pena anotar que en este instrumento también se dieron las directrices necesarias para controlar las emisiones de CFCs, además de un compromiso de control y protección de la capa de ozono y de las emisiones de gases<sup>176</sup>.

- **Cumbre de la tierra o Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y desarrollo, 1992.**

En esta Conferencia se aprobó la Convención marco sobre el cambio climático global como un avance dentro de las medidas prevencionistas y precautorias para la protección del derecho ambiental, admitiendo además la aplicación del principio precautorio pero partiendo del conocimiento de una mínima posibilidad de daño o la agravación que este podrá producir como consecuencia jurídica de la imposición de responsabilidades (Art. 3.3)<sup>177</sup>.

De la misma manera, este documento jurídico internacional consta de varios principios, entre estos se encuentra el “*criterio de precaución*” como parámetro de concreción de las directrices estatales respecto a la normatividad relacionada con el desarrollo sostenible<sup>178</sup>. Gracias al surgimiento de este documento jurídico internacional, nace una nueva corriente de pensamiento preocupada por las consecuencias y también por los efectos que conlleva el actuar de las acciones modernas y la influencia que estas últimas tienen sobre la naturaleza. En este sentido el nacimiento del principio de precaución se justifica con el fin de establecer criterios de prudencia antes de proceder a realizar determinada actividad<sup>179</sup>. De esta manera, podemos ver como evidentes los riesgos que involucran al ser humano, así como también ponerse de manifiesto el problema que apunta al hecho de no tener en cuenta los daños irreversibles<sup>180</sup>.

Ahora bien, respecto a este principio precautorio, se requiere a la autoridad administrativa para que en el evento de presentarse en forma potencial e inminente un

---

<sup>176</sup> Philippe Sands. Principles of International Environmental Law. Second Edition. Cambridge University Press. Cambridge-United Kingdom. 2005. p. 269.

<sup>177</sup> *Ibidem*. p. 39.

<sup>178</sup> Blanca Lozano Cutanda. Derecho Ambiental Administrativo. 7ª Edición Actualizada. Editorial Dykinson, S.L. Madrid-España. 2006. p. 54-55.

<sup>179</sup> “Si nuestra capacidad de prevención es menos limitada con respecto a las consecuencias negativas que a las consecuencias positivas, “Es de buen sentido concentrar el conocimiento emancipador en las consecuencias negativas, es decir, aplica la hermenéutica de la sospecha”. Gregorio Mesa Cuadros. Derechos Ambientales en Perspectiva de Integralidad. “Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado Ambiental de Derecho”. Primera Edición, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá-Colombia. 1997. p. 138.

<sup>180</sup> *Ibidem*. p. 139.

daño grave e irreversible, tome los instrumentos jurídicos y de hecho necesarios para mitigar dicho peligro. El hecho de acudir a la utilización de este principio resulta siendo una excepción, no podría pensarse en su constitución como regla general, y como condición “*sine qua non*” toda vez que necesita probarse la eventualidad respecto al daño grave e irreversible<sup>181</sup>.

En este mismo sentido, el principio precautorio presenta también algunos problemas de carácter práctico dado que por el hecho de no poseer características vinculantes, se crean temores hacia los Estados al hecho de comprometerse a adoptar medidas ambientales que entrañen elevados costos de tipo económico y que a su vez estos perjudiquen a su respectivo desarrollo. Por esta razón la única manera de vincular jurídicamente a los Estados para que estos últimos tomen los correctivos del caso y así lograr metas que vallan acordes a la protección ambiental, es introduciendo la ponderación del aspecto económico en dichas medidas.

La Cumbre de la tierra pretendió respetar todo lo referente a los derecho de igualdad entre las personas, además de promover un cambio radical en los patrones existentes de producción y de consumo, vigilando los principios de derecho ambiental tal y como son la cooperación internacional, la prevención, la participación ciudadana, etc., todos estos con el fin de lograr crear una cultura eficiente en materia de derecho ambiental<sup>182</sup>.

- **Cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible. Declaración autorizada - sin fuerza jurídica obligatoria - de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo, 1992.**

En este documento se expone que por la importancia tan significativa de los bosques para la vida del hombre se debe propiciar la promoción de evaluaciones de impacto ambiental como medida eficaz de mitigación de potenciales efectos negativos sobre el medio ambiente (principio 8h)<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Enrique González Villa. Derecho Ambiental Colombiano. Parte General. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2006. p. 95.

<sup>182</sup> Claudia María Rojas Quiñonez. Evolución de las Características y de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y Su Aplicación en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2004. p. 66.

<sup>183</sup> *Ibidem*. p. 77

- **Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, 1992<sup>184</sup>.**

Dentro de esta convención se reconoce el principio de “*responsabilidades comunes pero diferenciadas y el principio de precaución,*” además de ello se plantea la necesidad de lograr un derecho que favorezca el desarrollo sostenible de los Estados (artículo 3). Dicho reconocimiento se configura en el sentido de crear un deber jurídico hacia las Partes vinculadas a él para prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático, mitigando sus efectos adversos.

El artículo 3º establece que cuando se presenten amenazas de daños graves e irreversibles, no debe utilizarse como excusa para posponer la aplicación de normas jurídicas preventivas al hecho de no encontrarse certidumbre científica total.

A su vez, las medidas de prevención deben tener en cuenta los diferentes contextos socioeconómicos, abarcando así a todos los sectores económicos por medio de la cooperación entre las Partes interesadas.

El artículo 4º expone por su lado como compromisos improrrogables de las Partes, la elaboración y actualización de los inventarios nacionales de emisiones antropógenas y de absorción por los sumideros de todos los gases del efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal.

Por otro lado, otro de los compromisos hace relación a la cooperación internacional para la adaptación a los impactos del cambio climático, donde deben también desarrollarse planes de gestión de zonas y recursos hídricos.

Se busca además que se tomen todas las medidas sociales, jurídicas, económicas, y ambientales necesarias como por ejemplo, las evaluaciones de impactos ambientales, ello con el fin de reducir al mínimo los efectos adversos en la economía, salud pública y calidad del medio ambiente de los proyectos que realicen las Partes para mitigar el cambio climático.

También está el compromiso para apoyar y promover la cooperación en investigación científica, tecnológica y técnica para la observación sistemática del cambio climático, ello con el fin de facilitar la comprensión de sus causas y consecuencias económicas y sociales.

---

<sup>184</sup> República de Colombia-Ministerio del Medio Ambiente-Oficina Asesora de Negociación Internacional. Manual de Tratados Internacionales en Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Santafé de Bogotá-Colombia. 1998. p 175.

Este Convenio sobre el cambio climático<sup>185</sup> se ha constituido como un acuerdo entre los Estados Partes sobre una serie de obligaciones mínimas y concretas, entre ellas lograr la “estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero<sup>186</sup> en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible<sup>187</sup>” (artículo 2 del Convenio).

Dentro de este contexto, también se prevé que las medidas que las Partes vayan a adoptar deben ser inspiradas en los siguientes principios (artículo 3º del Convenio)<sup>188</sup>: - la protección del sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras<sup>189</sup>. - Las responsabilidades que resulten comunes pero a la vez diferenciadas de las Partes<sup>190</sup>. - El principio de precaución<sup>191</sup>. - Principio de desarrollo sostenible<sup>192</sup>. - Y por último se establece el planteamiento de combatir el cambio climático por medio de criterios que no constituyan un medio de discriminación del comercio internacional<sup>193</sup>.

- **Acuerdo sobre las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias, 1995.**

Este documento internacional contiene disposiciones de prevención y precaución en beneficio de las poblaciones de peces que se encuentren en alta mar:

---

<sup>185</sup> Por “cambio climático” se puede entender como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos de tiempo comparables” (artículo 1.2 del Convenio)

<sup>186</sup> Por “gases de efecto invernadero” se entiende aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y remiten radiación infrarroja (artículo 1.5 del Convenio)

<sup>187</sup> José Juste Ruiz, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Segunda Edición, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid – España. 1999. p. 290.

<sup>188</sup> Estos Principios ya habían sido reconocidos dentro de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo del año de 1992.

<sup>189</sup> Puede consultarse también frente a este tema lo relacionado a la equidad intergeneracional en D’Amato, A. “Do We Owe a Duty to Future Generations to Preserve the Global Environment., American Journal of International Law – AJIL. United States. 1990, p. 190-198; y Brown Weiss, E., “Intergenerational Equity: A Framework for Global Environmental Change”, Environmental Change and International Law, United Nations University Press, Tokio-Japón. 1992, p. 385-412.

<sup>190</sup> Se puede asimilar al Principio 7 de la Declaración de Río de 1992.

<sup>191</sup> Se puede asimilar al Principio 15 de la Declaración de Río de 1992.

<sup>192</sup> Se puede asimilar al Principio 3 de la Declaración de Río de 1992.

<sup>193</sup> Se puede asimilar al Principio 12 de la Declaración de Río de 1992.

“...salvo que los artículos 5 (principios generales mutatis mutandis), 6 (principio de precaución) y 7 (compatibilidad de las medidas de conservación y de ordenación) se aplicarán también dentro de estas zonas sometidas a jurisdicción nacional<sup>194</sup>”.

En este sentido, la aplicación del principio de precaución se realiza por medio del artículo 6º del Acuerdo, garantizando así un máximo nivel sostenible de las pesquerías previniendo además la sobreexplotación, la minimización de las capturas incidentales y la protección de la biodiversidad marina<sup>195</sup>.

- **Protocolo de enmienda de 1996 relativo al “Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimientos de desechos y otras materias de 1972”.**

Este protocolo debe remplazar al Convenio de 1972<sup>196</sup>. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2º del Protocolo, las Partes “adoptarán medidas eficaces...para prevenir, reducir y, cuando sea factible, eliminar la contaminación causada por el vertimiento o la incineración en el mar” de desechos u otro tipo de materias. Ahora bien, ya dentro del artículo 3º de la norma, se menciona que las partes deben aplicar un “*planteamiento preventivo*” o precautorio, pero a su vez, combinarlo con la armonización del principio de quien contamina paga<sup>197</sup>.

De la misma manera, se establece que las partes adoptaran medidas encaminadas a prevenir, reducir y eliminar la contaminación del mar<sup>198</sup>.

Por otro lado, dentro del artículo 8 del Protocolo, se mantuvieron las excepciones que pueden ser relativas a casos de fuerza mayor dentro del mar y que impliquen un riesgo inaceptable. En estos casos las disposiciones sobre vertimiento e incineración no resultan aplicables al caso concreto<sup>199</sup>.

Es importante señalar también que dentro de este Protocolo, concretamente en el párrafo 5º del artículo 16 se ha establecido que un Estado Parte, cuando este sea participe en una controversia respecto a la interpretación o aplicación del Protocolo, necesita del consentimiento del secretario general de la OMI frente a temas específicos sobre la interpretación y aplicación del artículo 3.1 (principio de precaución), ello con

---

<sup>194</sup> Art. 3. Del Acuerdo sobre especies transfronterizas y altamente migratorias, adoptado en Agosto de 1995.

<sup>195</sup> José Juste Ruiz Derecho Internacional del Medio Ambiente, Segunda Edición, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid – España. 1999. p 189.

<sup>196</sup> *Ibíd.* p. 152.

<sup>197</sup> *Ibíd.* p. 153.

<sup>198</sup> *Ibíd.* p. 154.

<sup>199</sup> *Ibíd.* p. 155.

el fin de poder llegar a una solución del litigio dentro de un marco de decisión arbitral<sup>200</sup>.

- **Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del Convenio de diversidad biológica, 2000.**

Adentrándonos en esta norma, se encuentra establecido el llamado “*acuerdo fundamentado previo*”, según el cual se crean procedimientos específicos para autorizar por parte del país importador previamente al primer movimiento transfronterizo de OGM<sup>201</sup>, y así introducir en forma eminentemente voluntaria dichos organismos a su territorio. La anterior autorización debe basarse en criterios de “*evaluación del riesgo*” (art. 15. Y el anexo III del Protocolo).

El Protocolo de Cartagena o Protocolo sobre la seguridad de la biotecnología (Montreal, 2 de febrero de 2000) establece concretamente que con base en lo dispuesto por el principio de precaución consagrado en la Declaración de Rio de Janeiro, se debe contribuir para garantizar un nivel medio y adecuado de protección respecto a la “*transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que pueda tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y la salud humana, concertándose particularmente en los movimientos transfronterizos, conocidos como aquellos que traspasan las fronteras de un Estado*”<sup>202</sup>.

Adicionalmente hablando, dicho Protocolo en su artículo 1º también dispone que:

*“De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos”*<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> Ibídem. p. 156.

<sup>201</sup> Organismos Genéticamente Modificados

<sup>202</sup> Hernando Sánchez Sánchez. Código de Derecho Internacional Ambiental. Editorial de la Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2008. p. 23.

<sup>203</sup> Tomado de [https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D126D07107/6/material\\_docente/previsualizar?id\\_material=170376](https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D126D07107/6/material_docente/previsualizar?id_material=170376). Página consultada los días 14 y 15 de Julio de 2009.

Es del caso anotar además que el Protocolo de Cartagena es la manifestación regional de los esfuerzos realizados por la comunidad andina para poder encontrar instrumentos eficaces a la hora de evaluar los riesgos que se puedan presentar por razón de determinadas actividades o comercialización de ciertos productos, veamos:

Evaluación de riesgos, artículo 15: en este artículo se especifica que las evaluaciones de riesgo deben llevarse a cabo por medio de procedimientos científicos sólidos y conforme a las reglas reconocidas para el tema, y será el notificador quien será el responsable de asumir los costos de la evaluación del riesgo si así lo necesita la Parte importadora.

Se define además que la evaluación del riesgo objetivo es la determinación y evaluación de los posibles efectos negativos de los organismos vivos modificados, teniendo en cuenta los riesgos en la salud humana.

Del mismo modo, la evaluación del riesgo debe realizarse por conducto de procedimientos transparentes y científicamente competentes, con base en la asesoría de expertos y las directrices de las organizaciones internacionales relacionadas con el tema.

De esta manera resulta importante señalar que respecto a la falta de conocimiento científico, esta no se tomará necesariamente como un indicador de un determinado nivel de riesgo, ausencia de riesgo o de un riesgo aceptable.

La evaluación del riesgo debe realizarse caso por caso y el nivel de detalle podría variar dependiendo del organismo vivo modificado del que se trate. Por esta razón como estrategia metodológica se debe:

1. Identificar las características genotípicas y fenotípicas nuevas del organismo vivo modificado.
2. Evaluar la probabilidad de que esos efectos adversos ocurran realmente.
3. Evaluar las consecuencias si estos efectos adversos llegasen a materializarse.
4. Estimar el riesgo general planteado por el organismo vivo modificado con base en una evaluación de probabilidades de efectos adversos.

5. Recomendar si los riesgos son aceptables o gestionables y las estrategias para reducirlos.

6. Si llegase a existir incertidumbre respecto al nivel de riesgo, puede solicitarse información adicional poniendo además en práctica estrategias de gestión del riesgo.

### **C. Fallos jurisprudenciales de carácter internacional.**

Para culminar con el análisis de los elementos jurídicos que componen la temática de la prevención de riesgos ambientales, se enmarcan también los fallos jurisprudenciales de las Cortes más representativas en el orden mundial y local, así podrá conjugarse un panorama normativo completo, veamos:

- **Tribunal de Justicia Europeo**

Hablando también de fallos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia Europeo referentes a la aplicación del principio de precaución, podemos ver la sentencia del 5 de mayo de 1998 referente a la prohibición de exportación de ganado vacuno por parte del Reino Unido, ello como mecanismo para contrarrestar la transmisión de la EEB; también están las sentencias del 16 de julio de 1998 y del 30 de junio de 1999 en donde se relaciona el tema de protección de la salud de la población consumidora y la sentencia del 21 de marzo de 2000 en la cual se plantea la modificación de la Directiva relacionada con el tratamiento de organismos genéticamente modificados y la obligación de etiquetado<sup>204</sup>.

- **Corte Internacional de Justicia**

El caso más significativo de la Corte Internacional de Justicia relativo al tema de la prevención de riesgos y aplicación de métodos precautorios puede verse reflejado en la decisión Nueva Zelanda vs Francia, con motivo de los ensayos nucleares que este último se encontraba realizando.

En esta decisión se comienzan a conocer y aplicar las reglas del derecho internacional del medio ambiente, las cuales aparecen claramente en las ordenanzas de 1995 donde Francia reconoce claramente la existencia de una obligación general de prevención de los daños al

---

<sup>204</sup> Pedro Castellano Rausell. Director. La Responsabilidad Penal de las Actividades de Riesgo. Presidente de la Audiencia Provincial de Valencia. Cuadernos de Derecho Judicial. Imprime Lerko Print. S.A. Madrid-España. 2002.

medio ambiente, además de realizar evaluaciones respecto a incidencias sobre el medio ambiente por medio de la aplicación del principio de precaución<sup>205</sup>.

De la misma manera, otra decisión que resulta relevante a tratar por medio de la Corte Internacional de Justicia, nace de la controversia en la decisión Gabcikovo-Nagymaros. Donde los Estados de Hungría y Checoslovaquia se pusieron de acuerdo para construir y explotar el sistema Gabcikovo-Nagymaros, Hungría por su lado suspende las obras abandonando su trabajo, tras la consulta de estos proyectos se creó una obligación respecto a la evaluación de los incidentes por medio de principios y reglas del derecho internacional del medio ambiente. En este sentido se aplicó el artículo 21 de la Declaración de Estocolmo, el principio No. 2 de la Declaración de Río y el principio de precaución<sup>206</sup>.

De todas formas, en el caso concreto de Gabcikovo-Nagymaros, se plasma la discusión si la Corte Internacional de Justicia puede tener como punto importante para establecer su fallo la “*incertidumbre científica*” dentro del examen de las pretensiones medioambientales o si esta situación puede ser solucionada por medio del examen juicioso de los problemas procedimentales o substanciales. De una u otra forma, la Corte Internacional de Justicia ve como absolutamente necesaria la evaluación de los aspectos científicos y técnicos del caso en conflicto<sup>207</sup>.

- **Jurisprudencia de tribunales estatales:**

España<sup>208</sup>.

La sala segunda del Tribunal Supremo Español, en sentencia del 14 de septiembre de 2001<sup>209</sup> trata el tema de las sanciones y delitos alimentarios, ello haciéndose relación al consumo o utilización de determinadas sustancias prohibidas para la elaboración de compuestos para animales. Por lo tanto, al determinarse esta sustancia como prohibida para este tipo de procedimientos, resulta indiferente el hecho de que esta última sea inofensiva.

Brasil.

---

<sup>205</sup> Michel Prieur et Claude Lambrechts. Les Hommes et L'Environnement Mankind and the Environment. En Hommage á Alexandre Kiss. Editions Frison-Roche. Ouvrage Puclié avec le Concours de L'Université Robert Schuman de Strasbourg. Paris-France. 1998. p. 330-331.

<sup>206</sup> Ibídem. p. 332-333.

<sup>207</sup> Ibídem. p. 334.

<sup>208</sup> [http://www.organicconsumers.org/ACO/articulos/article\\_9099.cfm](http://www.organicconsumers.org/ACO/articulos/article_9099.cfm)

<sup>209</sup> <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/>

En un caso fallado por la justicia del Estado de Paraná, el día 30 de noviembre de 2005 se determinó que las actividades relacionadas con la investigación de organismos transgénicos de la empresa Syngenta Seeds en el Parque Nacional Iguazú son ilegales. Ello en razón de la duda existente respecto a la consecución de riesgos por conducto de estos organismos.

Argentina<sup>210</sup>.

El Tribunal de Justicia de Río Negro en Argentina, en fallo proferido el día 17 de marzo de 2005, se establece que respecto al sistema de responsabilidad por causación de riesgos, plantea el alto Tribunal que a partir de la segunda mitad del siglo XX es creado un sistema de previsión de responsabilidad universal de riesgos partiendo así de las probabilidades de causación de daños con base en previsiones de características eminentemente racionales, máxime si nos encontramos inmersos en contextos claramente enmarcados por los macropeligros tecnológicos.

Además de ello, el alto Tribunal expone la clara distinción respecto a cuáles son los elementos principales de los diferentes tipos de responsabilidad en los macropeligros de la siguiente manera:

1. En primer término la implementación de supuestos de responsabilidad para lograr la sanción ya sea en materia civil, penal o administrativa, satisface una exigencia de naturaleza ética;
2. Una segunda concepción de responsabilidad parte de su propensión hacia la cobertura de los riesgos con el fin de proteger a las víctimas. Este tipo de responsabilidad tiene la característica de poder prever la potencial mutualización de los riesgos;
3. Un tercer tipo de responsabilidad parte de la necesidad de participación de la comunidad, por ende este sistema propende para la garantía de los derechos de información y en general de naturaleza colectiva;
4. Por último encontramos un tipo de responsabilidad en donde su fundamento principal es la aplicación del principio de precaución con el fin de lograr la prevención de riesgos<sup>211</sup>.

Caso francés<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> <http://quadrelli.blogspot.com/2009/05/bordenave-sofia-s-mandamus-exhibicion.html>

<sup>211</sup> Ana Isabel Gómez Córdoba, Juan Pablo Galeano Rey, Carlos Guillermo Castro Cuenca, Julio César Montañez Ruiz, Fernando Suárez Obando, Lina María Salgar Espinosa, Germán Alonso Vélez Ortiz, Elizabeth López González, Carolina Franco Sánchez, Paola Liliana Páez Rojas. *Genética, riesgo y derecho penal: una aproximación interdisciplinaria*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2010. P. 236-237.

En este caso, la asociación “*Eaux et Rivières de Bretagne*” demandó a la empresa Monsanto, adjuntando además un conjunto de pruebas las cuales demostraban la peligrosidad en el medio ambiente y la salud humana del glifosato “*RoundUp*”, y donde se demostró la contaminación de las aguas por conducto de algunas sustancias producidas por este glifosato, además del carácter cancerígeno de dicho herbicida y de su propensión hacia la perturbación del sistema endocrino, máxime si ya para el año de 2001 la Comisión Europea catalogó a este producto como un elemento de alta toxicidad para los organismos acuáticos y con la capacidad de causar graves daños en el medio ambiente.

Caso Inglés:

En el Reino Unido, con base en el cultivo de OMG (farm scale evaluations – FSE), el gobierno británico pudo determinar con precisión cuáles eran los efectos adversos que se están causando sobre el medio ambiente y su diversidad biológica, principalmente por los cultivos de canola y remolacha dulce transgénicos. Concluyéndose así como efectos negativos la reducción de las malezas que surten de alimento a los pájaros e insectos<sup>213</sup>.

#### **1.4.2. Normatividad constitucional comparada relacionada con la prevención y precaución de riesgos.**

Hablando de la evolución normativa que ha tenido este tema de los documentos internacionales sobre la intervención de riesgos y el principio de precaución, la tendencia se ha dirigido hacia su constitucionalización, no sólo en Colombia, sino especialmente dentro de las demás cartas políticas latinoamericanas<sup>214</sup>, como por ejemplo en el caso de Panamá, donde en su Constitución de 1972 dispuso que se considera como una necesidad estatal el conservar las condiciones ecológicas, así como también prevenir la contaminación del ambiente armonizándolo con el desarrollo ecológico que debe tener el Estado panameño<sup>215</sup>. En Cuba, por medio de su Constitución promulgada en el año de 1976, dentro de su artículo 27 se estipuló que los órganos competentes además de cada uno de los ciudadanos, deben

---

<sup>212</sup> *Ibidem*. p. 240-241.

<sup>213</sup> *Ibidem*. p. 206

<sup>214</sup> Julio Cesar Rodas Monsalve. *Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano*. Segunda reimpresión. Tercer mundo editores en coedición con ediciones Uniandes. Bogotá-Colombia. 1997. p. 27.

<sup>215</sup> “**Artículo 114.-** Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana. **Artículo 115.-** El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas”. Constitución de Panamá.

velar para mantener limpias las aguas y la atmósfera, el suelo, la flora y la fauna del Estado cubano<sup>216</sup>.

De esta forma, algunos doctrinantes, exponen que la normatividad colombiana si bien ha evolucionado respecto a la implementación de herramientas jurídicas dentro de su ordenamiento, esta se ve resagada frente a su materialización, tal y como lo expuso en entrevista realizada al Doctor LUIS FERNANDO MACÍAS<sup>217</sup>, Socio de la firma consultora “Macías, Gómez y Asociados”, veamos:

*“Colombia está adelantada en ciertas cosas, está atrasada en su implementación, aquí no existe una cultura jurídica, la sociedad colombiana es una sociedad que no le gusta el derecho, a ella le gusta la ley para legitimar sus conductas, no importa cuál sea, pero no le gusta respetar el derecho, nuestra sociedad no es una sociedad de cultura jurídica, somos buenos leguleyos, técnicos del derecho, porque para eso somos muy buenos, pero los principios jurídicos Colombia está muy atrasada, hay otros países que tienen menos pero están mejor, por ejemplo comparados con países de Latinoamérica habría que ver, en Brasil no adelanta en muchas cosas, frente a otros países, de pronto Chile, estamos avanzados, frente a Argentina ahí vamos, Bolivia tiene legislación más moderna que la nuestra, lo que pasa es que no la aplican casi, hasta ahora la están aplicando, en las Constituciones de Bolivia y de Ecuador son mucho más ecológicas que la nuestra.*

*Este tema es relativo, tenemos mucha legislación, pero el punto está en cómo se aplica esa legislación en Colombia y como se respeta el orden jurídico, yo como abogado defendiendo el orden jurídico así no lo comparto”.*

De esta forma, se muestra como el Doctor MACÍAS expone la evolución de la normatividad de algunos ordenamientos jurídicos latinoamericano, señalando además que estos no han sido instrumentos infalibles, necesitando mayor implementación para el caso concreto.

Así las cosas, a continuación se traerán apartes de algunas constituciones latinoamericanas referentes al tema de evaluación de riesgos, prevención y precaución:

- Constitución de Brasil del 22 de septiembre de 1988.

---

<sup>216</sup>“Artículo 27o.- El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política. Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza”. Constitución de Cuba.

<sup>217</sup> Entrevista realizada el día 26 de noviembre de 2010.

Dentro del artículo 225 el Estado brasilero establece que todos sus ciudadanos conservan el derecho a tener un medio ambiente equilibrado, y para ello el Estado podrá imponerlo coercitivamente si es del caso, con el fin de preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

Se considera además una necesidad la preservación y restauración de los procesos ecológicos esenciales, además de disponer de un manejo ecológico de especies y ecosistemas.

La constitución también establece la necesidad de realizar estudios de impacto ambiental previos a la ejecución de un proyecto potencialmente dañino para el medio ambiente, además del deber de publicar el resultado de dicho estudio. Y por último promueve la educación ambiental en todos los niveles con el fin de estimular la conciencia pública respecto a la necesidad de protección del medio ambiente.

- Constitución de Colombia del 5 de julio de 1991<sup>218</sup>.

Particularmente en el artículo 49 nuestra Constitución establece la necesidad de lograr el saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En el artículo 79 se menciona el deber del Estado colombiano de proteger la diversidad e integridad del medio ambiente, además de conservar las áreas de importancia ecológica.

Por su lado, el artículo 80 es la norma que insta a la administración a la planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, conservándolos, restaurándolos y previniendo los factores de deterioro ambiental. Para lograr esto se autoriza a la administración para que imponga las sanciones que sean del caso, además de la exigencia de la reparación de los daños ambientales que se puedan causar.

De igual manera, el artículo 226 de la Constitución de 1991 establece que deben promoverse las relaciones jurídicas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

Aunado a lo anterior, el artículo 317 menciona que por medio de la imposición de tributos a la propiedad inmueble, un porcentaje de estos se destinará a las entidades encargadas del manejo y conservación del medio ambiente.

---

<sup>218</sup> <http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>. Página consultada el 21 de Enero de 2010.

Posteriormente, en el artículo 334 se encuentra la disposición de dirección general de la administración para explotar los recursos naturales y preservar un medio ambiente sano.

También vemos que el artículo 361 preserva la corriente protectora del derecho ambiental al destinar algunos recursos de las regalías a la preservación del ambiente.

- Constitución de Cuba del 24 de febrero de 1976<sup>219</sup>.

Particularmente en el artículo 27 esta Constitución consagra el deber del Estado y la sociedad de proteger la naturaleza y velar por mantener limpias las aguas y la atmósfera, protegiendo además la fauna y flora del país.

- Constitución del Salvador del 15 de diciembre de 1983 (modificada el 20 de noviembre de 1991)<sup>220</sup>.

Por su lado, el artículo 117 declara que es de interés social la protección, restauración, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales y para ello será el Estado salvadoreño el encargado de institucionalizar los programas de incentivos sobre el tema.

- Constitución de Guatemala del 15 de septiembre de 1965<sup>221</sup>.

En el mismo sentido, el artículo 118 de la Constitución guatemalteca menciona que es una obligación estatal la orientación de la economía nacional para utilizar en forma debida los recursos naturales.

Por su lado, en el artículo 119 la Constitución guatemalteca señala que otra de las obligaciones del Estado será la adopción de medidas necesarias para la conservación y desarrollo de los recursos naturales en forma eficiente.

Así mismo, el artículo 125 considera que la explotación de los recursos naturales no renovables debe hacerse por medio de métodos técnicos y racionales.

Finalmente el artículo 126 dispone que será de urgencia nacional y de interés social la reforestación del país, además que la explotación de los recursos forestales corresponderá en forma exclusiva a los ciudadanos guatemaltecos.

- Constitución de Haití del 21 de abril de 1987<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm> Página consultada el 21 de Enero de 2010.

<sup>220</sup> Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz, Ed., *Constitutions of the Countries of the World*. Constitución de El Salvador. Oceana Publications, New York-Estados Unidos. 1990.

<sup>221</sup> *Ibíd.*

<sup>222</sup> *Ibíd.*

Por su lado el artículo 253 de la Constitución haitiana, prohíbe expresamente cualquier actividad que pueda perturbar el balance ecológico dentro del Estado.

Igualmente en el artículo 254 se señala la necesidad de organización del realce de los sitios naturales con el fin de asegurar su debida protección.

Adicionalmente el artículo 255 dispone el deber de estimular el desarrollo de fuentes locales de energía solar, eólica y de otra índole con el fin de proteger las reservas forestales del Estado Haitiano.

Por último pero no menos importante, el artículo 256 referente al marco de protección medioambiental y de educación pública, el Estado debe también mantener y establecer jardines botánicos y zoológicos en diversas áreas.

- Constitución de Nicaragua del 9 de enero de 1987<sup>223</sup>.

Esta Constitución, en el marco de lo dispuesto en el artículo 60 consagra el derecho del pueblo nicaragüense a poseer un medio ambiente en condiciones saludables.

A su vez en el artículo 102 se dispone que los recursos naturales sólo serán de patrimonio nacional, además que la explotación de los recursos naturales le corresponde exclusivamente el Estado, pero a su vez este último podrá celebrar contratos de explotación racional de estos recursos.

- Constitución de Panamá del 11 de octubre de 1972 (modificada el 5 y 25 de octubre de 1978)<sup>224</sup>.

En el artículo 114 se establece que será un deber fundamental del Estado panameño la garantía de un ambiente sano para su población.

También como deber del Estado y de sus habitantes, dentro del artículo 115 se consagra que éstos tendrán que propiciar un desarrollo social y económico que no provenga de la contaminación del medio ambiente.

Además de ello, en el artículo 116 se especifica que el Estado panameño reglamentará las medidas para la adecuada utilización y aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marítima.

---

<sup>223</sup> *Ibíd.*

<sup>224</sup> *Ibíd.*

- Constitución de Paraguay del 20 de junio de 1992<sup>225</sup>.

Por su lado, el artículo 6 dispone que será el Estado paraguayo quien deberá fomentar la investigación de la relación entre la población-desarrollo económico con la preservación del medio ambiente.

De igual manera en virtud de lo dispuesto en el artículo 7° se constituyen los objetivos prioritarios de preservación, conservación, recomposición y mejoramiento del medio ambiente, para integrarlos dentro del ordenamiento jurídico que rige las actuaciones de la administración.

- Constitución de Venezuela del 23 de enero de 1961 (ratificada el 16 de marzo de 1983)<sup>226</sup>.

Dentro del artículo 106 expone esta Constitución que será el Estado venezolano quien conservará y defenderá los recursos naturales de su territorio, además que su explotación deberá estar principalmente en beneficio y cabeza de los ciudadanos venezolanos.

Respecto a los derechos y las obligaciones de los ciudadanos en materia ambiental, se han consagrado por parte de Estados como Brasil, Chile, Colombia y Paraguay dentro de sus correspondientes ordenamientos jurídicos, una serie de derechos que determinan el bienestar del ecosistema, especialmente el derecho a un ambiente sano, “*libre de contaminación*” o “*ecológicamente balanceado*”. Algunos de estos Estados confieren rango de derecho fundamental al derecho a un medio ambiente sano, tales como Chile, y Paraguay, y particularmente en la Constitución colombiana se considera al derecho ambiental como un derecho colectivo y social respectivamente. Además, vale la pena mencionar que sólo la constitución de Brasil consagra en forma expresa el principio de equidad intergeneracional, veamos todo ello<sup>227</sup>:

---

<sup>225</sup> <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/paraguay/para1992.html> Página consultada el 01 de Julio de 2010.

<sup>226</sup> <http://www.analitica.com/BIBLIO/anc/constitucion1999.asp> Página consultada el 21 de Enero de 2010.

<sup>227</sup> José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, una visión desde el sur. Publicación de la fundación para la investigación y protección del medio ambiente. FIPMA. El centro de asistencia legal ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p.105.

- Constitución de Chile del 8 de agosto de 1980 (modificada el 24 de octubre de 1989 y el 17 de agosto de 1989)<sup>228</sup>.

En el artículo 19 se dispone que se asegurará a los ciudadanos chilenos el derecho a vivir en un medio ambiente libre de toda contaminación, para ello la ley podrá crear restricciones para el ejercicio de algunos derechos y libertades con el fin de proteger al medio ambiente.

- Constitución de Paraguay del 20 de junio de 1992<sup>229</sup>.

Particularmente en el artículo 7 se establece que será derecho de todo ciudadano paraguayo el habitar en un medio ambiente saludable y ecológicamente equilibrado

- Constitución de Brasil del 22 de septiembre de 1988<sup>230</sup>

Con respecto a la Constitución brasilera, el artículo 225 claramente expresa que todos los ciudadanos brasileros tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, y para ello el Estado brasilero deberá preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales.

- Constitución de Colombia del 5 de julio de 1991<sup>231</sup>.

En nuestro país, en el artículo 58 se plasma que la propiedad privada, por contener intrínsecamente una función social, tendrá también una función ecológica.

A su vez, el artículo 67 se establece que la educación en Colombia deberá fundamentarse principalmente en la protección del ambiente

Igualmente, el artículo 95 plasma como deber de todo colombiano la protección de los recursos naturales y la conservación de un medio ambiente sano.

- Constitución de Cuba del 24 de febrero de 1976

El artículo 27 crea la necesidad de protección del medio ambiente por parte del Estado cubano, reconociendo también la relación intrínseca con el desarrollo económico y social sostenible con el fin de asegurar la seguridad de las generaciones presentes y futuras.

---

<sup>228</sup> Albert P. Blaustein y Gisbert H. Flanz, Ed. Constitutions of the Countries of the World, Constitución de Chile. Oceana Publications, New York-Estados Unidos, 1991.

<sup>229</sup> <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/paraguay/para1992.html> Página consultada el 01 de Julio de 2010

<sup>230</sup> <http://www.constitution.org/cons/brazil.htm> Página consultada el 01 de Julio de 2010

<sup>231</sup> *Ibíd.*

De esta manera, se denota la presencia de reglamentaciones ambientales a lo largo de las constituciones latinoamericanas, en aras de preservar el medio ambiente y propender por la prevención de daños en este.

### **1.4.3. Regulación normativa internacional de riesgos y seguridad genética.**

Ahora bien, frente al panorama internacional, la corriente jurídica no se aparta de la colombiana, la doctrina ha preferido señalar cuáles son los requisitos de las variedades vegetales, en vez de utilizar un criterio igualitario para todas estas, ya sea con material genético natural o modificado artificialmente. Como un ejemplo de esta situación tenemos a HOLTSMANN YDOATE, quien señala en este sentido que *“uno de los criterios para saber si la invención cuta protección se pretende debe ser protegida como vegetal es comprobar si dicha materia contiene todo el código genético para producir una planta entera”*<sup>232</sup>.

También frente a la protección intelectual ejercida sobre las obtenciones vegetales, tenemos a nivel internacional el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 1883, donde aclara que esta última debe ser entendida dentro de un ámbito de aplicación mucho más amplio que sólo para las industrias y el comercio, ya que también se utiliza para industrias agrícolas y todos los productos derivados de estas tales como vinos, frutos, animales, cervezas, flores, etc.

Es preciso señalar además, que dentro de este contenido, se permite que cada Estado parte posea libertad para decidir qué productos se excluirán de esta normatividad, y es así como muchos miembros han excluido las variedades vegetales<sup>233</sup>.

Estados Unidos por ejemplo, fue el primer Estado que le otorgó protección nacional a sus obtenciones vegetales, ello a través de la *“Plant Patent Act”*<sup>234</sup> creada en el año de 1930 e incorporada en el capítulo 15 de la 2ª parte del título 35 del *“United States Code”*<sup>235</sup> a través del cual se regula exhaustivamente su protección por medio de patentes<sup>236</sup>.

---

<sup>232</sup> Santiago Soler Lerma, Las obtenciones vegetales y sus diferencias con otras modalidades de propiedad industrial. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2007, p. 123.

<sup>233</sup> M. Zapater Espí, Marco jurídico internacional y comunitario de la protección de nuevas obtenciones vegetales. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2007, p. 18.

<sup>234</sup> Ley Townsed-Purnell

<sup>235</sup> Esta fue modificada por la “Plant Patent Amendments Act of 1998”

<sup>236</sup> Art. 161: *“Patents for plants whoever invents or discovers and asexually reproducers any distinct and new variety of plant, including cultivated sports, mutants, hybrids, and newly found seedlings, other than a tuber propagated plant or a plant found in an uncultivated state, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title.*

Posteriormente la protección de estas obtenciones vegetales se complementó por medio de la “*Plant Variety Protection Act*” del año 1970, donde además se crea una oficina encargada exclusivamente de la protección de las variedades vegetales<sup>237</sup>.

A partir de estas disposiciones norteamericanas, se inspiró para la reglamentación de las obtenciones vegetales en otros países, tal y como ocurrió en Alemania con el “*Sortenschutzgesetz*”, expedida para el día 11 de diciembre de 1985, y también en Dinamarca con la “*Act on Plant Variety Protection*” del año de 1987 y en España con la Ley 12 de 1975 y posteriormente la Ley 3 de 2000<sup>238</sup>.

En el mismo sentido, la Unión Europea dio inicio a una serie de disposiciones relativas a las obtenciones vegetales las cuáles fueron reguladas a través del Convenio internacional para la protección de las variedades vegetales de París del año 1961 (UPOV)<sup>239</sup>. Posteriormente el Consejo de Europa promovió una serie de reglamentaciones relacionadas con la temática<sup>240</sup> y ampliado a través del reglamento del entonces CE 1768 de la Comisión del 24 de julio de 1995.

Ya en Latinoamérica, a través de la decisión 345 de la CAN “*Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales*”, se expresó que “*Los países Miembros otorgarán certificados de obtentor a las personas que hayan creado variedades vegetales, cuando éstas sean nuevas, homogéneas, distinguibles y estables y se le hubiese asignado una denominación que constituya su designación genérica*”<sup>241</sup>

También el MERCOSUR sigue con esta dirección de liberación de la normatividad relativa a la protección de obtenciones vegetales, expidiéndose para ello la Decisión No. 8/95 del Consejo del Mercado Común y la Resolución No. 43/99 del Grupo Mercado Común.

Ahora bien, del lado de los derechos que se adquieren, principalmente a favor del obtentor de una variedad vegetal podemos ver el derecho a la exclusividad para así ejercer acciones las cuáles eviten que un tercero pueda explotar sin permiso la variedad vegetal obtenida. Por ejemplo, el artículo 23 de la Decisión 345 de 1993 CAN ha expresado que:

---

*The provisions of this title relating to patents for inventions shall apply to patents for plants, except as otherwise provided”.*

<sup>237</sup> Título 1 de la Plant Variety Protection Act.

<sup>238</sup> Ana Isabel Gómez Córdoba, Juan Pablo Galeano Rey, Carlos Guillermo Castro Cuenca, Julio César Montañez Ruiz, Fernando Suárez Obando, Lina María Salgar Espinosa, Germán Alonso Vélez Ortiz, Elizabeth López González, Carolina Franco Sánchez, Paola Liliana Páez Rojas. *Genética, riesgo y derecho penal: una aproximación interdisciplinaria*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2010. p. 337.

<sup>239</sup> Revisado por las actas del 10 de noviembre de 1972, del 23 de octubre de 1978 y del 19 de marzo de 1991.

<sup>240</sup> CE 2100/1994 del Consejo de Europa del 27 de julio de 1994

<sup>241</sup> Artículo 4 de la Decisión 345 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones

*“un certificado de obtentor dará a su titular la facultad de iniciar acciones administrativas o jurisdiccionales, de conformidad con su legislación nacional, a fin de evitar o hacer cesar los actos que constituyan una infracción o violación a su derecho y obtener las medidas de compensación o de indemnización correspondientes”.*

Además del tema de obtenciones vegetales, también están los criterios relacionados con la protección de consumidores en razón del consumo mismo de productos transgénicos. Así, la consecución de los esfuerzos para crear normatividad relacionada con la seguridad en nuevos campos para el derecho, ha sido una prioridad para los doctrinantes y demás jurisprudencia. Por esta razón, se están diseñando normas jurídicas de protección especial y seguridad en materia genética con el fin de prevenir la victimización a los diferentes consumidores.

El diseño de un compilado normativo de salvaguarda respecto a las víctimas consumidoras de alimentos, particularmente relacionados con la tecnología genética y su aplicación, resulta siendo una prioridad al aplicar instrumentos de prevención victimal, estas normas pueden verse reflejadas, por ejemplo, en los diseños creados por SCHEERER<sup>242</sup>, en donde implementa una serie de elementos o criterios especiales para aplicarse dentro de una legislación que asume una posición cautelar frente al riesgo genético, especialmente en la comercialización de productos transgénicos, veamos:

- Principio de legalidad: este se concreta en la no necesidad de sanción de una determinada actividad la cual incrementa un riesgo, siempre y cuando la actividad a la que podría conducir eventualmente no resulta siendo castigable. Por ejemplo no resulta viable la prohibición de comercialización de productos transgénicos con el argumento de que estos últimos aumentan el riesgo de causación de daños en la salud humana y el medio ambiente, toda vez que la comercialización de productos transgénicos en sí misma no es una actividad que resulte siendo sancionable.
- Principio de trivialidad: en este concepto jurídico se hace aplicable al concebir que no puede juzgar o criminalizarse, situaciones en las cuales el daño no resulta siendo sustancial, así el riesgo ya se haya materializado en sí mismo. Por esta razón no debe reprocharse como sancionable una determinada actividad amplificadora de un riesgo, siempre que el daño cuando este ya se ve materializado no resulta siendo de gran importancia.

---

<sup>242</sup> Scheerer, Sebastián, Los derechos fundamentales y la sociedad del riesgo”, en Derecho penal contemporáneo, Gustavo Ibáñez-Universidad Libre, Bogotá-Colombia, 2002, pp. 125-137.

- Principio de lejanía: este principio hace relación a la prohibición de interpretar un delito como una conducta que incremente la probabilidad del daño, siempre y cuando el daño esté suficientemente próximo. En este sentido, cuanto mayor sea la distancia entre el sujeto activo y la probabilidad de que su conducta cause un daño, serán mayores también los pasos intermedios que este sujeto debe sobrepasar para que el daño se materialice.

Es así como puede evidenciarse la cantidad de normas jurídicas referentes a la protección y seguridad genética que se está creando a nivel local y a nivel macro, ello con el fin de permear cada Estado de peligros potenciales, otorgándoles herramientas claras de control y vigilancia en esta materia.

#### **1.4.4. Intervención estatal en algunos ordenamientos jurídicos del “Common Law” frente al tratamiento de riesgos.**

Para la regulación normativa de riesgos, muchos de los temas administrativos y medioambientales han ocurrido a nivel estatal y regional, no sólo por medio de los órganos legislativos y ejecutivos, sino también por la regulación que el mismo juez propone. De esta manera, primariamente los Estados poseen competencia constitucional en esta área, pero también han habido creaciones de las diferentes Cortes estatales, específicamente hablando del tema medioambiental, donde muchos de los debates en la actualidad respecto al constitucionalismo administrativo tienen su epicentro en una serie de puntos descentralizados, como por ejemplo el caso australiano donde se tiende a entender al principio de precaución como un “*meta-principio*”<sup>243</sup>.

Aunque la situación es diferente en los Estados Unidos, donde los discursos del constitucionalismo administrativo son más explícitos y con más complicaciones en los conceptos legales, o en Australia donde han sido de naturaleza ambigua la revisión sobre los efectos que pueden presentarse sobre la interpretación del principio de precaución también dentro de los términos plasmados por el constitucionalismo administrativo.

Revisando los avances que a nivel comparado se pueden encontrar en otras normatividades internas, se entiende que los roles legales de este principio tienen diferentes maneras de enfoque dentro de los modelos de Estado, por ello, en este segundo capítulo podrán verse algunos ejemplos de los regímenes jurídicos del sistema inglés, americano y australiano en comparación con el colombiano<sup>244</sup>:

---

<sup>243</sup> Elizabeth Fisher. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing, North America. 2007. p. 54-55.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 57.

## A. Intervención de riesgos en Inglaterra.

No existe tradición probable de un intervencionismo del Estado central en Inglaterra antes de la mitad del siglo diecinueve. El primer ejemplo de esta intervención ante la regulación de los riesgos tecnológicos, fue en el tema de los efectos que podrían traer consigo la industrialización y la urbanización<sup>245</sup>. Se crearon para este fin nuevos cuerpos administrativos tales como “*the Factories Inspectorate*”, “*the Public Health Board*”, “*the Railways Inspectorate*”, y “*the Alkali Inspectorate*”.

En la última parte de este siglo se adicionaron otros regímenes para el tratamiento de la contaminación<sup>246</sup> y la seguridad alimentaria<sup>247</sup>. Esta es la manera de entender el rol de la administración inglesa en el proceso de evaluación de riesgos.

Aunado a lo anterior, la estructura de las agencias estatales inglesas fueron basadas en criterios de “*transparencia y manejo de la mejor ciencia...*”, por conducto de instrumentos jurídicos como el “*Food Standards Act 1999*” las agencias, al considerar ejercer o no su poder, o la manera en que planteará el ejercicio de cualquier poder, tendrán en cuenta principalmente: a) la naturaleza y la magnitud de los riesgos para la salud pública, u otra clase de riesgos que sean relevantes para la decisión (incluida cualquier incertidumbre en cuanto a la adecuación o la fiabilidad de la información disponible), b) los posibles costos y beneficios del ejercicio de la facultad o su ejercicio de tal forma que la agencia está considerando, y c) cualquier consejo o información dada por un comité consultivo (si no se da este por la misma agencia)<sup>248</sup>.

## B. Intervención de riesgos en los Estados Unidos.

Parte del proceso democrático en los Estados Unidos, estuvo constituido por la creación de nuevos regímenes regulatorios que protejan a la sociedad desde un punto de vista medioambiental y de riesgos hacia la salud. Dichos regímenes fueron inevitablemente de

---

<sup>245</sup> Oliver MacDonagh, “The Nineteenth Century Revolution in Government: A Reappraisal”. The Historical Journal, Cambridge University Press, New York - USA, 1958; y David Roberts, *Victorian Origins of the British Welfare State*. New Haven, Yale University Press. United States. 1960.

<sup>246</sup> Rivers Pollution Prevention Act, 1876

<sup>247</sup> Food and Drugs Act 1860; Pharmacy Act 1862; y Sale of Food and Drugs Act 1875.

<sup>248</sup> “a) *the nature and magnitude of any risks to public health, or other risks, which are relevant to the decision (including any uncertainty as to the adequacy or reliability of the available information); b) the likely costs and benefits of the exercise or non-exercise of the power or its exercise in any manner which the Agency is considering; and c) any relevant advice or information given to it by an advisory committee (whether or not given at the Agency’s request)*”.

corte administrativo en su naturaleza, además se crearon nuevos cuerpos administrativos para ejercer el control de riesgos<sup>249</sup>: “*the Environmental Protection Agency (EPA)*”, “*the Occupational Safety and Health Administration (OSHA)*”, “*the Consumer Product Safety Commission (CPSC)*”, “*the National Highways and Safety Transport Administration (NHSTA)*”, y “*the Nuclear Regulatory Commission*”.

Del mismo modo, cada agencia creada conservaba una estructura única, y de la misma manera, estas fueron ampliándose con variedad de programas y funciones que a su vez hacía de estos entes administrativos, organismos mucho más poderosos. En particular se hizo énfasis en tomar decisiones por parte de estos cuerpos administrativos con base en la información entregada por los procesos científicos en donde esta documentación fue recolectada y procesada por medio de procesos metodológicos<sup>250</sup>.

Muchas de las revisiones hechas por los jueces sobre la regulación de los riesgos hechos por cuerpos administrativos dentro de los Estados Unidos fueron realizadas por la Corte Federal del Circuito de Columbia, esta Corte encerró un importante debate respecto al rol y naturaleza de estas revisiones judiciales, analizándose también que las evaluaciones realizadas sobre los riesgos tecnológicos además de complejas, partían de la falta de certezas científicas, esto es aún materia del conflicto socio-político actual. Los reguladores de estos riesgos necesitan según la Corte de Columbia una considerable discreción, sometándose a los estándares de análisis, los cuales deben partir de bases racionales para la toma de decisiones respecto al tratamiento de esos riesgos, aplicando además los principios científicos disponibles<sup>251</sup>.

Para poder analizar una situación de riesgo en los Estados Unidos, más que una metodología analítica, se busca utilizar principalmente el sistema de “*checks and balances*”. Por ejemplo en la famosa decisión de “*Bazelon*”, o en el caso “*Natural Resources Defense Council vs United States Nuclear Regulatory Commission*”<sup>252</sup>, se otorgó por parte de la administración americana licencia para el funcionamiento de una planta de energía nuclear, aplicándose al caso concreto las reglas de la “*Nuclear Regulatory Commission*”. Esta última realizó los análisis correspondientes sobre el peligro nuclear dentro de la planta, desarrollando además una serie de fórmulas y tablas numéricas para un análisis de costo/beneficio<sup>253</sup>. Por esta razón, el caso “*Bazelon*” se caracteriza

---

<sup>249</sup> Elizabeth Fisher. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing. North America. 2007. p. 98.

<sup>250</sup> *Ibíd.*, p. 99-100.

<sup>251</sup> *Ibíd.*, p. 101.

<sup>252</sup> *Ibíd.* pp. 101-104

<sup>253</sup> *Ibíd.*, p. 105.

principalmente por el rol que tuvieron las cortes americanas en los temas de análisis de riesgos medioambientales.

Los casos más significativos en Norteamérica sobre el análisis de riesgos han sido principalmente el caso “*Leventhal*” y el caso “*Bazelon*”, los dos expresan la diferencia existente entre una decisión científica y una democrática respecto a la regulación de riesgos. “*Leventhal*” por su lado muestra cómo la ciencia fue definida en términos analíticos, en cambio para el caso “*Bazelon*”, regular la ciencia fue un ejercicio mucho más complejo e incierto<sup>254</sup>.

Dentro del caso “*American Petroleum Institute vs OSHA*”, el cual fue apelado para ingresar a la Suprema Corte de los Estados Unidos, se definió el concepto de “*riesgo significativa*”<sup>255</sup> definiéndolo de la siguiente manera:

“*si las probabilidades son de una entre mil, la inhalación de vapores de la gasolina regular que son 2% de benceno será fatal, una persona razonable podría considerar el riesgo significativo y tomar las medidas adecuadas para reducir o eliminar esta cantidad*”<sup>256</sup>.

De esta forma, el caso “*American Petroleum Institute vs OSHA*” definió expresamente que el riesgo debe estar contenido en términos cuantificables, haciendo que los términos legislativos resulten mucho más precisos. La evidencia substancial fue definida en relación al conocimiento científico y la calidad de esta fue juzgada respecto a la calidad de la ciencia<sup>257</sup>.

Fue también gracias al desarrollo de las nuevas metodologías analíticas como mecanismos comparativos de los riesgos, donde en la mitad de los años 90s se desarrollaron estas posibilidades de riesgo por medios metodológicos legislativos, dando como resultado el “*Data Quality Act*”<sup>258</sup>, este desarrollo permitió revisar y realizar las más importantes contribuciones para seguir comprendiendo el concepto de “*razonable*” respecto a las diferentes acciones administrativas en relación con la evaluación del riesgo.

---

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>256</sup> “... if the odds are one in a thousand that regular inhalation of gasoline vapors that are 2% benzene will be fatal, a reasonable person might well consider the risk significant and take appropriate steps to decrease or eliminate it” Benzene, p. 206 at 655

<sup>257</sup> Elizabeth Fisher. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing. North America. 2007. p. 114.

<sup>258</sup> C. Sunstein, *Free Markets and Social Justice*. New York- U.S.A., Oxford University Press, 1997 p.14.

El caso “Benzene” otorgó por su lado la dirección al reporte del “National Research Council (NRC)” en el llamado “Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process”<sup>259</sup> o también conocido como el libro rojo. Este reporte fue un análisis de todas las regulaciones sobre riesgos creadas por las agencias estatales, y dividió su contenido en procedimientos científicos del tratamiento de riesgos y procesos políticos para el tratamiento de estos<sup>260</sup>, demostrando así la diferenciación frente al tratamiento científico y el democrático de los riesgos.

En síntesis, muchas Cortes en los Estados Unidos están incrementado su trabajo respecto al análisis de agencias que evalúan los riesgos, como en los casos anteriormente vistos, o en el caso “Corrosion Proof Fitting v EPA”, donde la Corte no sólo se limitó al análisis metodológico de costo/beneficio, sino que además estudió los demás riesgos que la agencia estatal debió considerar<sup>261</sup>. Este estudio parte de la base de la cuantificación del riesgo, de la división entre el análisis científico y democrático de los peligros, y del contenido específico del llamado “riesgo significante”.

### C. Intervención de riesgos en Australia.

En esta última década, el principio de precaución ha sido el centro de debates dentro del constitucionalismo administrativo australiano, ello se debe principalmente al hecho que este principio estudia la forma en que la información y la falta de certeza científica inciden en diferentes ámbitos, además de mostrar una salida flexible que pueda ofrecer soluciones al problema de la evaluación de riesgos, entendida esta como una herramienta eficaz para la administración pública<sup>262</sup>.

Las muestras de los impactos ambientales de las actividades riesgosas han sido el tema más importante en el derecho ambiental australiano<sup>263</sup>, los problemas creados por la falta de certeza científica para poder desarrollar procesos a largo plazo se han visto como evidentes, el conocimiento acerca del sistema es limitado y sus consecuencias pueden ser

---

<sup>259</sup> National Research Council, *Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process*. National Academy Press, Washington DC – United States. 1983

<sup>260</sup> Elizabeth Fisher. *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing. North America. 2007. p. 116.

<sup>261</sup> *Ibidem*. p. 119.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>263</sup> B Preston, *Environmental Litigation*. Law Book Company Ltd. Sydney-Australia.1989.

irreversibles, y el tipo de falta de certezas científicas envueltas en estos problemas son más numerosas que respecto a los riesgos a la salud<sup>264</sup>.

Cuando el principio de precaución fue introducido dentro del derecho ambiental australiano en la época de los noventa éste se realizó durante un “*período excepcional de la innovación institucional del medio ambiente*”<sup>265</sup>, como concepto principal dentro de los mecanismos de evaluación de riesgos, también se incluyó como guía en dos de las iniciativas del gobierno federal australiano<sup>266</sup>: “*the national strategy on ecologically sustainable development (ESD)*” y “*the intergovernmental agreement on the environment (IGAE)*”. En estas iniciativas, el principio de precaución fue formulado en los siguientes términos<sup>267</sup>: cuando haya peligro de daño ambiental grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para posponer medidas para prevenir la degradación del medio ambiente.

De esta manera, el gobierno federal australiano establece que para la aplicación del principio de precaución, las decisiones públicas y privadas deben guiarse por: i) una evaluación cuidadosa para evitar, siempre que sea posible, un daño grave o irreversible al medio ambiente, y ii) una evaluación de las consecuencias del riesgo ponderado de las distintas opciones<sup>268</sup>. La consecuencia práctica de la inclusión de este principio dentro del contexto de estos dos documentos estatales fue el hecho de brindarle una mayor relevancia a este principio para la toma de decisiones dentro de la administración pública australiana respecto a los temas de evaluación de riesgos medioambientales.

La relevancia legal de este principio fue estructurada y definida principalmente por la iniciativa ESD<sup>269</sup>, convirtiendo al principio de precaución en parte integral de las decisiones medioambientales de la administración australiana, aplicándose además en todos los aspectos de planeación medioambiental.

---

<sup>264</sup> Elizabeth Fisher. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing. North America. 2007. p. 128.

<sup>265</sup> J Barry and R Eckersley (eds), *The State and the Global Ecological Crisis*. Cambridge, MIT Press, New-York-United States. 2005 p. 32.

<sup>266</sup> Elizabeth Fisher. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing. North America. 2007. p. 130.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>268</sup> “Where there are threats of serious or irreversible environmental damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation. In the application of the precautionary principle, public and private decisions should be guided by: i) careful evaluation to avoid, wherever practicable, serious or irreversible damage to the environment; and ii) an assessment of the risk-weighted consequences of various options”. Sección 3.5.1 de la IGAE.

<sup>269</sup> The National Strategy on Ecologically Sustainable Development

Por su lado, los debates ocurridos en torno a la evaluación de riesgos relacionada con este principio han sido establecidos dentro del contexto de los litigios en derecho público en numerosas cortes federales y del Estado australiano. De esta manera, existen en Australia más de 100 decisiones de cortes y tribunales en donde el principio de precaución ha sido sujeto de análisis legal<sup>270</sup>, donde su aplicación hace referencia a un ejercicio de discrecionalidad administrativa frente a la autorización de una actividad o la obtención de una licencia o algún permiso<sup>271</sup>.

Frente a las decisiones judiciales tratando el tema de riesgos, la administración medioambiental australiana ha estipulado en sus bases el paradigma del constitucionalismo administrativo por medio del caso “*Leatch vs. National Parks and Wildlife Service*”, convirtiéndose en el más significativo dentro del Estado australiano.

En este litigio se necesitaba una licencia de construcción, toda vez que se creía que esta obra tendría un impacto gigantesco en muchas especies de la zona, evaluándose el impacto que tendría este proyecto en la fauna y por este motivo se aplicó el principio de precaución<sup>272</sup>. Este último tuvo una relevancia legal ya que se lo describió en este caso como:

*“...el principio de precaución es una afirmación de sentido común y ya ha sido aplicado por los responsables políticos en las circunstancias adecuadas antes del principio de que se precisan, está orientado hacia la prevención de daños graves o irreversibles al medio ambiente en situaciones de incertidumbre científica, su premisa se establece cuando existen situaciones de incertidumbre o ignorancia sobre la naturaleza o sobre alcance de los daños al medio ambiente”<sup>273</sup>.*

Por esta razón, dentro del ordenamiento jurídico australiano puede concluirse que la evidencia de las condiciones medioambientales y el impacto potencial son altamente importantes, por ello no sólo resulta necesario estudiar todos los diferentes tipos de falta de certeza que envuelven una decisión, sino también debe analizarse cómo esa falta de certeza

---

<sup>270</sup> Para estudios de más casos ver Paul L. Stein, “Are Decision-Makers too Cautious with the Precautionary Principle?” Supreme Court of New South Wales, Sidney-Australia. 2000.

<sup>271</sup> Elizabeth Fisher. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing. North America. 2007. p. 132.

<sup>272</sup> *Ibidem*. p. 140.

<sup>273</sup> “*In my opinion the precautionary principle is a statement of common sense and has already been applied by decision-makers in appropriate circumstances prior to the principle being spelt out. It is directed towards the prevention of serious or irreversible harm to the environment in situations of scientific uncertainty. Its premise is that where uncertainty or ignorance exists concerning the nature or scope of environmental harm (whether this follows from policies, decisions or activities), decision makers should be cautious*”. Leatch. p. 50 at 282.

impacta en los valores que se están tratando de proteger<sup>274</sup>, esto por medio de un estudio investigativo de fondo, donde se considere cada uno de los riesgos que están implicados en la ecuación, como en el caso “*Leatch*”, donde el Juez STEIN JS se refirió al principio de precaución y a la investigación que debe considerar todos los riesgos latentes, en los siguientes términos:

*“... El requisito que debe tener el tomador de decisiones es ser prudente, esto dice algo acerca de la forma en que la decisión debe ser tomada. Tiene que haber una investigación, o la referencia a la investigación disponible, la consideración de los riesgos, y una vez más pesimista que la visión optimista de los riesgos que deben ser tomadas. Sin embargo, este requisito no es en cualquier caso particular, especificar con precisión lo que la investigación debe llevarse a cabo, o cuando el riesgo debe ser considerado para ser tan pequeño que con seguridad no será necesario...”<sup>275</sup>”.*

Por otro lado, la aplicación del principio de precaución relativo al análisis de incertidumbres científicas como mecanismo de evaluación de riesgos también puede verse reflejado en el caso “*Greenpeace Australia Ltd vs Redbank Power Company Pty Ltd*”<sup>276</sup>, donde el interés principal del grupo “*Greenpeace*” fue argumentar que el principio de precaución debía operar en relación al problema de las emisiones de dióxido de carbono que expulsaba la planta de energía de la empresa “*Redbank Power Company Pty Ltd*”, planteándose además respecto a este principio que<sup>277</sup>:

*“El punto importante acerca de la aplicación del principio de precaución en este caso es que “los tomadores de decisiones deben ser cautos....La aplicación del principio determina que un enfoque precautorio debería adoptarse en la evaluación de los diversos factores pertinentes para determinar si procede o no el consentimiento...”<sup>278</sup>”.*

De esta manera puede entenderse que este principio se aplica a los procesos de toma de decisiones medioambientales.

---

<sup>274</sup> Elizabeth Fisher. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing, North America. 2007. p. 141.

<sup>275</sup> *Ibidem*. pp. 141-143

<sup>276</sup> <http://www.unescap.org/drapad/vc/document/compendium/au1.htm> Página consultada el día 12 de julio de 2010

<sup>277</sup> Elizabeth Fisher. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing, North America. 2007. p. 143.

<sup>278</sup> “The important point about the application of the precautionary principle in this case is that “decision makers should be cautions” (per Stein J in *Leatch v National Parks y Wildlife Service y Anor* (1993). *The application of the precautionary principle dictates that a cautions approach should be adopted in evaluating the various relevant factors in determining whether or not to gran consent...*” *Ibidem*. p. 143

De igual manera, también se aplicó este principio para apoyar la toma de decisiones por parte de la administración, desde esta perspectiva el principio se ha descrito como un elemento central en la creación de la decisión y como un método de protección de valores medioambientales<sup>279</sup>, no aplicándose únicamente como evidencia en las decisiones finales sino también dentro del desarrollo de los planes de evaluación de riesgos dentro de la administración australiana, mostrándose así como uno de los factores que influyen notablemente en las decisiones administrativas.

#### **D. Intervención de riesgos en Colombia.**

Por otro lado, en Colombia la crisis ambiental ha sido fruto de la incapacidad e ineficiencia del Estado para la formulación de normas eficaces de carácter precautorio y de esta manera controlar los efectos negativos que resulten de los procesos sociales tales como la industrialización y la colonización<sup>280</sup>.

En primer término, el mal uso de los suelos y la contaminación que producen los residuos industriales y domésticos comienza a deteriorar el ecosistema colombiano, existen también otras industrias ilícitas como las que producen estupefacientes, las cuáles generan residuos altamente tóxicos como el éter etílico, la acetona y el ácido clorhídrico<sup>281</sup>, y para empeorar el panorama, por motivo de la colonización acelerada que se ha estado presentando en nuestro país, se talan miles de hectáreas de bosques al año, sumándose así un problema agrario respecto a la gran concentración existente de latifundios<sup>282</sup>.

Pero frente al panorama de crisis ecológica nacional, no sobran los esfuerzos para tomar conciencia de la situación y asumir una posición de intervención frente a los riesgos que pueden presentarse. La misma Constitución Política les ha impuesto a los poderes públicos la obligación de proteger las riquezas naturales y culturales de la nación, además de proteger la diversidad del ecosistema<sup>283</sup>, esta obligación debe ir armonizada con una función preventiva y represiva por parte de estos poderes.

---

<sup>279</sup> *Murrumbidgee Groundwater Preservation Association v Minister for Natural Resources* (2004). [http://www.claytonutz.com/publications/news/200407/26/nsw\\_opens\\_floodgates\\_of\\_water\\_reform.page](http://www.claytonutz.com/publications/news/200407/26/nsw_opens_floodgates_of_water_reform.page) y <http://ntn.org.au/wp-content/uploads/2010/02/precautionaryprinciplegetreal.pdf> Páginas consultadas el día 12 de julio de 2010.

<sup>280</sup> Julio Cesar Rodas Monsalve. *Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano*. Segunda reimpresión, Tercer mundo editores en coedición con ediciones Uniandes. Bogotá-Colombia. 1997. p 11.

<sup>281</sup> Revista *Semana*, noviembre 10 de 1992, p. 39.

<sup>282</sup> Revista *Ecológica*, noviembre 10 de 1992, p. 66.

<sup>283</sup> Los postulados de planeación y desarrollo sostenible por medio de políticas preventivas se han constitucionalizado dentro del artículo 80.

Particularmente, en el artículo 8° de la Constitución, se crea la obligación directa del Estado colombiano no sólo de conservación sino también de protección de los recursos naturales renovables, debe además como parte de su obligación prevenir y controlar los factores que sean fuente del deterioro ambiental:

*“El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”.*

También podemos posicionar el tema del manejo de los riesgos pero desde una perspectiva educativa, en este sentido se integran en Colombia algunas instituciones para cumplir con este objetivo, tales como el SNPAD, SINA y el SNC ello con el fin de que establezcan todo el tema conceptual, estratégico y metodológico del tratamiento de los peligros generalizados para el medio ambiente<sup>284</sup>. Es necesario además, coordinar e implementar planes y proyectos que se encuentren relacionados con la educación ambiental y la gestión de los riesgos naturales, con esto se promoverá la coordinación tanto del sistema nacional ambiental SINA como del de prevención y atención de riesgos (SNPAD), sin dejar de lado el tema de ciencia y tecnología (SNC).

Adicionalmente a ello, el Decreto 1220 de 2005 ha establecido frente a la intervención de riesgos en Colombia, particularmente en su artículo 1°, la definición de riesgo con el fin de contextualizar la problemática en nuestro país:

*“Definiciones. Para correcta interpretación de las normas contenidas en el presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones: Evaluación de riesgo. Es el resultado de la comparación y el análisis de las amenazas de un proyecto y la vulnerabilidad del medio ambiente, con el fin de determinar las posibles consecuencias sociales, económicas, y ambientales que este puede producir.”*<sup>285</sup>

Por otro lado, otro de los mecanismos jurídicos de prevención de riesgos en nuestro país, es la utilización de la declaratoria de emergencia en materia ambiental, para este caso deben reunirse los siguientes requisitos postulados por la Corte Constitucional<sup>286</sup>:

1. Que se trate de hechos graves e inminentes.

---

<sup>284</sup> Universidad Externado de Colombia. 15 Años de la Constitución Ecológica de Colombia. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2006. p. 127.

<sup>285</sup> Enrique González Villa. Derecho Ambiental Colombiano. Parte General. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. Julio 2006. p. 128.

<sup>286</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-004 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2. Estos hechos deben ser de diferente entidad de los que puedan generar los estados de excepción.

3. Y además estos hechos deben ser sobrevinientes.

En todo caso, antes que esperar la ocurrencia de una emergencia ambiental, es necesario tomar medidas por medio de un sistema nacional de prevención de desastres, el cual asumirá las riendas de las evaluaciones de riesgo, principalmente en emergencias ambientales<sup>287</sup>.

De igual manera, resulta necesario reconocer el esfuerzo normativo colombiano para regular el tema medioambiental, veamos algunos ejemplos:

- El Decreto 1541 de 1978 se refiere al tema “*de las aguas no marítimas*”, y prohíbe en su artículo 211 “*verter, sin tratamiento, residuos sólidos, líquidos o gaseosos, que puedan contaminar o eutroficar las aguas, causar daño o poner en peligro la salud humana o el normal desarrollo de la flora o fauna, o impedir u obstaculizar su empleo para otros usos*”.
- También el Decreto 1594 de 1984 reglamenta específicamente los parámetros de calidad que deben aplicarse para los diferentes usos de las aguas, los requisitos de los vertimientos de aguas hervidas y las condiciones para el otorgamiento de licencias.
- Por su lado, el Decreto 1594 de 1984 en su artículo 72 prescribe cuáles son las condiciones mínimas de los “*vertimientos a cuerpos de agua en referencia al pH, temperatura, material flotante, grasas, aceites, sólidos suspendidos, DBO*”. Y en el artículo 73 establece los parámetros para los vertimientos a redes de alcantarillado público en referencia al “*pH, temperatura, ácidos, bases o soluciones acidas, sustancias explosivas o inflamables, sustancias solubles en hexano, sólidos suspendidos, DBO*”.
- En el mismo sentido, por medio de la Ley 491 de 1999 se crea y reglamenta el llamado “*seguro ecológico*”, planteando así en su artículo 2° que:

---

<sup>287</sup> Ibídem, p. 134.

*“El seguro ecológico tendrá por objeto amparar los perjuicios económicos cuantificables producidos a una persona determinada como parte o a consecuencia de daños al ambiente y a los recursos naturales, en los casos del seguro de responsabilidad civil extracontractual, cuando tales daños hayan sido causados por n hecho imputable al asegurado, siempre y cuando no sea producido por un acto meramente potestativo o causado con dolo o culpa grave; o, en los casos de los seguros reales como consecuencia de un hecho accidental, súbito e imprevisto de la acción de un tercero o por causas naturales. El daño ambiental puro podrá establecerse en estas pólizas como causal de exclusión de la obligación de amparar, salvo que se logre la colaboración del reaseguro para determinados eventos de esta naturaleza...<sup>288</sup>”.*

#### **1.4.5. Otras legislaciones comparadas relacionadas con la prevención y precaución de riesgos.**

Por otro lado, diversos Estados han acomodado dentro de su derecho interno lo referente al principio de precaución y demás sistemas de control preventivo de riesgos, para así utilizarlos en temas tan diversos tales como la protección a los consumidores, el desarrollo y aplicación de la biotecnología etc., a continuación se verán algunos ejemplos:

En España, según la Ley 15 de 1994 (régimen jurídico referente al uso, liberación voluntaria y comercialización de los organismos genéticamente modificados<sup>289</sup>), la administración española cuenta con herramientas efectivas para reaccionar frente a los hechos acaecidos, solicitando a las personas o empresas titulares del derecho al uso de estos organismos, para que a su vez puedan proporcionar la información adicional que solicite el Estado, como también para que estos cambien las condiciones de uso de estos organismos.

La administración española también puede hacer uso de consultas a diferentes instituciones nacionales o internacionales que sean especialistas en el tema de los organismos modificados genéticamente con el fin de dar su opinión científica respecto a una determinada situación.

Según lo previsto en el artículo 11 de esta ley, la administración puede por derecho propio pedir a la persona o empresa dedicada al uso de estos OMG<sup>290</sup> que suspenda estas actividades. Ello con base en la recopilación de la información necesaria que le permita saber con certeza la existencia de un riesgo dentro de la actividad de dichas empresas y que

---

<sup>288</sup> Miguel Patiño Posse. Derecho Ambiental Colombiano. Primera Edición. Legis Editores. S.A. Bogotá-Colombia. 1999. p. 93

<sup>289</sup> [www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada...10.../ley\\_15\\_94.pdf](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada...10.../ley_15_94.pdf). Página consultada los días 14 y 15 de Julio de 2009.

<sup>290</sup> Organismos Modificados Genéticamente

además no pueda ser medido. De esta manera, es claro como se está dotando a la administración, de herramientas jurídicas apropiadas frente a situaciones inminentes de peligro que pongan en claro las condiciones para el uso de estos OMG y hasta poder llegar al límite de suspensión de las actividades de la persona natural o la empresa que efectúe dichas actividades, todo esto gracias a la aplicación de los elementos consagrados en virtud del principio de precaución<sup>291</sup>.

Frente a la prohibición de vertimientos de aguas que no tengan un tratamiento previo, dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos se ha establecido lo siguiente<sup>292</sup>:

- Argentina: aquí, se creó la ley sobre la protección de las fuentes de agua, los cursos de agua y los sistemas colectores y la atmósfera, en el año de 1958. En esta norma se prohíbe disponer de basuras sólidas, líquidas o en estado gaseoso en la atmósfera o aguas superficiales, que puedan degradar el aire y las aguas de la provincia de Buenos Aires. Para el año de 1960 se reglamentó esta ley, estableciendo las condiciones mínimas de carácter químico y físico para que las aguas puedan ser vertidas en sistemas de alcantarillado o en los cursos de agua en forma directa.
- Chile: este Estado creó la Ley 3.133 y el Reglamento D.S. 2.491 del 13 de noviembre de 1916, en donde se prohíbe expresamente la evacuación ya sea en cursos o masas de agua, de residuos líquidos industriales que puedan contener sustancias con características nocivas para la salud humana.

También puede verse el Decreto Ley 2.222 del 21 de mayo de 1978 en donde se prohíbe arrojar escombros o basuras y derramar petróleo en aguas sometidas a la jurisdicción nacional, puertos, ríos o lagos.

El Decreto con fuerza de Ley No. 208 del 21 de julio de 1953 prohíbe también arrojar al mar, ríos o lagos chilenos toda clase de residuos de industrias agrícolas, fabriles y mineras las cuales puedan ser potencialmente dañinas a la vida de las especies en el agua.

---

<sup>291</sup> Pedro Castellano Rausell. Director. La Responsabilidad Penal de las Actividades de Riesgo. Cuadernos de Derecho Judicial. Imprime Lerko Print. S.A. Madrid-España. 2002.

<sup>292</sup> José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, una visión desde el sur. Publicación de la fundación para la investigación y protección del medio ambiente. FIPMA. El centro de asistencia legal ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 216.

- Cuba: por medio de la Ley 33 de 1981 referente a la protección del medio ambiente y del uso racional de los recursos naturales, se establece que los residuos que resulten de las actividades económicas y sociales, deben llevar un tratamiento adecuado para no contaminar el agua antes de ser vertidas.
- Ecuador: aquí, el Acuerdo No. 2144 del año 1989, o también llamado reglamento para la prevención y control de la contaminación ambiental, dentro de su artículo 8° se establece que las aguas residuales deben ser previamente tratadas antes de su descarga, ello de conformidad con los lineamientos establecidos por el plan nacional hidráulico creado por el INERHI.
- El Salvador: por medio del Decreto 50 de 1987 – Reglamento sobre la calidad el agua, el control de vertidos y las zonas de protección, dentro del artículo 35 se dispone que sólo están autorizados para descargar residuos sólidos, líquidos o gaseosos los que hayan cumplido con los objetivos de calidad del medio acuático receptor.
- México: la Ley general de equilibrio ecológico y protección del ambiente del 23 de diciembre de 1987, dentro del artículo 121 consagra la prohibición de descargar o infiltración de cualquier cuerpo de aguas residuales con contaminantes
- Perú: por medio del Decreto Ley 17752 de 1969 – Ley general de aguas, dentro del artículo 22 se prohíbe verter o emitir residuos sólidos, líquidos o gaseosos que tengan la capacidad de contaminar las aguas, poniendo en peligro la salud humana y consecuentemente causando daños en el ambiente. Estos vertimientos sólo podrán descargarse cuando sean sometidos a los tratamientos previos que se estipulen, cuando se compruebe que no se causará perjuicio a otro uso, etc.
- España: en la Ley 2° de 1985 sobre la protección civil, se determina un sistema especializado de preparación y posterior respuesta hacia situaciones de grave riesgo colectivo, calamidad pública o para catástrofes que resulten extraordinarias. A su vez, las administraciones autónomas cuentan al igual que la central, con competencias para tomar las medias del caso con el fin de prevenir este tipo de eventos<sup>293</sup>.

---

<sup>293</sup> José Antonio Moreno Molina. La protección Ambiental de los Bosques. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid-España. 1998. p. 150.

## **2. MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y EVALUACIÓN DE RIESGOS DENTRO DEL DERECHO AMBIENTAL Y ADMINISTRATIVO.**

### **2.1. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO FUNDAMENTO DEL ANÁLISIS DEL RIESGO AMBIENTAL.**

El principio de precaución, como símbolo jurídico de la evolución de las estructuras de prevención y evaluación de riesgos, posee un papel preponderante en el análisis de los diferentes peligros medioambientales, veamos:

#### **2.1.1. Concepto.**

El Principio de Precaución nació y se desarrolló dentro del derecho internacional, y es desde este punto donde debemos partir para así lograr definir un concepto mínimamente unificado.

Según un famoso informe francés, el cual “*define la actitud que debe observar cualquier persona que tome una decisión relativa a una actividad respecto a la que se puede suponer razonablemente que comporta un peligro grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras o para el medio ambiente.*”, puede decirse que este principio puede convertirse en una herramienta eficaz para los poderes públicos de un Estado, los cuales deben utilizarlo para hacer prevalecer la salud y la seguridad sobre la libertad de los particulares o de los Estados, imponiendo la necesidad de tomar las medidas necesarias a un coste económica y socialmente soportable, evaluando el riesgo, reduciéndolo a un nivel aceptable y si es posible eliminándolo<sup>294</sup>.

De esta manera, el principio de precaución se centra no sólo en la necesidad de previsibilidad, sino también en el hecho de poseer certidumbre respecto al peligro que acontece, con base en las herramientas que ofrezca la ciencia: Traslado de un modelo previsionista (modelo que cuenta con pleno conocimiento del riesgo y de sus consecuencias) hacia un modelo de incertidumbre del riesgo: hoy en día el principio de precaución se basa en las circunstancias respecto a las cuales se prueba su situación de incalculable en las consecuencias del daño, suponiendo únicamente una probabilidad pero nunca la certeza absoluta de su magnitud<sup>295</sup>.

---

<sup>294</sup> Pedro Castellano Rausell (Dir.). La Responsabilidad Penal de las Actividades de Riesgo. Cuadernos de Derecho Judicial. Imprime Lerko Print. S.A. Madrid-España. 2002.

<sup>295</sup> *Ibidem*.

La ignorancia respecto a las consecuencias que se presenten a largo o corto plazo respecto de algunas actividades ya sean estas de la administración o de los particulares, no es excusa para retrasar la adopción de medidas que tengan como finalidad la prevención de la degradación del ecosistema. Por esta razón se establece que el principio de precaución cuenta con un carácter prescriptivo respecto a las normas de comportamiento, por ende se entiende que emprende una obligación de emprender la operación que se considere pertinente y con el apoyo de las garantías suficientes, o por el contrario una obligación de no hacer.

Es necesario señalar además que respecto a la definición concreta del principio de precaución, esta no ha sido aceptada de manera uniforme, pero puede plantearse que el núcleo esencial que guía este criterio radica en la idea de aplicación de aplicación de decisiones jurídicas frente a la incertidumbre científica que crean situaciones que ponen en riesgo al medio ambiente y por ende a las futuras generaciones<sup>296</sup>. Dicha incertidumbre científica se traduce en una “*duda razonable*” frente a la posibilidad de daños ambientales irremediables<sup>297</sup>.

### 2.1.2. Origen y evolución.

El principio de precaución tuvo sus orígenes en el cuerpo jurídico de las normas ambientales de la Alemania de los años setentas<sup>298</sup>, pero fue sólo desde los años ochenta cuando realmente empezó a utilizarse por los regímenes internacionales<sup>299</sup>, interpretándose de diferentes maneras<sup>300</sup>, comenzándose además a implementar en muchas jurisdicciones<sup>301</sup> aunque con gran trabajo por causa de las fuertes críticas que ha recibido<sup>302</sup>.

Su finalidad principal consiste en mitigar de manera eficiente los efectos nocivos que producen los productos químicos cuyos perjuicios sólo podían ser determinados pasados

---

<sup>296</sup> Citado por Kourilski Philippe, Director del Instituto Pausteur de París, "Principio de precaución, salud y medio ambiente", conferencia dictada en Barcelona - España, abril 22 de 2002.: [www.biomed.s.neta/biomed/a/d02020502.htm](http://www.biomed.s.neta/biomed/a/d02020502.htm) p. 2. Página consultada el 13 de octubre de 2009.

<sup>297</sup> Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

<sup>298</sup> El principio de Precaución empezó a surgir en Alemania como una herramienta jurídica local del Estado y no como lo es hoy un instrumento de carácter internacional. Ver K. Von Moltke, "The Vorsorgeprinzip in West German Environmental Policy", Institute for European Environmental Policy, Bonn-Germany. 1987. p. 57.

<sup>299</sup> Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, Oxford-United Kingdom, 2002 p. 3.

<sup>300</sup> Elizabeth Fisher, "Precautionary Everywhere: Developing a "Common Understanding" of the Precautionary Principle in the European Community". *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. Vol. 7. North America. 2002.

<sup>301</sup> Elizabeth Fisher, Judith Jones and René Von Schomberg (eds). "Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects", Published by Edward Elgar Publishing Limited. United Kingdom. 2006.

<sup>302</sup> Cass R. Sunstein, *Law of Fear: Beyond the Precautionary Principle*. Cambridge University Press, Cambridge-United States, 2005; y Giandomenico Majone, "What Price Safety? The Precautionary Principle and its Policy Implications" European University Institute. *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, No. 1.2002. Scotland. p. 89.

veinte o treinta años después<sup>303</sup>. En esos años desde su creación se quiso implementar una herramienta que le haga frente a la protección del medio ambiente del Estado alemán, consagrándose jurídicamente al principio de precaución con el término de “*Vorsorgeprinzip*” y entendiéndose su objetivo fundamental en la necesidad de establecer medidas normativas para evitar así atentados al medio ambiente, especialmente estudiando las relaciones de causa-efecto<sup>304</sup>.

Al utilizar el término “*vorsorge*”, se está relacionando con el significado de “*previsión*” (VON MOLTKE, 1998). Así, este concepto se empezó a exigir como requisito indispensable por parte de las industrias alemanas, proponiendo que estas adopten mejores tecnologías disponibles para así disminuir la contaminación de la zona.

Para otros doctrinantes (BOEHMER), el nacimiento del principio de precaución se ubica alrededor del año 1930, en donde surge del llamado “*principio del buen manejo doméstico*”, reorientando notablemente al concepto precautorio hacia una filosofía de administración<sup>305</sup>. Así, para esta corriente doctrinal, el principio de precaución va más allá del criterio preventivo, toda vez que además de ello implica la consecución de costos con efectividad, armonizado con un compromiso ético de sostenibilidad ambiental<sup>306</sup>.

Este principio, entendido como un concepto de naturaleza jurídica, se enmarca como respuesta a una necesidad presentada desde esos años y que continúa hasta el día de hoy. Tiene el objetivo principal de ofrecer herramientas de prevención “*ex ante*” respecto a la realización de daños y perjuicios de diferente índole, aunque si bien se hace necesario decir que nació desde el seno del derecho ambiental, ha ido evolucionando hacia otros campos del derecho.

Posteriormente, el principio de precaución tuvo un salto hacia su institucionalización en el desarrollo internacional, con el fin de contrarrestar los problemas medioambientales, dando como resultado su reconocimiento en la Carta mundial de la naturaleza, aprobada esta por medio de la Resolución de las Naciones Unidas de octubre 28 de 1982 y posteriormente en la Conferencia de Rio, celebrada en el mes de junio de 1992, la cual responde al nombre de Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo, es decir “*conferencia de los países cuyos gobiernos aceptan los principios democráticos contenidos*”

---

<sup>303</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C- 293 del 23 de Abril de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>304</sup> Pedro Castellano Rausell. La Responsabilidad Penal de las Actividades de Riesgo. Cuadernos de Derecho Judicial. Imprime Lerko Print. S.A. Madrid-España. 2002.

<sup>305</sup> Sonja Boehemer Christiansen. *Interpreting The Precautionary Principle*, Tim O. Raiordan & James Cameron (eds), Earthscan Publications Ltd., 1994, citado por Carmen Artigas. CEPAL. Serie Recursos Naturales e Infraestructura. El principio precautorio en el derecho y la política internacional. Santiago de Chile-Chile, 2001.

<sup>306</sup> Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

en la carta de las Naciones Unidas al objeto de tratar de encontrar una salida a la problemática ambiental que está impidiendo el desarrollo de la mayoría de las naciones<sup>307</sup>”. Seguidamente se desarrolló por medio de la Convención de Cartagena sobre biodiversidad y de otros.<sup>308</sup>

A nivel internacional el principio de precaución comenzó siendo una herramienta jurídica de naturaleza “blanda” que no se había venido aplicando frente a responsabilidades de naturaleza particular o individual,<sup>309</sup> pero ha estado desarrollándose en estos dos aspectos convirtiéndose también en un elemento que trasladan los Estados a sus respectivos ordenamientos jurídicos de derecho interno y además de su aplicación en otros campos del derecho, como en el famoso caso de “la sangre contaminada<sup>310</sup>” donde se usó como herramienta para controlar la comercialización de productos de tipo transgénico, de salud humana, animal, vegetal o de alimentación, y como un elemento propio de las biotecnologías<sup>311</sup>

Este principio por un lado puede aplicarse en el sentido de crear bases lo suficientemente fuertes como para ejercer acciones legales respecto a temas tales como el problema de la capa de ozono y el cambio climático<sup>312</sup>:

*“Para nosotros, el principio de precaución es mucho más que un ejercicio de semántica o teórica. Es un imperativo ecológico y moral. Confiamos en que el mundo entienda nuestra preocupación por ahora. No tenemos el lujo de esperar a la prueba de certeza como algunos han sugerido en el pasado. La prueba, que tememos, nos va a matar”<sup>313</sup>.*

Esto fue lo dicho por el embajador Robert Van Lierop, como representante permanente de Vanuatu para las Naciones Unidas y co-presidente del grupo de trabajo 1 de la INC/FCCC, declaración dada a las sesiones plenarias de la INC/FCCC, el 5 de Febrero de 1991.

---

<sup>307</sup> Tomado del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Rio de Janeiro, 5 de Junio de 1992, [http://ecoevo.uvigo.es/Convenios\\_Internacionales/biodiversidad.htm](http://ecoevo.uvigo.es/Convenios_Internacionales/biodiversidad.htm), Página consultada los días 14 y 15 de Julio de 2009.

<sup>308</sup> Pedro Castellano Rausell. La Responsabilidad Penal de las Actividades de Riesgo. Cuadernos de Derecho Judicial. Imprime Lerko Print. S.A. Madrid-España. 2002.

<sup>309</sup> *Ibidem*.

<sup>310</sup> Se refieren los autores al proceso penal en relación con las transfusiones de sangre contaminada con el virus de inmunodeficiencia humana - VIH. Rapport au Premier Ministre, Kourilsky/Viney. Le principe de precaution. p. 6. Ver <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000402/0000.pdf> Página consultada el día 13 de julio de 2010.

<sup>311</sup> Pedro Castellano Rausell (Dir.). La Responsabilidad Penal de las Actividades de Riesgo. Cuadernos de Derecho Judicial. Imprime Lerko Print. S.A. Madrid-España. 2002.

<sup>312</sup> Philippe Sands. Principles of International Environmental Law. Second Edition. Cambridge University Press. Cambridge-United Kingdom. 2005. p. 267.

<sup>313</sup> *“For us, the precautionary principle is much more than a semantic or theoretical exercise. It is an ecological and moral imperative. We trust the world understands our concerns by now. We do not have the luxury of waiting for conclusive proof, as some have suggested in the past. The proof, we fear, will kill us”*

Gracias a la institucionalización de este principio, se ha logrado que los actos que sean adoptados por los órganos administrativos deban estar basados exclusivamente en “*descubrimientos o métodos científicos*”<sup>314</sup>. De esta manera, las medidas necesarias que deben aplicar los Estados sólo se tomarán cuando exista evidencia científica respecto a la ocurrencia de un potencial daño ambiental, es decir que en caso de ausencia de estas pruebas de tipo científico, difícilmente se denotaría como necesaria la actuación por parte de la administración. Esta dirección la podemos ver enfocada dentro del Convenio de París de 1974 el cual le permite a las partes que si se llega a presentar la situación de peligro, la asunción de las medidas que resulten necesarias, así estas sean adicionales<sup>315</sup>.

En este sentido, si se quiere tomar medidas tendientes a mitigar un peligro de daño medioambiental por parte de la administración, esta debe probar que existen las suficientes pruebas de carácter científico como para llegar a cierto grado de certeza, tal y como lo explica O´RIODAN Y JORDAN, al plantear que la eficacia del principio de precaución radica en la captación de una “*duda fundamental*” respecto al fundamento técnico de la gestión ambiental, perjudicando a la ética, además de la manipulación que puede darse respecto a los análisis de costo - beneficio<sup>316</sup>.

### **2.1.3. Naturaleza jurídica**

Respecto a la naturaleza jurídica que representa, para algunos doctrinantes, el principio de precaución goza de dos naturalezas: en primer término se configura como un principio de tipo orientativo, tendiente a dirigir los poderes públicos hacia determinada estrategia individual y grupal, pero al mismo tiempo goza de una regla jurídica, sirviendo así como elemento interpretativo de la normatividad<sup>317</sup>. Con esta doble naturaleza, se presenta el principio como un elemento de carácter híbrido y a la vez permeable a diferentes situaciones fácticas y jurídicas.

Otros autores, piensan a su vez que el principio de precaución posee exclusivamente una naturaleza jurídica, constituyéndose como principio fundamental y no como una mera regla jurídica, al respecto, llegando con toda razón a la conclusión de entender al principio de

---

<sup>314</sup> “1946 International whaling convention, article. V(2); 1972 antarctic seals convention, annex, 7(b); 1972 world heritage convention, preamble; 1972 London Convention, Art. XV (2); 1979 Bonn Convention, Arts. III (2) and XI (3). “reliable evidence, including the best scientific evidence available” Philippe Sands. Principles of International Environmental Law. Second Edition. Cambridge University Press. Cambridge-United Kingdom. 2005. p. 268.

<sup>315</sup> “if scientific evidence has established than a serious hazard may be created in the maritime area by that substance and if urgent action is necessary”.

<sup>316</sup> Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

<sup>317</sup> Carlos María Romeo Casabona (Ed.). Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho. Editorial Comares, Granada-España. 2004.

precaución como inspirador de medidas jurídicas por parte de la administración, tal y como lo expuso en entrevista realizada al Doctor LUIS FERNANDO MACÍAS<sup>318</sup>, socio de la Firma consultora “Macías, Gómez y Asociados”:

*“... Cuando uno mira los tratados internacionales, lo que hace es que se incorpora en el tratamiento internacional, pero porque los Tratados obligan a los Estados a tener en cuenta ese principio de precaución, como vinculante, claro, cuando usted lo mira en Colombia, lo que hacen es transcribir lo prescrito en la Declaración de Rio, colocándolo en el artículo 1º de la Ley 99 de 1993.*

*(...)*

*Distinto es un principio de política, usted diga que es necesario que el Estado legisle en esta materia aplicando el principio de precaución, eso es diferente y eso si es importante, y para los franceses el principio de precaución es más un principio de política que un principio jurídico. Así como principio de política es indudable que es muy importante, pero como principio jurídico no”.*

La anterior conclusión se hace lógica, en el entendiendo de hacerle constituir al principio de precaución, únicamente como un principio moral y político, pero suscrito a su vez en los textos de derecho internacional y también de derecho interno, convirtiéndolo en un principio orientativo, que vela para hacer una evaluación real sobre las conductas que deban seguirse,

Si bien, el principio de precaución tiene para estos últimos doctrinantes una sola naturaleza jurídica, constituyéndose solamente como un principio orientativo, es necesario concluir que el principio de precaución también posee dos ámbitos en los cuales ha evolucionado: el primero se acerca cada vez más al derecho interno, dejando de lado su disposición limitada al derecho internacional y ampliando además sus diferentes campos, llegando no sólo al medio ambiental.<sup>319</sup>

---

<sup>318</sup> Entrevista realizada el día 26 de noviembre de 2010.

<sup>319</sup> Pedro Castellano Rausell (ed.). La Responsabilidad Penal de las Actividades de Riesgo. Cuadernos de Derecho Judicial. Imprime Lerko Print. S.A. Madrid-España. 2002.

#### **2.1.4. Características del principio de precaución.**

En lo concerniente a las características del *principio de precaución*, en Colombia, debe tomarse en cuenta el cumplimiento de ciertos elementos que se hacen necesarios para su aplicación<sup>320</sup>:

1. La existencia de un peligro de acaecimiento de daños.
2. Que dicho daño posea consecuencias irreversibles;
3. Que de la ocurrencia de el daño, exista por lo menos un principio de certeza científica, así esta no sea de carácter absoluto.
4. Que a su vez, la decisión que vaya a tomar la autoridad competente se encuentre encaminada a impedir la degradación del medio ambiente y.
5. Que dicha decisión se encuentre plenamente motivada.

Estos cinco puntos conforman además las características principales sin las cuales no sería posible la aplicación jurídica de este principio, la presencia inminente de un daño como punto de partida para su consideración como herramienta jurídica necesaria para prevenirlo y que además este debe ser de una entidad grave e irreversible. En tal sentido su gravedad se hace presente cuando hablamos también de su incalculabilidad, y la no posibilidad de retrotraer las consecuencias que potencialmente se causen.

Otra de las características necesarias para entender en forma correcta al principio de precaución, resulta ya no sólo de una concreción material del daño resultante de un determinado sector sino que ahora se busca llegar hasta un estadio anterior, donde el riesgo será visto como un factor determinante de consecuencias sancionatorias. Por esta razón, en principio no se busca reprimir las consecuencias dañinas sino mas bien prevenirlas con el fin de que estas no se produzcan, ello no como un simple efecto colateral, tal y como comúnmente sucede cuando se reprimen las situaciones causantes de daños, creando un temor hacia el receptor de la sanción para que este no reincida en su actuar, sino que se aplica la prevención como objetivo principal de la sanción, aun si el sujeto no es reincidente y si el daño no se haya producido.

De esta manera se está creando una cultura que exige día a día la presencia de un Estado gestor del riesgo más que castigador<sup>321</sup>, además, para entender las características y el

---

<sup>320</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C. 293 del 23 de Abril de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

alcance del principio de precaución, resulta absolutamente necesario aprender a diferenciar entre los riesgos que se configuran como individuales y los de entidad colectiva, de esta manera “...*Un individuo actúa en función de sus necesidades, preferencias y estilo de vida...* por otro lado *los riesgos colectivos (públicos) los define el gobierno o el operador de una planta industrial quien actúa en representación de una sociedad o un sector específico y en consecuencia, no está preocupado por la seguridad del individuo en particular...*”<sup>322</sup>.

A su vez, La Unión Europea se ha tomado el trabajo de plantear de manera vinculante cuáles son los elementos esenciales para aplicar el principio de precaución<sup>323</sup>, esto podría servirnos en el aspecto de generalizar características que impliquen ser comunes y así volverlo aplicable a otras ramas del derecho como lo es la contratación estatal, veamos:

- **Proporcionalidad:** se toma en el sentido en que las medidas tomadas con respecto al grado de protección no deben considerarse de ninguna forma desproporcionadas, todo con el fin de evitar que se aplique este principio en eventos que no ameriten, o que sea mejor esperar situaciones de un riesgo mayor.
- **No discriminación:** se aplica en el sentido en que las situaciones de hecho que pueden ser similares no deben ser tratadas en forma distinta, obviamente con ciertas excepciones, como cuando la circunstancia lo amerite, por ende esta debe ser de carácter objetiva.
- **Consistencia:** la medida jurídica que se tome para aplicar el principio de precaución debe ser equivalente a medidas que se hayan tomado cuando sí existe la certeza científica del hecho riesgoso e inminente.
- **Examen de costos y beneficios:** se debe hacer un examen previo antes de la aplicación del principio, respecto a la importancia de actuación u omisión. Este examen constará de elementos complementarios de estudio tales como el económico, el social etc.

---

<sup>321</sup> Alejandro Nieto García. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, Madrid-España. 2005

<sup>322</sup> Mauricio Sánchez Silva, Aceptabilidad del riesgo como criterio para el desarrollo de la infraestructura y la competitividad” Fundación para la Promoción de la Investigación y la Tecnología. Informe Final. Proyecto No. 1228. Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. 2003.

<sup>323</sup> Comunicación de la Comisión Europea sobre el Principio de Precaución (2000), del 2 de Febrero de 2000. Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:ES:PDF> Página consultada el día 13 de julio de 2010.

- Examen continuo de los desarrollos científicos sobre el tema: por razones de orden público las medidas deben ser temporales, nunca extendidas por mucho tiempo, pero pueden ser ampliadas si conforme a los exámenes científicos persiste el riesgo.<sup>324</sup>

Además de los elementos necesarios para la aplicación del principio de precaución tanto en Colombia como en la Unión Europea, a nivel doctrinal también existe una clasificación de elementos necesarios para su aplicación en el plano jurídico. Así tenemos que según CIERCO SIERA<sup>325</sup>, deben darse los siguientes elementos para la aplicación de dicho principio:

Identificación de un riesgo o amenaza grave para la salud pública o el medio ambiente: esto se traduce en la apreciación de riesgos probables tanto a mediano como a corto plazo, además de sus efectos tanto “*acumulativos*” como “*interactivos*”.

El segundo paso, y ya cuando se haya identificado plenamente cuál es el riesgo grave que podría presentarse, saldrán a la luz dudas respecto a la evaluación de riesgos:

1. Dificultad en identificar al agente del riesgo.
2. Dificultad en la precisión de las causas que generaron este riesgo.
3. Verificación del alcance de los efectos del riesgo.
4. Determinación de la intensidad de carácter nocivo.

El tercer paso necesario, es la evaluación científica, la cual debe reunir lo siguiente:

1. La evaluación debe ser objetiva, en este sentido dicho proceso de evaluación se llevará a cabo por medio de instituciones de carácter neutral y además autónomas.
2. La evaluación debe arrojar como resultado una “*duda razonable*”, ello por medio de criterios de análisis lógico, riguroso, completo y actual.

---

<sup>324</sup> *Ibidem*.

<sup>325</sup> Kourilski Philippe, "Principio de precaución, salud y medio ambiente", conferencia dictada en Barcelona - España, abril 22 de 2002. Documento visible en la página de Internet: [www.biomedscinet.com/biomedscinet/d02020502.htm](http://www.biomedscinet.com/biomedscinet/d02020502.htm) pp. 33-36

3. Debe generarse en un contexto de “*transparencia*”, para ello es necesario otorgarle publicidad a los procedimientos realizados con el fin de dar a conocer a la comunidad sus alcances<sup>326</sup>.

Por último, dadas ya las características principales para la aplicación del principio de precaución, a continuación se enunciarán los elementos esenciales del núcleo irreductible precautorio:

1. Según lo expresado por O’RIODAN Y JORDAN<sup>327</sup>, el principio de precaución contiene las siguientes características implícitas<sup>328</sup>:

- Pro-acción: este elemento hace relación a la realización de acciones preventivas con antelación a la evidencia científica, entendiéndose que según un criterio de costo-beneficio, la prevención se entiende económicamente más viable que la reparación del daño.
- Costo-efectividad de la acción: se muestra como la necesidad de realizar exámenes permanentes del beneficio social y ambiental en comparación con sus costos.
- Protección del espacio ecológico: en este punto se hace alusión a la necesidad de valorar la capacidad de adaptación y los diferentes umbrales de irreversibilidad de los ecosistemas y organizaciones sociales.
- Legitimación del valor social del medio ambiente: los sistemas naturales más vulnerables, cuya existencia se encuentra en riesgo, o cuya importancia radica en la regeneración natural, deben tener una protección primordial por parte de la sociedad, ello por medio de la aplicación de criterios de proporcionalidad.
- Cambio de la carga de la prueba: la carga de la prueba debe estar dirigida hacia el sujeto activo de la conducta causante del riesgo, el cual tiene el deber de probar que no existe tal peligro. Esta acción probatoria debe realizarse con anticipación al desarrollo de la acción señalada como de riesgo.
- Planificación: este criterio debe armonizarse con la idea de proyección de las consecuencias de la acción riesgosa a largo plazo, con el fin de entender que el

---

<sup>326</sup> Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

<sup>327</sup> *Ibidem*. pp. 3-5.

<sup>328</sup> *Ibidem*.

criterio de protección no sólo debe ser entendido para la generación presente, sino también para las futuras.

- Pago por deudas ecológicas: ahora bien, respecto a este elemento señalado, se plantea que si bien el principio de precaución tiene sus proyecciones hacia el futuro, este puede considerar hacer una retrospectiva dirigida hacia las acciones pasadas que no hayan tenido en cuenta las previsiones del caso, ello por medio de la armonización con la noción de “*responsabilidad común pero diferenciada*”, constituida en la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático.

2. Ahora bien, la doctrina también trae otros elementos intrínsecos a la esencia del principio de precaución los cuales son<sup>329</sup>:

- Anticipación preventiva: se refiere concretamente a la toma de decisiones anticipadas, sin llegar a la necesidad de esperar a las pruebas de carácter científico, toda vez que si no se puede hacer, esto causaría un mayor costo para la sociedad y el medio ambiente.
- Salvaguardia: es necesario proteger al medio ambiente de manera primordial, para ello es un deber la abstención de aprovechamiento de recursos indeseables para ellos.

### **2.1.5. Principio de precaución dentro del derecho interno.**

A partir de la Ley 23 de 1973, en virtud de la cual se le otorgaron facultades extraordinarias al entonces presidente de la república, para que este último expida el código de recursos naturales renovables y de protección al medio ambiente (hoy Decreto 1811 de 1974), se dio inicio a un fenómeno interno dentro del ordenamiento jurídico colombiano que pretendía inspirarse en criterios precautorios. Por ejemplo en la citada ley, dentro de su artículo 1° se señaló que el objeto principal de esta y consecuentemente del código que debía expedir el ejecutivo era la prevención y control del medio ambiente, ello con el fin de mejorar y conservar los recursos naturales y el bienestar de la sociedad colombiana. A su vez, en el artículo 15 de la citada ley también se requiere para que toda persona que utilice elementos

---

<sup>329</sup> Carmen Artigas. CEPAL. Serie Recursos Naturales e Infraestructura. El principio precautorio en el derecho y la política internacional. Santiago de Chile-Chile, 2001. Citado por Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

que sean susceptibles de causar contaminación en el territorio nacional, debe informarle al gobierno y a los consumidores sobre el peligro en el uso de estos elementos<sup>330</sup>.

Posteriormente, con la llegada de la Constitución Política de Colombia de 1991, se pretende darle a esta Carta Magna una fuerza ambiental sin precedentes, hasta llegar al punto de conocerla como la “*Constitución Ecológica*”, por ejemplo en el preámbulo, en el artículo 8º, el 49, 58, 67 y 80 se plantea que el Estado tiene el deber de asegurar la prevalencia del interés general y de proteger las riquezas naturales de la nación, la atención en la salud, en el saneamiento ambiental, la función ecológica de la propiedad, y la obligación de prevenir y controlar todos los factores que influyan en el deterioro ambiental, entre otros.

Más adelante, este principio de precaución fue mucho más visible gracias a las disposiciones contenidas en la Ley 99 de 1993, como por ejemplo en el numeral 6º del artículo 1º de la citada norma, se menciona que “*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*”, es decir, que así no se pruebe la “*certeza científica absoluta*”, respecto a una actividad la cual produzca daños serios en el medio ambiente, la administración puede tomar las medidas necesarias del caso<sup>331</sup>. Dicho numeral fue objeto de examen de constitucionalidad por parte de nuestra Corte, donde en sentencia C-293 de 2002 fue declarada exequible, resaltando además la necesidad de aplicación del principio de precaución.

Gracias a las estipulaciones consagradas en esta norma, se comenzó a desarrollar de manera interna la aplicación de este principio, sirviendo hoy en día como una estrategia jurídica a la hora de entablar acciones judiciales para proteger a la comunidad de peligros ambientales o de salubridad.

Aunque es necesario decir que el principio de precaución no puede ser aplicable a todas y cada una de las situaciones de riesgo que se pretenden regular, sino sobre las que presentan por lo menos dos características, un presupuesto de incertidumbre científica y la posibilidad de producción de daños realmente graves e irreversibles<sup>332</sup>, además de un desarrollo jurídico para una aplicación *ex ante*, es decir anterior al acaecimiento del daño, “*...cuando una acción es peligrosa consiste en que el momento de su realización, esto es, desde una*

---

<sup>330</sup> *Ibidem*.

<sup>331</sup> Tomado de [www.ocyt.org.co/leg/LEY%2099%201993.pdf](http://www.ocyt.org.co/leg/LEY%2099%201993.pdf). Página consultada los días 14 y 15 de Julio de 2009.

<sup>332</sup> Carlos María Romeo Casabona (Ed.). Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho. Editorial Comares, Granada-España. 2004. p. 391.

*perspectiva ex ante, no aparezca como no absolutamente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico...*<sup>333</sup>.

También este artículo 1° de la citada Ley 99 de 1993, fundamenta los principios generales del derecho ambiental colombiano, determinando 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*”, direccionando así los objetivos jurídico - ambientales de nuestro país hacia la materialización de diversos principios, entre ellos el de precaución<sup>334</sup>.

Ahora bien, como normas internas que incorporan a nuestro ordenamiento jurídico, tratados internacionales referentes al tema precautorio podemos ver las siguientes:

Por medio de la Ley 164 de 1994, se aprueba la “*Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático*”, suscrita en el año de 1992, dentro del numeral 3° del artículo 3° se muestra como puede ser el ámbito de aplicación respecto del principio de precaución, señalando que las Partes deben tomar todas las medidas de precaución necesarias con el fin de prevenir o reducir las causas del cambio climático, a su vez supone que cuando exista amenaza de daños graves e irreversibles, no puede tomarse la falta de certeza científica absoluta como motivo para posponer medidas que impidan dicha amenaza, toda vez que es necesaria la utilización de un criterio asegurador de beneficios al menor costo posible.

A su vez, la Corte Constitucional respecto a esta norma ha dicho que este artículo 3° de la Ley 164 de 1994 enuncia claramente que las medidas de precaución en contra del cambio climático deben comprometer y vincular jurídicamente a las Partes firmantes del Convenio, las medidas de protección deben ser apropiadas a las condiciones y contextos socioeconómicos y no constituir un medio de discriminación arbitrario ni una restricción encubierta al comercio internacional.

Adicionalmente, la Ley 29 de 1992 aprobatoria del Protocolo de Montreal, la Ley 165 de 1995, donde se aprueba el Convenio sobre diversidad biológica y la Ley 740 de 2002 la cual también aprueba el Protocolo de Cartagena sobre seguridad y biotecnología relacionan al principio de precaución.

---

<sup>333</sup> *Ibidem*.

<sup>334</sup> Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

### **2.1.6. La jurisprudencia constitucional colombiana sobre el principio de precaución.**

Por medio de la sentencia de Constitucionalidad C-339 de 2002, la Corte evalúa el artículo 34 de la Ley 685 de 2002 – código de minas, en donde se prohíbe expresamente la ejecución de trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas que hayan sido declaradas y delimitadas como de protección de recursos naturales renovables.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional expresó que al presentarse evidencia respecto a la falta de certeza científica frente a la explotación minera de determinada zona, la decisión de la administración debe inclinarse hacia la protección del medio ambiente, toda vez que si se llegase a desarrollar el proyecto minero aún frente a la falta de certeza científica de causación de daños ambientales, y si dicho daño se presenta, resultaría prácticamente imposible la reversión de sus consecuencias<sup>335</sup>.

La sentencia C-035 de 1999 es otro de los fallos de la Corte Constitucional, que si bien es cierto no enuncia en forma directa la aplicación del principio de precaución, si hace relación al indudable carácter preventivo de la licencia ambiental, instrumento que como se explicó anteriormente, busca principalmente eliminar o prevenir, con la ayuda de la técnica, los efectos nocivos de una actividad determinada, esto al señalar que:

*“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...”*

La sentencia de la Corte Constitucional C-073 de 1995, examinó la constitucionalidad de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, realizada en la ciudad de New York el día 9 de Mayo de 1992. En esta sentencia se señala el principio de precaución, su influencia en los ordenamientos jurídicos en contra del cambio climático y en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Según la Sentencia C-293 de 2002, se analiza el numeral 25 del artículo 5° de la ley 99 de 1993, señalando como una de las funciones del Ministerio de Ambiente el señalamiento de los límites máximos permisibles de emisión, descarga, transporte o depósito de sustancias, productos, compuestos u otro material que pueda afectar al medio ambiente y los recursos naturales renovables. Dichos límites máximos deben establecerse con base en la realización de estudios técnicos, aplicando si es el caso el principio de precaución.

---

<sup>335</sup> Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

De esta manera, la Corte Constitucional supone como innecesaria la existencia de certeza científica absoluta para hacer uso del principio de precaución, toda vez que se considera su uso como un deber ser “*excepcional y motivado*”, además de utilizar los criterios de aplicación señalados en apartes anteriores<sup>336</sup>.

Particularmente sobre la Ley 740 de 2002 se hizo un examen de constitucionalidad a través de la sentencia C-071 de 2003 de la Corte Constitucional, declarando exequible dicha norma y señalando además que las Partes tienen la obligación de evitar y reducir los riesgos para la diversidad biológica, teniendo en cuenta además los riesgos para la salud humana. Esta obligación se debe desarrollar por medio del criterio precautorio con el fin de no postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación medioambiental, situación plenamente compatible con lo consagrado en el artículo 80 de nuestra Carta Política en donde se expresa el deber constitucional de prevenir y controlar los factores de deterioro del medio ambiente<sup>337</sup>.

Otra de las sentencias de la Corte, que si bien no hablan expresamente del principio de precaución, si abren el panorama jurídico para su aplicación. Este es el caso de la sentencia C-671 de 2001<sup>338</sup>, la cual señala que<sup>339</sup>:

*“Uno de los deberes del Estado es garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, previniéndolas de cualquier injerencia nociva que atente contra su salud. En este orden de ideas es constitucional la adopción de mecanismos, fruto de la regulación internacional tendientes a la protección de este derecho”.*

### **2.1.7. La jurisprudencia administrativa colombiana sobre el principio de precaución.**

En Colombia se inició una acción popular interpuesta por el Dr. ARÉVALO, con el apoyo del grupo de acciones públicas de la universidad del Rosario, el cual tuvo como objetivo primordial el cuestionamiento de la actuación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial por no exigirle a la empresa Monsanto Colombiana Inc., una licencia ambiental para la liberación de algodones transgénicos.

Se refiere precisamente a una autorización que expidió el entonces ICA para la empresa Monsanto, en la Resolución 1035 de 2002, realizada para importar 50.000 kg, de semillas

---

<sup>336</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C- 293 del 23 de Abril de 2002, M. P: Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>337</sup> Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

<sup>338</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-671 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>339</sup> Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

de algodón transgénico. Dicha importación se destina a sembrarlos en 2.000 hectáreas en Colombia, esta acción se basó en que no se requirió para la Resolución unos requisitos que siempre ha puesto el Ministerio para su otorgamiento, en tal sentido gracias a la aplicación del principio de precaución, reconocido en la Ley 99 de 1993 donde se establece que *“la falta de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces”* (decisión 391 del Acuerdo de Cartagena, artículo 13). Por tanto, en el trabajo de la demanda se solicitó suspender dicha autorización y en consecuencia busca la iniciación del trámite para la obtención de la licencia ambiental por parte de Monsanto Inc.

El 17 de octubre de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un brillante fallo, en donde decide sobre una acción popular, ordenó proteger los derechos colectivos al medio ambiente sano y a la salud pública y además suspender los efectos jurídicos de la resolución. Esta decisión se apeló y el día 4 de febrero de 2005, por medio de la cual el Consejo de Estado absolvió de toda responsabilidad a la empresa Monsanto Inc., creando de esta manera un ambiente de inconstitucionalidad e ilegalidad del Estado frente al control ambiental.<sup>340</sup>

Como se ve, en Colombia, la importancia de la existencia de ciertos requisitos mínimos para la expedición de una licencia ambiental tienen mucha relevancia, sobre todo para los casos de *“introducción, manejo y comercialización en el país de organismos modificados, entre ellos los transgénicos,…”*.

Como última medida, el Consejo de Estado resuelve conformar una comisión de seguimiento y evaluación de las actividades de Monsanto Inc., consagrando su función principal como elemento de información acerca de los efectos e impactos ambientales de la actividad de esta empresa *“a fin de que en el evento de si los estudios realizados en ejecución de lo aquí ordenado o en relación a otras solicitudes similares arrojen prueba de amenaza o vulneración a los derechos colectivos mencionados en esta providencia. Se adopten de inmediato por las autoridades competentes las medidas tendientes a la suspensión de la actividad desarrollada por la empresa Monsanto…”*<sup>341</sup>.

Otro de los precedentes jurisprudenciales de la jurisdicción contencioso administrativa, tiene que ver con la demanda de acción popular presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>342</sup>, en contra del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, donde se buscó la protección jurídica del derecho colectivo al goce de un medio

---

<sup>340</sup> Beatriz Londoño Toro, Gloria Amparo Rodríguez, Giovanni J. Herrera Carrascal, Perspectivas del Derecho Ambiental en Colombia. Primera Edición. Editores Académicos 1006. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2006.

<sup>341</sup> *Ibidem*.

<sup>342</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B. Auto del 4 de octubre de 2001.

ambiente sano, a la obtención del equilibrio ecológico, al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, a su conservación, restauración, a la conservación de las especies animales y vegetales en áreas de especial importancia ecológica y además la preservación de los ecosistemas situados en zonas fronterizas, y del medio ambiente – salubridad públicas en general. Esto con el fin de lograr prohibir la fabricación, importación y uso de armas químicas y biológicas, dentro de la aspersión aérea con glifosato a los cultivos ilícitos de determinadas zonas<sup>343</sup>.

En este proceso judicial, se solicitaron medidas cautelares de protección con fundamento en la aplicación del principio de precaución, las cuales fueron negadas en primera como en segunda instancia, al considerar la falta de evidencia probatoria de carácter técnico y científico que demuestren la existencia de un daño inminente al medio ambiente, según lo dispuesto por la Ley 472<sup>344</sup>, “*no se ha logrado establecer si lo que más perjudica al medio ambiente es el procedimiento utilizado para sembrar coca o las fumigaciones aéreas*”.

Aún así, y frente a la negativa de decretar medidas cautelares frente a la problemática, el fallo de primera instancia resultó a favor de los demandantes, ello en razón de la aplicación del principio de precaución por parte del Tribunal, ello con el fin de hacer evidente el grado de toxicidad resultante de la aspersión aérea de glifosato, ordenando la suspensión temporal de dichas acciones y además un estudio del impacto químico de dicha sustancia.

Ya en segunda instancia<sup>345</sup>, el Consejo de Estado decidió revocar lo señalado por el Tribunal, manifestando que el principio de precaución no es un fundamento jurídico que sustente cabalmente la suspensión de las fumigaciones, como mecanismo de prevención de daños ambientales.

Ahora bien, aún frente a la decisión del fallo, la importancia jurídica de esta providencia, radica principalmente en los salvamentos de voto de algunos de los magistrados del Consejo de Estado, quienes se apartaron de la mayoría al considerar que para el caso concreto debía aplicarse el principio de precaución, máxime si para la fumigación aérea se utilizan productos letales, demostrando que ante la falta de certeza absoluta sobre las consecuencias de estas fumigaciones debía confirmarse la sentencia de primera instancia<sup>346</sup>.

---

<sup>343</sup> Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

<sup>344</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto AP-0022 del 28 de febrero de 2002. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>345</sup> Sentencia del Consejo de Estado del 19 de octubre de 2004. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente IJ-25000-23-25-000-2001-00022-02. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

<sup>346</sup> Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

Otra de las sentencias del Consejo de Estado en donde se aplicó el principio de precaución fue respecto a la Resolución No. 024 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial<sup>347</sup>, al considerar que el proyecto “*caribbean village mount sinai*”, no vulnera las normas superiores teniendo en cuenta la aplicación del principio de precaución.

En el mismo sentido está también la sentencia del Consejo de Estado del 19 de noviembre de 2009<sup>348</sup>, donde se confirmó el fallo en primera instancia del Tribunal Administrativo de Santander, referente a la negación de declarar nula la Resolución No. 197 del 25 de marzo de 1999 de la corporación autónoma regional para la defensa de la meseta de Bucaramanga – CDMB, por medio de la cual esta último suspendió la licencia ambiental otorgada por Resolución No. 781 del 30 de julio de 1997 a la sociedad santandereana de desechos sólidos – SANDESOL LTDA. Esta decisión se debió a la necesidad de tomar las medidas de seguridad necesarias para prevenir e impedir la creación de situaciones de riesgo en contra de la salubridad pública, inspiradora del principio de precaución<sup>349</sup>:

*“Es del caso subrayar desde ya que la adopción de tales medidas encuentra su fuente de inspiración y justificación en el principio de precaución, en 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 sentencia C-293 del 23 de abril de 2002...”*

### **2.1.8. Principio de precaución y medio ambiente.**

El progreso, tanto en el campo de la ciencia como en la tecnología, ha tenido tal magnitud, que a su vez los peligros también están aumentado vertiginosamente. La idea de crecimiento económico conlleva necesariamente a un aumento completamente ilimitado de la disposición de los recursos ecológicos, poniendo en entre dicho, tanto la disponibilidad de dichos recursos como también la capacidad con la que cuenta el medio ambiente para tolerar este accionar.<sup>350</sup>

---

<sup>347</sup> Sentencia del Consejo de Estado del 24 de octubre de 2004. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Expediente N. 25000-23-24-000-1996-6978-01(4027). C.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

<sup>348</sup> Sentencia del Consejo de Estado del 19 de noviembre de 2009, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación número: 68001-23-15-000-1999-02524-01. C.P. Rafael E. Ostau de la Font Planeta.

<sup>349</sup> Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

<sup>350</sup> E.F. Shumacher y Hermann Blume. Lo Pequeño es Hermoso. Octava Impresión. Editorial Hermann. Madrid-España. 1986.

El uso de tecnologías de tipo contaminante producen directamente un aumento en la degradación de la calidad de aire y consecuentemente lleva consigo una disminución demográfica por el aumento de las tasas de mortalidad, así entre mayor sea el crecimiento en la población mayor la necesidad de recursos naturales y por lo tanto también mayor el impacto ambiental que producirá cada persona. Los mayores culpables de la expansión de la degradación ambiental tienen que ver con la expansión demográfica, económica y tecnológica.<sup>351</sup>

De esta manera, cuando concurren no sólo elementos tecnológicos, sino también componentes del ecosistema, es decir, entre la industria y la misma naturaleza, se da una cuestión de plena certeza frente a los peligros que la incidencia de esta primera hace a la segunda, por ello, se establece la falta de certeza en el elemento científico, analizando así qué actividad genera o no un riesgo verdadero y cuál será su magnitud real.

Aunado a lo anterior, existe incertidumbre a la hora de determinar qué medidas deben ser necesarias para mitigar este tipo de situaciones y qué causas fueron las realmente importantes para dar lugar a esta situación de riesgo. También se denotan los problemas respecto a las normas jurídicas aplicables a estas situaciones de “*falta de certeza*”, de ahí que comúnmente se presenten situaciones de contradicción respecto a las opiniones científicas y técnicas de trato a cada una de las situaciones de peligro<sup>352</sup>.

La introducción en el medio ambiente de sustancias tóxicas, tales como detergentes o pesticidas traen como consecuencia lógica la incorporación de estos en las cadenas tróficas que terminan en el hombre por medio de procesos cíclicos, estos son hoy en día uno de los mayores problemas medioambientales que enfrenta la humanidad<sup>353</sup>, creando la necesidad de obtener un conocimiento profundo de todo este tipo de procesos ecológicos. “...*Los ecosistemas son en gran medida entidades autorregulables capaces de llevar a cabo un feedback (retroalimentación) de la información de la producción del sistema para controlar una futura entrada, llegando a alcanzar así un cierto grado de equilibrio u homeóstasis...*”.

Dichos fundamentos científico - técnicos son importantes desde un punto de vista histórico, para referirnos a la ecología y la agricultura, dándonos para pensar que gracias a estos

---

<sup>351</sup> Luis Jiménez Herrero. Medio Ambiente y Desarrollo Alternativo. Gestión Racional de los Recursos para una Sociedad Perdurable. Editorial Iepala. Madrid-España. 1989.

<sup>352</sup> Jesús Esteve Pardo. Técnica, Riesgo y Derecho. Tratamiento del Riesgo Tecnológico en el Derecho Ambiental. Editorial Ariel S.A. Barcelona-España. 1999.

<sup>353</sup> Edward J. Kormondy. Conceptos de Ecología. Versión Española de M. Carmen Téllez. Alianza Editorial. Cuarta Edición. Madrid-España. 1985.

estudios se identifican también bases científicas, además de un desarrollo biotecnológico y de ingeniería genética<sup>354</sup>.

Desde este punto podemos partir para el desarrollo de dos teorías: la primera parte de la premisa enfocada a probar que para hacer un uso adecuado del espacio dentro del medio ambiente, no es necesaria la explotación de áreas ecológicas (o si se explotan que sea de una forma mínima), es decir que por el hecho de no utilizar un espacio a manera de explotación económica como por ejemplo, como madera, los productos agrícolas, etc., va a significar que se pueda utilizarlos para otro tipo de destinaciones y que ello no va a implicar un beneficio, por ejemplo como medio de esparcimiento, o de información científica, etc., de esta manera, su uso no va a implicar en todos los casos una consecuencia de explotación ecológica, el mantenimiento de las zonas ambientales intactas para fines de información y experimentación científica es una prioridad para la aplicación de los fundamentos “*teórico aplicados*”<sup>355</sup>.

Por el otro lado, la tesis contraria expone que nos encontramos con que la acción más directa del hombre sobre la naturaleza es la explotación:

*“El hombre puede considerarse como un subsistema coextensivo con el sistema explotado... En el sistema explotado la diversidad baja y el cociente producción/biomasa aumenta...”*

El explotar los ecosistemas que se encuentren muy maduros, es decir, bastante desarrollados, tales como las selvas tropicales, se produce necesariamente un colapso en todo el sistema ambiental de la zona, de esta manera la explotación del hombre dentro de los ecosistemas se ve permitida, pero en el supuesto fáctico para que esta última no vaya más allá de un punto de rendimiento adecuado<sup>356</sup>.

Lo anteriormente expuesto puede aplicarse en materia económico-industrial, si dentro de una determinada área en la cual se ubican una serie de fábricas y que además el número de personas que asientan sus hogares dentro de esta zona también se encuentra en continuo aumento, esta fábrica al expulsar sus residuos aumentará directamente la cantidad de daños producidos, se puede mitigar este tipo de situaciones, por ejemplo imponiéndole un impuesto a la fábrica dependiendo del número de personas que se ubiquen en la zona en

---

<sup>354</sup> Emilio Muñoz. Biotecnología y Sociedad. Encuentros y Desencuentros. Organización de Estados Iberoamericanos. Publicado por Cambridge University Press. Primera Edición. Madrid-España. 2001.

<sup>355</sup> Ramón Folch i. Sobre Ecologismo y Ecología Aplicada. Ketres Editora. Barcelona-España. 1977.

<sup>356</sup> Ramón Margalef. Perspectivas de la Teoría Ecológica. Versión Castellana de la Cuarta Impresión Inglesa: Dra. María Rosa Miracle Solé. Editorial Blume. Barcelona-España. 1981.

que se encuentra establecida y esto ofrecerá como resultado la reducción de los elementos nocivos<sup>357</sup>. Así se permite la acción pero limitando de alguna manera sus actividades.

Para desarrollar dichas acciones permisivas de conductas riesgosas, pero a la vez poder limitarlas de alguna manera, es importante dejar en claro los valores límites respecto a las cantidades máximas tolerables de los riesgos, por ejemplo los métodos científicos deben señalar los límites de tolerancia respecto a sustancias contaminantes contenidas en el aire, legitimando a la vez la extensión de ese riesgo pero en forma limitada, es decir hasta cierto nivel establecido previamente, *“aunque los valores límite de tolerancia quieran evitar lo peor, suponen a la vez una carta blanca para envenenar un poco a la naturaleza y al hombre”*. Esto se traduce más o menos en la posibilidad de no evitar completamente cierta actividad riesgosa, sino permitirla en la medida de lo aceptable social y científicamente posible. Este principio de valores límite permitiría que se reglamente qué cantidades máximas serían tolerables y hasta cuanto se traspasaría dicha cantidad para convertirla en peligrosa<sup>358</sup>.

Continuando con la temática, pueden existir dos grupos de instrumentos para la realización de una estrategia económica medioambiental, estos son: *“los controles directos o reglamentaciones (instrumentos normativos) y los instrumentos económicos”*, respecto a los controles directos, estos se refieren concretamente a la reglamentación que imponen las autoridades ambientales para realizar obligaciones que tienen que hacer los agentes económicos lograr así desarrollar sus actividades, dicha reglamentación está dirigida hacia la realización de estándares de contaminación, clasificación de actividades con impactos ambientales, imposición de niveles tecnológicos, ordenación de zonas, etc., además de los sistemas de control y vigilancia los cuales deben manifestarse por ser realmente eficaces, si se quiere un correcto cumplimiento de las reglamentaciones.

Y por el otro lado están los instrumentos económicos, los cuales se refieren expresamente a incentivos que influyen directamente en el coste-beneficio de los agentes económicos, esto se logra modificando directamente sus acciones, comparando el coste de realizar una u otra acción y el beneficio recogido, como por ejemplo las ayudas de tipo financiero, permisos, tributos<sup>359</sup> y también *“...regulaciones ambientales basadas en el establecimiento de estándares de contaminación, imposición de niveles tecnológicos y control de las*

---

<sup>357</sup> Federico Aguilera Klink y Vincent Alcántara (Compiladores). De la Economía Ambiental a la Economía Ecológica. Economía Crítica. Primera Edición. Icaria-Fuhem. Barcelona-España.1994.

<sup>358</sup> Ulrich Beck. La Sociedad del Riesgo. Hacia una Nueva Modernidad. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. Barcelona-España. 1998.

<sup>359</sup> Federico Martín Palmero – Fernando González Laxe – Fernanda González Laxe – Fernanda Migueles Pose – Emilio Menéndez Pérez – Jesús Dopico Castro. Desarrollo Sostenible y Huella Ecológica. Una Aplicación a la Economía Gallega. Primera Edición. Netbiblo, S.L.A. Coruña-España. 2004. p. 240.

*características de los inputs, tributos ambientales con incidencia sobre la producción y el consumo de energía, ayudas financieras a la producción y el consumo de energías renovables, mercados de permisos negociables de contaminación como instrumento regulador de la contaminación atmosférica y, en particular, de la emisión de gases con efecto invernadero...<sup>360</sup>”.*

## **2.2. LA EVALUACIÓN DE LOS RIESGOS.**

Para realizar una correcta evaluación de los riesgos independientemente de la escuela de donde provenga el ordenamiento jurídico, será necesario estipular estándares “*ex ante*” respecto a las situaciones que puedan tener un potencial de riesgo para el medio ambiente y la salud humana, esta evaluación se traduce en un proceso que decide si un peligro determinado es aceptable o no<sup>361</sup>.

Las evaluaciones que se realizan sobre situaciones concretas de riesgo han sido objeto de controversias, pero se han podido estipular puntos comunes entre todas ellas: evaluación del nivel de incertidumbre científica del riesgo; la aceptabilidad social del peligro dependiendo principalmente del contexto cultural; mecanismos administrativos de control tales como normas administrativas de regulación del control de calidad, de control de afluentes y cargas contaminantes, de control tecnológico, de reglamentación de productos y procesos productivos, internalización, permisos o licencias, revisado, inspección domiciliaria, monitoreo, reportes y registros, necesidad de una autoridad administrativa ambiental, declaración de la función social de la propiedad, acciones populares, acciones de cumplimiento, planificación, cooperación interadministrativa, interventorías, control y vigilancia, controles de calidad, proporcionalidad de la regulación, control en el acceso al mercado, fijación de parámetros de gestión ambiental, evaluación de impactos ambientales, cooperación internacional, consulta previa, controles normativos, mecanismos de desarrollo sostenible; también están los mecanismos económicos de control y evaluación de riesgos, entre ellos encontramos: tasas retributivas por carga contaminante, impuestos diferenciales y sobreprecios; y por último están los métodos de control y evaluación participativos dentro de los cuales están la participación ciudadana.

A continuación se analizará cada uno de estos procesos de evaluación de riesgos:

---

<sup>360</sup> *Ibíd.*

<sup>361</sup> Mary Douglas, *Risk Acceptability According to the Social Sciences*. Edition published by Routledge & Kegan Paul. London-UK.1985; and Steve Rayner and Robin Cantor, “How Fair is Safe Enough?: The Cultural Approach to Societal Technology Choice” *Risk Analysis*, Vol. 7, No. 1. 1987. pp. 3-9.

### 2.2.1. Incertidumbre científica como fundamento de ampliación de la aplicación del criterio precautorio.

El principio de precaución se fundamenta en la falta de certeza científica y tecnológica respecto a la presencia de riesgos<sup>362</sup>, para estas situaciones el derecho muchas veces concilia la dicotomía existente entre la ciencia y democracia, demostrando así que frente a la toma de una decisión científica y sus respectivos estudios, no se deja de lado la creación de opiniones del tema para la participación de la sociedad<sup>363</sup>.

En primer lugar, es necesario entender que el principio de precaución debe estar armonizado con los estudios de evaluación del riesgo partiendo de la incertidumbre científica, requiriendo así de un tratamiento y decisión por parte de la administración, dicho tratamiento debe entenderse legitimado por medio de una acción regulatoria, cuya responsabilidad resulta del principio mismo, poniendo la entidad administrativa, particular atención a los problemas creados por la falta de certeza científica.

De esta manera, el criterio precautorio para la mayoría de las culturas legales dentro de las cuales se aplica, tiene una formulación conceptual común entre ellas, definiéndolo así:

*“Cuando exista una amenaza para la salud humana o para la protección del medio ambiente, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para posponer medidas que prevengan o reduzcan al mínimo esa amenaza”<sup>364</sup>.*

Por esta razón se requiere de una aplicación directa dentro de la dinámica del problema de la falta de certeza científica en cualquier ámbito jurídico. Esta situación ha sido realmente ignorada por parte de los operadores de la norma, pero como en todos los principios jurídicos, se estatuyen argumentos para poder llevar a regular normativamente las razones

---

<sup>362</sup> Ver las discusiones de la Comisión de las Comunidades Europeas, Communication from the Commission on the Precautionary Principle (2000) 1 final in chs 4 and 6. [http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/library/pub/pub07\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub07_en.pdf) Página consultada el día 12 de julio de 2010

<sup>363</sup> Véase los modelos de representación de intereses en Richard B. Stewart, “The Reformation of American Administrative Law” 88 Harvard Law Review. United States. 1975. p.1661

<sup>364</sup> “Where there is a threat to human health or environmental protection a lack of full scientific certainty should not be used as a reason to postpone measures that would prevent or minimise such a threat”. Esta versión puede ser la más cercana a la referida en el Principio No. 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, o del Preámbulo de la Convención sobre la Diversidad Biológica. Otras versiones del concepto del principio de precaución en R Harding and E Fisher (eds.), *Perspectives on the Precautionary Principle* Federation Press, Sydney-Australia, 1999 Anexo Uno.

que puedan tomarse para una determinada decisión y así, sólo podrá ser definido dentro del contexto en el cual se encuentra aplicado<sup>365</sup>.

Este principio se comporta además como un direccionador de las decisiones respecto a la complejidad e incertidumbre de los problemas tecnológicos, mostrando como una necesidad primordial el hecho que las decisiones administrativas no sean configuradas con base en un elemento esencial referente a la existencia de certezas científicas absolutas antes de poder tomar las acciones meritorias del caso<sup>366</sup>, orientando así las decisiones de la administración para que esta última no ignore cuáles son los problemas que representa el hecho de tomar decisiones administrativas aún frente a la evidencia de la falta de certeza científica.

Ambos conceptos, “*información*” y “*falta de certeza científica*” son interpretados por medio del principio de precaución, aplicándose este último en todos los aspectos de la decisión por parte de la administración.

La información acerca de los riesgos en el medio ambiente es sólo uno de los elementos en el proceso de la toma de la decisión administrativa<sup>367</sup>, de esta manera se convierte a esta decisión en un proceso dinámico y policéntrico con el fin de lograr que la solución al problema ambiental pueda partir desde criterios de análisis y deliberación, aplicándose así el principio de precaución como acto posterior al procesamiento de la información disponible y en donde se haya identificado previamente el problema. A partir de aquí se crea un margen de discreción en la solución por parte de la administración.

Esta caracterización muestra una sugerencia para la toma de decisiones de la administración en una situación de normalidad, pero que potencialmente podría representar situaciones claras de riesgo. Así los operadores jurídicos y no jurídicos han entendido al principio de precaución como un mecanismo de auxilio para las estructuras que pueden tener vacíos e indeterminación, aunque desde una perspectiva legal esta concepción resulta incompleta<sup>368</sup>.

Así las cosas, se conjuga un cambio significativo en el papel que juega la información científica frente a la toma de decisiones, toda vez que se necesita establecer que cuando se presente un riesgo de daño, deben tomarse las acciones pertinentes para prevenirlo aún

---

<sup>365</sup> Elizabeth Fisher. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing, North America. 2007 p. 41.

<sup>366</sup> Adrian Deville and Ronnie Harding, *Applying the Precautionary Principle*. The Federation Press Pty. Sydney-Australia.1997.

<sup>367</sup> Elizabeth Fisher. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing, North America. 2007. p. 43.

<sup>368</sup> *Ibíd.* p. 44.

frente a la incertidumbre científica que se presente<sup>369</sup>. Dicho principio de precaución según lo anteriormente expuesto resulta siendo un concepto jurídico principalmente de gestión y menos de evaluación de riesgos como en un comienzo podría llegarse a pensar. Desde este punto de vista es preciso partir con el fin de suponer que para su aplicación es necesario primero evaluar previamente la situación de riesgo, además de la identificación de los impactos ambientales que resulten<sup>370</sup>.

El principio parte además de ciertas diferencias aplicadas en diferentes países, estas radican principalmente en determinar si la actuación estatal se basa o no en hipótesis o evaluaciones de riesgo teóricas, o si por el contrario se crean con respecto a fundamentos reales de corte científico que resulten razonables y que sirvan de soporte técnico y jurídico para alejar la potencialidad de un daño. Además de esto, dicho principio puede indicar cuándo se debe actuar, pero no qué medidas se deben tomar, dejando este eslabón a criterio más abierto por parte de cada Estado, y es aquí donde entra una valoración de tipo discrecional realizado por la administración, al considerar si dicho riesgo implica o no un peligro aceptable para la sociedad, ponderando costos y beneficios. El problema radica en que esta decisión discrecional muchas veces tiene un corte eminentemente político sin tomarse en cuenta consideraciones técnicas o legales:

En consecuencia, el principio de precaución ha incidido dentro del derecho cambiando totalmente los paradigmas jurídicos<sup>371</sup>, dichos cambios se producen no sólo en la concepción de los riesgos previsibles o probables, sino también sobre los inciertos. De esta manera, la obligación de precaución se puede traducir en diferentes formas, por un lado obligando a multiplicar los esfuerzos de protección para minimizar la probabilidad de riesgo necesario, además de adoptar las directrices de protección para encontrar los riesgos que no permiten o no son regulados por las probabilidades. Este supuesto puede verse reflejado por ejemplo en la obligación de sobredimensionar las medidas de protección o de multiplicar las circunstancias que impulsan la protección de una determinada actividad<sup>372</sup>.

Además de ello, es del caso anotar también que el principio de precaución obliga a producir un conocimiento serio y juicioso sobre los riesgos, la incertidumbre científica se manifiesta sobre ellos y avanza precisamente respecto a los desarrollos que tiene la ciencia. De esta manera, la producción del conocimiento sobre los riesgos y sobre los peligros genera una condición jurídica de la acción, convirtiendo así el concepto de incertidumbre jurídica en un estímulo más para crear supuestos de hecho de aplicación de los criterios precautorios.

---

<sup>369</sup> *Ibidem*.

<sup>370</sup> Universidad Externado de Colombia. *Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiente*. Tomo VI. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2005. p. 438.

<sup>371</sup> G.J. Martin. *Precaution et evolution du droit*, Recueil Dalloz-Sirey. 39ème Cahier. Paris-France. 1995. pp. 299 y ss.

<sup>372</sup> Jean-Marie Rainaud, *Le droit nucléaire, Que sais-je?*, Presses Universitaires de France - PUF. France. 1994.

## 2.2.2. Mecanismos de determinación de aceptabilidad de riesgos.

Uno de los problemas más importantes respecto a la creación de riesgos, tiene que ver con la determinación de si un peligro determinado resulta aceptable o no para la sociedad, y esta decisión depende principalmente del contexto cultural y no a preferencias exclusivamente individuales, ni a la magnitud de este, sino concretamente a la “*aceptabilidad*” que dicho riesgo posee dentro del contexto y el entorno social<sup>373</sup>, además de complementar este criterio con información respecto a la organización y gobierno de la comunidad teniendo en cuenta su esfera pública<sup>374</sup>, dado que los estándares respecto a la apreciación de un riesgo determinado son cambiantes dependiendo de la situación<sup>375</sup>.

Por esta razón, entender qué información resulta “*relevante*” a la hora de analizar y aceptar jurídicamente los riesgos relevantes, depende principalmente del problema concreto que se analiza y puede incluir todo tipo de información y conocimientos tales como la experiencia y los procedimientos de observación que haya hecho la sociedad<sup>376</sup>, también parten desde un análisis cultural y contextual para así determinar ontológicamente las disputas sociológicas generadas respecto al tema.

Por ejemplo, desde la perspectiva del consumidor, el prohibir por parte de la administración el consumo de determinado producto por motivo de sus implicaciones peligrosas, puede generar en cierto aspecto controversia sólo respecto a qué comida es confiable o no, el gobierno de cada Estado puede ayudar a esta tarea pronunciándose sobre la clase de productos a consumir<sup>377</sup>; desde una perspectiva ética se verá mucho más allá, pensando en el foco de transmisión que puede causar este producto prohibido y las implicaciones directas; para una perspectiva de corte económico esta situación presenta implicaciones respecto a la viabilidad del desarrollo de la industria que creó el producto, principalmente frente a las implicaciones internacionales que tendrá su comercialización dentro del mercado común.

---

<sup>373</sup> Elizabeth Fisher. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing, North America. 2007. p.9

<sup>374</sup> Los límites de aceptabilidad del riesgo resultan diferentes y no siempre son conciliables con las razones dadas por los gobiernos para asumir la responsabilidad por la evaluación resultante del riesgo. U. Beck, “Risk Society and the Provident State” en S Lash and B Szerszynki (eds), *Risk, Environment and Modernity: Towards a New Ecology*. Sage Publications. London-United Kingdom. 1996.

<sup>375</sup> Elizabeth Fisher, Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing, North America. 2007. p. 10.

<sup>376</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 63.

De esta manera, debe analizarse cómo el gobierno y la misma sociedad enfrentan la situación, contextualizando el riesgo y el impacto y su correspondiente aceptación dentro de los miembros de la comunidad<sup>378</sup>; y por último, frente a un contexto institucional, tiene gran importancia el rol que juega la determinación de la aceptación que ese riesgo tiene para el proceso evaluativo de la administración<sup>379</sup>.

Para determinar la relevancia del riesgo también depende principalmente de la naturaleza de la regulación que se le haya dado al problema<sup>380</sup>: un procedimiento de evaluación estándar de riesgos necesita recolectar y organizar toda la información necesaria sobre los riesgos tecnológicos que se presenten, en general explicar la naturaleza del impacto, las causas de este y las consecuencias de cualquier decisión de regulación que se tomen respecto al tema<sup>381</sup>, además, debe identificarse el nivel y la potencialidad en sí del peligro<sup>382</sup>. Se puede manejar y entender las situaciones de riesgo por medio de técnicas analíticas de la situación, así, este último podrá ser cuantificable y el impacto que produzca cualquier falta de certeza científica será reducible por medio de la utilización de metodologías racionales<sup>383</sup>.

Desde la revolución verde en los años cincuenta y sesenta, y hasta nuestros días, se han presentado ciertas áreas dentro del planeta con serios problemas de degradación medioambiental. La creación de nuevas tecnologías riesgosas, nuevas formas de contaminación y la existencia de industrias mucho más contaminantes demuestran cómo se han venido perdiendo los recursos ambientales, impidiendo el desarrollo sostenible de la sociedad<sup>384</sup>. Por esta razón, es de vital importancia desarrollar estrategias eficaces a la hora de contrarrestar estos fenómenos por medio de la implementación de mecanismos administrativos que permitan a su vez prevenir la causación de riesgos, entre estos encontramos los siguientes:

#### **A. Normas administrativas de regulación de calidad ambiental.**

Establecen niveles de calidad dentro de los diferentes elementos del medioambiente, como por ejemplo normas de calidad hídrica con base a criterios físico-químicos<sup>385</sup>.

---

<sup>378</sup> *Ibíd.*, p. 64.

<sup>379</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>380</sup> *Ibíd.*, p. 31.

<sup>381</sup> *Ibíd.*, p. 19.

<sup>382</sup> *Ibíd.*, p. 20.

<sup>383</sup> *Ibíd.*, p. 29.

<sup>384</sup> Our Common Future, Report of the World Commission on Environment and Development, 1985, pp. 4-5.

<sup>385</sup> *Ibíd.*

## **B. Normas administrativas para el control de efluentes y cargas contaminantes.**

Regulan todas las cargas contaminantes que se vierten en el agua o en la atmósfera, estableciendo valores máximos permisibles de concentraciones o de volúmenes para cada agente contaminante.

## **C. Normas administrativas de control tecnológico.**

Establecen cuáles son las tecnologías que las industrias deben implementar para así poder cumplir con los objetivos que se estipularon en la norma que permite controlar los efluentes y las cargas contaminantes.

## **D. Normas administrativas de reglamentación de productos y procesos productivos.**

Dan criterios sobre las características que deben poseer los productos o los diferentes procesos productivos, para así prevenir que estos contaminen.

Frente al problema existente por motivo del surgimiento de este “*derecho de contaminación*”, surgen algunas propuestas por la administración, como por ejemplo la aplicación del principio de precaución dirigida concretamente hacia un “*mercado libre de contaminación*”, donde a los contaminadores se les permite una determinada cantidad de contaminación individual la cual puede ser emitida libremente aunque sin alcanzar los límites impuestos, supuestamente para mantener los límites ambientales dentro de un rango normal<sup>386</sup>.

## **E. Internalización.**

Constituido como otro de los mecanismos jurídicos para el tratamiento de los perjuicios de la contaminación, la internalización consiste en obligar a los contaminantes a soportar los costos de prevención y de lucha pero por medio el pago de un costo proporcional al porcentaje de contaminación emitida<sup>387</sup>. Las empresas que contaminan pueden recibir una ayuda indirecta si estas comienzan a establecer tratamientos mucho más estrictos respecto a la lucha contra la contaminación, además recibirían ayudas respecto a la realización de auditorías en los tratamientos que estas realizan en el medio ambiente dentro de sus instalaciones<sup>388</sup>.

---

<sup>386</sup> *Ibíd.* p. 121.

<sup>387</sup> *Ibíd.* p. 86.

<sup>388</sup> *Ibíd.* p. 89

## **F. Revisado.**

Es un certificado que expide la institución encargada de la protección ambiental, este se realiza posteriormente a una inspección de productos o procedimientos con el fin de certificar respecto a la seguridad y calidad ambiental de determinado producto.

## **G. Inspección domiciliaria.**

Funcionarios que pertenezcan a la institución encargada de protección del medioambiente, realizan periódicamente inspecciones para así controlar industrias o agentes que son contaminantes. Por medio de este mecanismo se puede llegar a una conciliación de procedimientos entre el Estado y el agente contaminante para que este último se ajuste a los preceptos legales estipulados por medio de los compromisos reales<sup>389</sup>.

## **H. Monitoreo, reportes y registros.**

Se obliga a determinadas industrias o agentes que puedan causar eventos potenciales de peligro, que estas mismas revisen y monitoreen periódicamente sus instalaciones y equipos, y a su vez realicen reportes de los resultados obtenidos. Muchas veces se descarga en el sector privado la responsabilidad consiste en vigilar la calidad ambiental de sus propias instalaciones, equipos y tecnologías.

## **I. Necesidad de una autoridad administrativa ambiental.**

Se convierte en una necesidad el hecho que todas las regulaciones de naturaleza normativa y regulatoria que imparta el órgano administrativo deben partir de una excelente técnica jurídica, esto con el fin de poder determinar normas jurídicas en verdad sustentadas en estudios técnicos e interdisciplinarios previos. Esta situación se materializa cuando exista un órgano administrativo dedicado exclusivamente al tema medioambiental, pero aun ante la ausencia de una entidad especializada en esta materia, resulta siendo una obligación para la administración, independientemente de la entidad correspondiente, tomar las medidas necesarias para protección y prevención del medio ambiente<sup>390</sup>.

---

<sup>389</sup> José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, Una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 73.

<sup>390</sup> Universidad Externado de Colombia. Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo IV. Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de Rectoría 1963 – 2003. 2003. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2003. p. 307

## **J. Declaratoria de la función social y ambiental de la propiedad.**

En Colombia, antes del replanteamiento ecológico de los últimos años, se pensó que la propiedad era considerada como ilimitada de tal manera que si la naturaleza era entendida como infinita, la apropiación de esta última también lo vendría siendo<sup>391</sup>. La problemática social, económica y cultural que representa la defensa del medio ambiente hoy en día, condujo al constituyente colombiano a desarrollar la función social y ecológica de la propiedad como mecanismo de prevención de daños ambientales, y que a su vez también se tradujo en una función ecológica de la misma<sup>392</sup>. Este concepto debe armonizarse con el derecho que tiene toda persona a poder gozar de un ambiente sano por medio del desarrollo sostenible de la propiedad<sup>393</sup>, también se plantea que la sociedad debe tener la garantía de poder participar en las decisiones que afecten al medio ambiente.

## **K. Planificación.**

La planificación es un instrumento de la administración que debe verse reflejada en el desarrollo sostenible de los recursos naturales, en el fomento de la educación para proteger y preservar al medio ambiente<sup>394</sup>, para crear mecanismos de prevención y control del deterioro ambiental por medio de la aplicación de instrumentos legales tales como sanciones pecuniarias, o como la constitución de una obligación de reparar los daños que se causen, entre otras.

Los poderes públicos tienen la obligación constitucional de utilizar los recursos naturales en forma racional, y para lograr este objetivo el Estado debe utilizar la técnica de la planificación, de esta manera, el aporte principal que han dado las técnicas de planificación ambiental a las técnicas de planificación económica o de otra índole, residen principalmente en el hecho de exigir la necesidad de apoyar los campos de la ciencia y la tecnología principalmente<sup>395</sup>, para beneficio del control “*ex ante*” de los daños ambientales.

---

<sup>391</sup> Esta concepción hoy en día aun se está evidenciando, sobre todo en países tercermundistas, donde la explotación acelerada de los recursos naturales se ha visto como una necesidad para el desarrollo industrial. Las críticas a este sistema pueden verse en Paolo Bifani, Desarrollo y medio ambiente. Cuadernos del Cifca, Madrid-España, 1980. p. 87.

<sup>392</sup> “*La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica*”. Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 58 inc. 2.

<sup>393</sup> “*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*”. Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 79.

<sup>394</sup> La educación ambiental, se ha constituido como un mecanismo de gran efectividad a largo plazo para poder cambiar los valores de una sociedad, y por esta razón se han creado ordenamientos jurídicos especiales para la actividad ambiental tales como el Código de Recursos Naturales y el Sistema Nacional Ambiental. Este proceso de educación ambiental debe ser apoyado por los medios masivos de comunicación para ejercer un impacto social de grandes proporciones.

<sup>395</sup> Si se apoya la facultad planificadora en los campos científico y tecnológico, no quiere decir que se relaje la técnica legislativa, sino que deben potencializarse a nivel jurídico. Este se considera como un gran problema en la mayoría de los

## L. Cooperación interadministrativa.

La cooperación a nivel nacional e internacional, puede usarse para la protección de los ecosistemas que se encuentren situados en zonas de frontera<sup>396</sup>, para ejercer control respecto al uso de recursos genéticos, para prohibir el uso de actividades que impliquen la utilización de armas químicas, biológicas y nucleares, para prohibir también la introducción dentro de los Estados de residuos nucleares o desechos tóxicos, etc.

Aunque estos elementos de cooperación jurídica se han constituido como herramientas no sólo del derecho administrativo, sino también del derecho constitucional, también es evidente que se necesita un desarrollo mucho más profundo en el marco legal para tener una aplicación real, al mismo tiempo se ve la necesidad de contar con mecanismos que permitan defender estos postulados, por ejemplo por medio de la acción popular para proteger derechos colectivos, y que a su vez estos puedan verse relacionados con el medio ambiente, y en general todos los mecanismos jurídicos que permitan garantizar una protección frente a las acciones u omisiones causadas por conducto de los daños al medio ambiente ya sea en el nivel estatal o privado<sup>397</sup>.

## M. Interventorías.

CASCAJO propone la utilización de los mecanismos interventores y de control del Estado Social para poder fortalecer al sector privado de la economía<sup>398</sup>, los intereses privados puedan sumarse para constituir intereses colectivos, y así enfrentar procesos complejos como la industrialización y la tecnificación<sup>399</sup>.

---

Estados, delegar la redacción de proyectos legislativos y planes a grupos técnicos, estos son fuertes en determinado campo pero no lo suficiente en derecho, y finalmente después de la realización de su trabajo de evaluación y redacción técnica al final lo que hacen es redactar normas.

<sup>396</sup>Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo. Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente. Seminario de Brasilia de 1992. 2ª Edición. San José de Costa Rica-Costa Rica. 1995. p 248.

<sup>397</sup> *Ibidem*.

<sup>398</sup> Julio Cesar Rodas Monsalve. Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano. Segunda reimpresión, Tercer mundo editores en coedición con ediciones Uniandes. Bogotá-Colombia. 1997. p. 33-34.

<sup>399</sup> “En cuanto producto de la lucha de los grupos sociales más vulnerables del desarrollo capitalista por la superación de los esquemas económicos y jurídicos liberal-burgueses, según los cuales el interés de la clase dominante en obtener el beneficio propio coincide con el interés de la colectividad en su conjunto”. Filippo Sgubbi, “Tutela penale di interessi diffusi”, en la *Questione Criminale*, Bolonia-Italia, 1975, p. 221.

## N. Control y vigilancia

Esta medida se materializa en diferentes instrumentos normativos, así como también, por conducto de las agencias gubernamentales en cada Estado<sup>400</sup>. Por ejemplo, en Chile, el Ministerio de Salud es el encargado de monitorear las substancias que se viertan en aguas y puedan causar un daño al medio ambiente o a la salud humana. En Colombia, esta tarea la tienen varias entidades ambientales del orden nacional y territorial tales como el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, etc.

También respecto al control y vigilancia medioambiental encontramos el control de desechos tóxicos: en el panorama legislativo de la región latinoamericana se han mostrado avances significativos respecto a la tendencia internacional para controlar el movimiento de este tipo de materiales<sup>401</sup>, por ende ya han sido varios los países latinoamericanos que han prohibido de manera expresa la introducción de desechos tóxicos o peligrosos a su territorio<sup>402</sup>.

## O. Controles de calidad.

Algunos procedimientos exigen certificaciones de calidad e idoneidad tales como el ISO 14004<sup>403</sup> (anexo A), en donde se insta a la aplicación de los principios inspiradores de los ordenamientos jurídicos, como por ejemplo la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo o la carta empresarial de desarrollo sostenido de la Cámara Internacional de Comercio<sup>404</sup>.

---

<sup>400</sup> Los Derechos Ambientales, una visión desde el sur. José María Borrero Navia. Publicación de la fundación para la investigación y protección del medio ambiente. FIPMA. El centro de asistencia legal ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 220.

<sup>401</sup> José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, Una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. El Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 219.

<sup>402</sup> Entre estos países, encontramos Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú, México, Venezuela, Argentina, entre otros. En este contexto, México por ejemplo, en el numeral III del artículo 153, de la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al ambiente prohíbe “*la importación de materiales o residuos peligrosos cuyo único objeto sea la disposición final o simple depósito, almacenamiento o confinamiento en el territorio nacional o en las zonas donde la nación ejerce su soberanía y jurisdicción*”.

<sup>403</sup> El ISO 14004 “*ofrece directrices para el desarrollo e implementación de los principios del Sistema de Gestión Ambiental y las técnicas de soporte; además presenta guías para su coordinación con la ISO 9000*”. <http://www.consultorsalud.com/biblioteca/documentos/2008/EI%20ABC%20de%20la%20norma%20ISO.pdf> Página consultada el 27 de Febrero de 2010.

<sup>404</sup> Alba Nogueira López, Ecoauditorías, Intervención Pública Ambiental y Autocontrol Empresarial. Monografías jurídicas, Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid-España. 2000. p. 167.

## **P. Proporcionalidad en la regulación.**

Si bien se hace necesario implementar mecanismos de prevención de daños ambientales como los enunciados en estos últimos apartes, también es cierto que debe analizarse a profundidad que frente a la posibilidad de crear criterios normativos demasiado restrictivos se produciría un efecto adverso al querido:

Por ejemplo, el proceso de autorrealización de la llamada “*sociedad mundial*” o “*capitalismo mundial integrado*”(GUATTARI, 1989), puede constituirse como un obstáculo enorme frente a la creación de un ordenamiento jurídico de corte proteccionista de los recursos naturales, en este sentido las instituciones y organizaciones jurídicas a nivel nacional pero que se encuentran dentro de un sistema mundial, encuentran a nivel interno, serias dificultades para la creación de leyes por parte de sus legisladores, por ejemplo cuando se crean regulaciones normativas ambientales demasiado restrictivas, lo que se está logrando es que las empresas busquen realizar la inversión en otro Estado, por este motivo, muchas de las orientaciones normativas deben tener en cuenta no sólo aspectos ambientales, sino también criterios económicos, estableciendo que se puede aceptar la producción de contaminación y posteriormente se evalúen sus riesgos<sup>405</sup>.

Según WOLF PAUL<sup>406</sup>, el derecho ambiental también se encuentra en un momento dialéctico como la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestros días, y es así como en primer lugar se debe preocupar por mejorar la calidad de vida y disminuir los riesgos ambientales pero por otro lado también debe velarse por no estropear las condiciones del mercado<sup>407</sup>.

## **Q. Control en el acceso al mercado.**

La legislación de la Unión Europa referente a la utilización de desechos contaminantes y sustancias peligrosas, refleja cuál es la situación y los patrones que se están siguiendo hoy en día sobre el tema, con un fuerte control de carácter público en el acceso al mercado de productos químicos por motivos medioambientales, además del control de riesgos también ambiental respecto de las sustancias que ya existen dentro del mercado, tal y como se hizo en Japón en el año de 1973, en Suecia desde 1973, en los Estados Unidos en el año de

---

<sup>405</sup> José Luis Serrano Moreno. *Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica* Editorial Comares. Biblioteca comares de ciencia jurídica. . Granada-España. 1992. p.59-60.

<sup>406</sup> Julio Cesar Rodas Monsalve. *Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano*. Segunda reimpresión, Tercer mundo editores en coedición con ediciones Uniandes. Bogotá-Colombia. 1997. p. 82.

<sup>407</sup> Wolf Paul, “Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. Una intervención iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad”, Barcelona-España, 1990. p. 4.

1976, en Francia en 1977, en Alemania desde 1980, en Suiza desde 1983 o en Austria desde el año 1987<sup>408</sup>.

Por ejemplo, al sector de la Industria en España, le corresponde entre otras cosas la fijación de los niveles máximos de emisión de contaminantes dentro de la atmósfera para cada una de las actividades industriales. Este sector propende para la imposición de las medidas que resulten más adecuadas para poder reducir al mínimo posible las emisiones que resulten contaminantes, además del cumplimiento de los niveles de emisión que se exigen en el caso concreto<sup>409</sup>.

Aunado a lo anterior, el control en el acceso al mercado de los productos químicos y de sustancias es el primer modulo para regular y controlar, puesto que el riesgo de las sustancias peligrosas no es más que una combinación de efectos agregándole un nivel de exposición, este último se puede controlar a través de la información que arroja precisamente el mercado.

El problema principal de estos controles radica en que esta actividad resulta casi imposible de cumplir por causa de la cantidad de recursos que se hacen necesarios para su implementación<sup>410</sup>, por esta razón la legislación de la Unión Europea tuvo la necesidad de crear un mercado común de productos químicos por medio de la armonización de las legislaciones de los Estados miembros, como por ejemplo, en materia de requisitos de clasificación, etiquetado, envasado de los productos de la Unión.

Desde el año de 1979 se creó en la Unión Europea un sistema de control directo de los productos químicos por medio de un mecanismo de autorización administrativa para las sustancias que tengan una nueva aparición en el mercado, posteriormente se adicionaron las Directivas referentes a la prevención de riesgos de accidentes graves en instalaciones industriales<sup>411</sup> como por ejemplo la Directiva 67/548 del 27 de Junio de 1967 donde se listaba las sustancias clasificadas como peligrosas<sup>412</sup>, obligando a los Estados miembros a impedir su comercialización si estas no cumplían con las condiciones impuestas en la Directiva. Esta última ha sido modificada principalmente en la parte referente a la

---

<sup>408</sup> Enrique Alonso García. El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. Vol. II. El contenido sustantivo de la legislación comunitaria de medio ambiente. Primera edición. Editorial Civitas S.A. Madrid-España. 1993. p.129.

<sup>409</sup> José Juste Ruiz, Antonio Blanc Altemir, Fernando López Ramón, Domingo Carbajo Vasco, José Luis de la Cuesta Arzamendi, Fermín Morales Prats y Ramón Martín Mateo La Protección Jurídica del Medio Ambiente. Editorial Aranzadi. S.A. España. 1997. p. 152.

<sup>410</sup> Por ejemplo la crítica a quince años de implementación de la TOSCA (Toxics Substances Control Act, 1976. pp. 2601–2671. Donald W. Stever, The law of Chemical Regulation & Hazardous Waste, Clarck Boardman Co. United States.1991.

<sup>411</sup> Enrique Alonso García. El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. Vol. II. El contenido sustantivo de la legislación comunitaria de medio ambiente. Primera edición. Editorial civitas S.A. Madrid-España. 1993. p. 131.

<sup>412</sup> Esta peligrosidad tiene su referente en la categorización de las sustancias, ya sea como explosivas, comburentes, inflamables, tóxicas, nocivas, corrosivas o irritantes, posteriormente se amplió

clasificación, etiquetado y envasado, todo con el fin de ser adaptada al progreso científico y técnico por medio de otras Directivas complementarias<sup>413</sup>.

Con la Directiva de la Comisión 91/155 del 5 de marzo de 1991, se completó el desarrollo de las anteriores Directivas por medio de la introducción de un sistema especial de notificaciones de características y riesgos (hoja de datos de seguridad) destinada a los consumidores industriales para que a su vez, estos puedan tomar las medidas que resulten necesarias con el fin de mantener la seguridad laboral en el centro o empresa donde se vaya a operar<sup>414</sup>.

La sexta modificación de la Directiva 67/548 y la Directiva 79/831 del 18 de septiembre de 1979 estableció un cambio de características radicales en el sistema de imposición de notificaciones previas cuando se introduce una nueva sustancia en el mercado, tal y como el TJCE<sup>415</sup> había determinado en el caso “*Comisión vs. Dinamarca*”<sup>416</sup>, declarando que es contraria a derecho comunitario cualquier ley de carácter estatal que imponga el sistema de notificación previa a las sustancias que ya existan en el mercado. Esto se aplica para las sustancias nuevas, en cantidad superior a una tonelada anual y el importador con independencia de la cuantía importada, según lo establecido por el TJCE en el asunto *Comisión vs. Italia*<sup>417</sup>.

Se tiene la obligación de presentar una notificación con 45 días de antelación a su comercialización ante la autoridad competente del Estado miembro, ya sea donde se fabrique o se importe, sobre<sup>418</sup>:

1. Informe técnico que pueda proporcionar los elementos para la evaluación de riesgos previsibles, inmediatos o futuros que la sustancia pueda presentarse ya sea para el hombre o para el medio ambiente<sup>419</sup>, además con una descripción de características detalladas sobre los estudios que se efectúen.

---

<sup>413</sup> Tales como las Directivas 76/907, 79/307, 80/1189, DOCE L 366/1, del 31 de Diciembre de 1980, Directiva 81/957, del 23 de Octubre de 1981 DOCE L 351/5 del 7 de Diciembre de 1981, Directiva 82/232 del 25 de Marzo de 1982, Directiva 91/326 del 5 de Marzo de 1991, DOCE L 180/79 del 8 de Julio de 1991, Directiva 91/41 del 22 de Julio de 1991, DOCE L 228/67, del 17 de Agosto de 1991, Directiva 92/37 del 30 de Abril de 1992, DOCE L 154/30 del 5 de Junio de 1992.

<sup>414</sup> Enrique Alonso García. El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. Vol. II. El contenido sustantivo de la legislación comunitaria de medio ambiente. Primera edición. Editorial civitas S.A. Madrid-España. 1993. p. 135.

<sup>415</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

<sup>416</sup> Asunto 278/85 del 14 de Octubre de 1987, ECR. 1987.

<sup>417</sup> Asunto 429/85 del 23 de Febrero de 1988, ERC. 1988, p. 843

<sup>418</sup> Enrique Alonso García. El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. Vol. II. El contenido sustantivo de la legislación comunitaria de medio ambiente. Primera edición. Editorial Civitas S.A. Madrid-España. 1993. p. 141.

<sup>419</sup> En este caso lo que se va a revisar será la identidad de sustancia (denominación, fórmulas empíricas o estructurales y métodos de detección y determinación), informaciones referentes a la utilización que se le planea dar, producción o importación prevista para cada uso que se le pueda dar, métodos y precauciones recomendados, medidas de urgencia en

2. Declaración sobre los efectos que sean desfavorables respecto a la sustancia, en función de los diferentes usos que se prevén darle.
3. Propuesta de clasificación y etiquetado conforme a lo propuesto por la Directiva.
4. Recomendaciones acerca de seguridad en el empleo de la sustancia<sup>420</sup>.

Posteriormente, la autoridad competente del Estado miembro debe decidir acerca de la conformidad de la nueva sustancia conforme a las prescripciones dadas por la Directiva. Si se produce un conflicto entre autoridades competentes ya sea por que se realiza en principio por una de naturaleza originaria y posteriormente por otra derivada por causa de la petición, se puede solicitar a la Comisión que decida finalmente basándose en el “*sistema de control del comité de gestión*”.

Por otro lado, los Estados miembros de la unión, sólo pueden llegar a prohibir o restringir la comercialización de las sustancias cuando no se haya notificado correctamente o estas no se ajusten a las normas de la Directiva sobre la clasificación, envasado o etiquetado<sup>421</sup>. De todas maneras, cuando un Estado miembro establezca que una determinada sustancia, aunque se ajuste en principio a las prescripciones que establece la Directiva, presenta un peligro en relación a la clasificación, etiquetado o envasado, este puede prohibir de manera temporal su comercialización, hasta tanto la Comisión por medio del sistema de comité de gestión, adopte las medidas que considere como necesarias.

#### **R. Fijación de parámetros de gestión ambiental.**

Para proteger el medio ambiente, es necesario también plasmar parámetros coherentes de gestión ambiental, estos parámetros se componen de los siguientes elementos<sup>422</sup>:

- a. Normatividad: necesidad de expedición de reglas de comportamiento y control social respecto al ambiente y recursos naturales, esto se expresa a través de leyes, decretos, etc.

---

caso de dispersión accidental y medidas que se puedan tomar en caso de accidente, las propiedades físico-químicas de la sustancia o producto, estudios toxicológicos, estudios ecotoxicológicos etc.

<sup>420</sup> Tales como estudios toxicológicos (fertilidad, teratogénesis, toxicidad subcrónica o crónica y de mutagénesis) y ecotoxicológicos (prueba sobre un alga, toxicidad prolongada con *Daphnia magna*, sobre planta superior, sobre gusano de tierra, con un pez, prueba de acumulación en una especie, estudio prolongado de biodegradación).

<sup>421</sup> Enrique Alonso García. El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. Vol. II. El contenido sustantivo de la legislación comunitaria de medio ambiente. Primera edición. Editorial civitas S.A. Madrid-España. 1993. p. 142.

<sup>422</sup> Pedro Morcillo Méndez. Aspectos Legales e Institucionales del Ambiente y Los Recursos Naturales de Colombia. Escuela superior de administración pública. ESAP. Edición príncipe. Bogotá-Colombia. 1991. p. 141.

- b. Planificación y programación: se elaboran planes, programas sobre los cuales deben alcanzarse objetivos que constituyen a su vez estrategias normativas medioambientales. Dichos planes pueden llegar a tener alcances globales o sectoriales dependiendo del caso.
- c. Investigación: en general, el aspecto investigativo puede ser de dos clases específicas, en primer lugar encontramos la investigación que busca el diagnóstico del estado en el cual se encuentran los recursos naturales. La segunda clase de investigación, se refiere a la de tipo científico o tecnológico y que recae sobre el medio ambiente, esta se realiza con el fin de poder desarrollar formulas que permitan un mejor manejo del ecosistema.
- d. Inventario: se realiza de manera permanente, este tiene como finalidad la realización de una descripción de las diferentes clases de recursos naturales que existen y además especifica cuál es su localización. A su vez, estos inventarios pueden recaer sobre daños ecológicos, por ecosistemas, etc.
- e. Información: se captura, procesa y suministra los datos físicos, económicos, legales, sociales e institucionales sobre el medio ambiente<sup>423</sup>.
- f. Zonificación: se utiliza para delimitar las áreas por “*ecozonas*”, en este sentido se dividen para aplicar acciones uniformes y concretas en áreas determinadas.
- g. Conservación y recuperación: son actividades que tienen como finalidad la preservación del medio ambiente. Este tipo de acciones se dirigen hacia la recuperación y reparación del daño ecológico, es decir se concilia el concepto de conservación con el de aprovechamiento de los recursos naturales.
- i. Aprovechamiento: es una acción que busca la potencialización de los recursos naturales, este aprovechamiento debe ser realizado por organismos del Estado, y por particulares pero donde estos últimos sean sometidos a las normas vigentes sobre la protección y regulación del medio ambiente.
- j. Control: se refiere a la concesión de permisos, licencias y autorizaciones a los particulares y a organismos públicos para hacer uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

---

<sup>423</sup> *Ibíd.* p. 143.

- k. **Vigilancia:** se utiliza este criterio para verificar respecto al cumplimiento de las normas de control del ambiente por medio de la aplicación de sanciones de tipo administrativo, económico y penal dependiendo de la violación de la norma.
  
- l. **Educación ambiental:** se plantea con el fin de formar y capacitar respecto a los recursos humanos vinculados al desempeño de la gestión ambiental. Este criterio también se hace extensivo a los particulares para obtener su cooperación en las actividades de gestión ambiental, como por ejemplo la educación, la investigación, los estudios de impacto medioambiental, autorizaciones, licencias, controles previos etc., las cuales se orientan a impedir o evitar la producción de daños al medio ambiente, de esta manera se comienza a otorgarle mayor relevancia a las medidas preventivas que a las represivas, aun sabiendo su importancia en materia penal por motivo de la tipificación penal de ciertos hechos, aún así, resulta mucho más importante tomar las medidas necesarias referentes a la prevención<sup>424</sup>.
  
- m. **Participación comunitaria:** esta se realiza en ejercicio de las funciones de control y vigilancia, por medio de denuncias o quejas, acciones populares, proyectos de desarrollo, etc.

#### **S. Cooperación internacional para proteger al medio ambiente.**

El modelo de solidaridad y trabajo común entre los Estados puede verse apreciado como un mecanismo efectivo de protección del medio ambiente. En este sentido el régimen que se ha establecido para la cooperación ambiental dentro del modelo clásico presenta un objeto concreto, propósitos, derechos y sus respectivas obligaciones<sup>425</sup>:

- **Objetos y Propósitos:**

Se considera como un propósito fundamental del modelo de solidaridad, la protección de los ecosistemas de cada Estado. Esto se logra por medio de la fijación de normas claras que propendan por la prevención, control, eliminación y respuesta de los impactos negativos para el medio ambiente en el marco de movimientos transfronterizos, es decir dentro de

---

<sup>424</sup> Silvia Jaquenod de Zsogon. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*. Tercera Edición. Editorial Dykinson, S.L. Madrid-España. 1991. p. 225.

<sup>425</sup> PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *Situación actual del Derecho Internacional en América Latina y el Caribe*. Una publicación del Sistema de Información Ambiental del PNUMA, México, D.F.-México. 1993. p. 76 y ss.

actividades que se realizan dentro del territorio nacional como también de las realizadas por fuera de este<sup>426</sup>.

- Derechos y Obligaciones:

Aquí, el derecho fundamental que debe protegerse para todos los habitantes del Estado es el mantenimiento de un medio ambiente sano, no sólo para beneficio de las generaciones presentes, sino también para el bienestar de las futuras. Por esta razón resulta una necesidad la cooperación de los Estados enmarcada en criterios de igualdad de trato y buena fe.

Y como obligaciones encontramos la cooperación con el fin de proteger a los Estados de injerencias que se presenten en niveles transfronterizos, toda vez que por medio de la interrelación interestatal se logra optimizar los mecanismos de control de riesgos<sup>427</sup>.

También está la obligación de aplicación de todas las medidas eficaces del caso con el fin de cuantificar costos de prevención y restauración del medio ambiente, ello en razón de endilgar dicha responsabilidad económica al sujeto activo causante del daño.

Como última obligación se encuentra el mantenimiento de los ecosistemas, su protección, preservación y conservación conforme al principio de “*optimo rendimiento sostenible*”, estableciendo además procesos de eliminación de contaminación transfronteriza y la delimitación de las actividades que pueden causar daños transfronterizos. La idea es optimizar la cooperación interestatal por medio del uso de criterios comunes y armónicos entre las Partes, promoviendo la solidaridad.

## **T. Desarrollo sostenible.**

La idea del desarrollo sostenible, fue propuesta por medio de la utilización de instrumentos internacionales, como los principios 1º y 3º de la Declaración de Rio de Janeiro<sup>428</sup>, en los cuales se explica que el derecho al desarrollo de los Estados no tiene un carácter ilimitado y absoluto, en este sentido se lo restringe por medio del respeto al medio ambiente<sup>429</sup>.

---

<sup>426</sup> José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, Una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. El Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 134.

<sup>427</sup> *Ibidem*. p. 135.

<sup>428</sup> Principio primero: “*Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible*”. A su vez, el principio tercero establece que: “*El derecho al desarrollo debe ejercerse en tal forma que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras*”.

<sup>429</sup> Jesús Jordano Fraga. La Protección del Derecho a Un Medio Ambiente Adecuado. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona-España. 1995. p. 111.

El Tratado sobre la prevención de la contaminación marina por motivo de la navegación de buques y aeronaves colombianas que se hallen en altamar o extranjeros dentro de jurisdicción colombiana, también establece que el desarrollo sostenible debe ser un modelo de crecimiento utilizado para así satisfacer las necesidades de la generación presente pero sin comprometer las necesidades que tendrán las generaciones futuras, toda vez que la solidaridad intergeneracional resulta siendo el elemento indispensable para la construcción del desarrollo sostenible<sup>430</sup>.

También en el texto “*our common future*”, estudio que realizó la comisión mundial sobre el ambiente y el desarrollo de la ONU, en el año de 1987, se concluyó al respecto que “...*en todos los países, ricos o pobres, el desarrollo económico debe tener en cuenta en su medición del crecimiento, la mejoría o el deterioro de las reservas de recursos naturales...*”<sup>431</sup>.

- Constitucionalización del desarrollo sostenible.

En Colombia, los postulados de planeación y desarrollo sostenible por medio de la utilización de normas preventivas ha sufrido el fenómeno de la constitucionalización, particularmente dentro del artículo 80 de nuestra Carta Política, mencionando que:

*“El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas*<sup>432</sup>”.

Pero este fenómeno de constitucionalización de los conceptos que soportan la sostenibilidad ambiental no sólo ha ocurrido en nuestro país. En Chile por ejemplo, los elementos que se han señalado como principales para poder lograr un desarrollo sostenible se pueden concretar en:

---

<sup>430</sup> Universidad Externado de Colombia. 15 Años de la Constitución Ecológica de Colombia. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2006. p. 588.

<sup>431</sup> Víctor H. Martínez. Ambiente y Responsabilidad Penal. Ediciones Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1994. p. 11

<sup>432</sup> Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 80.

- 1) Culturales, que tengan como finalidad el poder rescatar las tradiciones de los pueblos, sin llegar a disminuir el nivel de bienestar que ha producido la humanidad.
- 2) Éticos, en el sentido de poder inculcar una escala jerárquica de valores con el fin de incluir los derechos de las generaciones futuras.
- 3) Sociales, en el sentido de lograr la armonización de los problemas sociales para lograr la articulación de problemas comunes<sup>433</sup>. Por medio de la materialización de este elemento social en el desarrollo sostenible se hará relevante la problemática ambiental y aunque los esfuerzos individuales puedan resultar insuficientes, es muy importante la superación de la individualidad, coordinando procesos de unión social.
- 4) Económicos, para que estos puedan lograr una mejor distribución de sus ingresos, así se propuso en el documento denominado “*nuestra propia agenda*” en el cual frente a la búsqueda de soluciones al problema ambiental se evidenció la necesidad de disminuir la pobreza, esta última constituida como causa y problema principal del tema ambiental.

Este sistema de ayuda puede verse reflejado en temas tales como la estructuración de mecanismos de consulta y de consenso respecto a las normas relativas al desarrollo, principalmente las que impliquen un impacto en el medio ambiente, evidenciándose no sólo los graves desequilibrios de los ecosistemas, sino que además permite la potencialización de los beneficios por haber protegido la naturaleza<sup>434</sup>.

Esta visión del desarrollo sostenible también puede arrojar resultados valiosos a nivel ecológico, tales como la localización más favorable del proyecto en términos ambientales, el tamaño del proyecto respecto al volumen máximo de aprovechamiento de recursos ambientales y la evaluación de desechos para así producir la menor cantidad de contaminación que resulte posible<sup>435</sup>.

- Metas y desafíos del desarrollo sostenible:

Como se analizó en apartes anteriores, dentro de los países latinoamericanos se han podido verificar los avances en el tema del desarrollo sostenible, aunque vale la pena

---

<sup>433</sup> *Ibíd.* p. 230.

<sup>434</sup> El ideal es llegar a fundar macropolíticas de ecodesarrollo que afecten todos los sectores, especialmente los campos relacionados con espacios naturales protegidos, ordenación de los recursos naturales y planes económicos.

<sup>435</sup> Pedro Morcillo Méndez. Aspectos Legales e Institucionales del Ambiente y Los Recursos Naturales de Colombia. Escuela superior de administración pública - ESAP. Edición príncipe. Bogotá-Colombia. 1991. p. 79.

mencionar que todavía existen graves problemas funcionales respecto a su naturaleza preventiva y de mitigación de los problemas ambientales que resulten por la no implementación de las disposiciones ambientales dentro de las normas relativas al desarrollo sostenible<sup>436</sup>, el problema principal radica en las dificultades del derecho ambiental para vencer las eventualidades que plantea el orden político, económico y social de cada región, los gobiernos promulgan normatividades de protección ambiental y sostenibilidad pero al mismo tiempo estructuran procesos tecnológicos que generan impactos de contaminación, agregándole a esto las situaciones de ausentismo de la ciudadanía respecto a la corrección de las inequidades sociales<sup>437</sup>, los vacíos jurídicos en las normas de control y prevención de conductas que perjudiquen al medio ambiente<sup>438</sup> y las incompatibilidades técnico-científicas cuando se inserta un texto normativo ambiental sin haberse cotejado previamente todas las particularidades de corte ecológico de cada región<sup>439</sup>.

Todo este panorama se muestra como una problemática compleja en el momento de poder implementar mecanismos de sostenibilidad ambiental realmente eficaces, ya que la cobertura normativa implica muchos aspectos interdisciplinarios y con varios centros de acción.

- Deficiencias del derecho ambiental para enfrentar los desafíos del desarrollo sostenible:

El derecho ambiental tiene serios problemas respecto a la falta de efectividad en sus resultados, de tal manera que se hace indispensable primero establecer cuáles son esos problemas y en segundo lugar buscar los mecanismos para hacerles frente, a continuación se enunciarán algunos problemas<sup>440</sup>:

1. La administración ha demostrado ser incapaz para regular armónicamente las relaciones entre el hombre y la naturaleza, ello en razón de la naturaleza “reactiva” de

---

<sup>436</sup> CEPAL.

<sup>437</sup> José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. El Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 213.

<sup>438</sup> Por ejemplo el no contar con medios técnicos y que lleven a cierto grado de certeza en el cálculo de los costos ambientales que se causen por un sujeto activo determinado, esto conlleva a la fijación de tasas que resultan irrisorias. Esta situación en vez de desestimular la producción de contaminación por los agentes contaminantes estimula que estos opten por pagar las tasas irrisorias en vez de invertir en tecnologías y procedimientos ambientalmente viables.

<sup>439</sup> José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. El Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 214.

<sup>440</sup> Carlos Eduardo López Dávila e Iván López Dávila. Manual del Sistema Nacional Ambiental. Análisis y Propuesta del SINA. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2003. p.65

nuestro ordenamiento jurídico, es decir que reacciona ante los problemas para buscar soluciones y no antes de que estos aparezcan.

2. El derecho ambiental hasta el día de hoy sólo es un compendio de normatividades sancionatorias o punitivas, dejando de lado su fin principal que es lograr un desarrollo sostenible.
3. En la mayoría de los casos la administración ha buscado su fundamento legal en acciones con graves cuestionamientos ambientales y éticos, excusándose en la efectividad de los resultados económicos y en la necesidad de crecimiento económico el cual es medido únicamente con indicadores del producto interno bruto – PIB.
4. No existe un marco conceptual propio del derecho ambiental, de esta manera no hay posibilidad de permitir la sostenibilidad<sup>441</sup>.

Ahora bien, frente al tema urbano, las ciudades resultan siendo no sólo el motor del crecimiento de una sociedad sino que a su vez también se constituyen en una de las fuentes principales de los problemas ambientales<sup>442</sup>:

*“...En el área de la pobreza urbana y la estructura económica, se desprende que (a) la degradación del medio ambiente urbano tiene un impacto negativo desproporcionado sobre los pobres; (b) la estructura económica de una ciudad moldea muchos de sus problemas ambientales; y (c) el nivel de riqueza de una zona urbana está correlacionado con ciertos aspectos ambientales. En el área institucional y de gestión urbana está correlacionado con ciertos aspectos ambientales...”<sup>443</sup>.*

Por eso, detrás de un pensamiento que parte del desarrollo, las ciudades dentro de los países en desarrollo se han visto amenazadas principalmente por el deterioro medioambiental, congestión y peligros en general que resultan provocados por el aceleramiento del ritmo del crecimiento urbano y de la industrialización, esto termina constituyéndose en un problema que no tiene referencia histórica en tiempos anteriores.

Teniendo en cuenta los conflictos ambientales anteriormente referidos, la solución del derecho administrativo en general, resultará siendo el idear estrategias jurídico-sociales para no revertir el proceso de desarrollo económico y tecnológico, pero teniendo en

---

<sup>441</sup> Ibídem. p.66.

<sup>442</sup> Programa de Gestión Urbana del Banco Mundial. Estrategias Ambientales Urbanas. Gestión Urbana Vol. 9. Primera Edición. Quito-Ecuador. 2000. p.22.

<sup>443</sup> Ibídem. p. 205.

cuenta las normas ambientales para que a su vez, se tome en cuenta a los distintos actores dentro de estas relaciones que resultan siendo no sólo de corte medioambiental, sino también de tipo social y económico<sup>444</sup>, es decir que el riesgo resultará constituyéndose en una situación absolutamente necesaria para poder lograr un avance relativamente eficaz dentro de la sociedad, (los riesgos deben suponerse como costos que se comparan a su vez con los beneficios que se deducen de cada actividad)<sup>445</sup>:

*“...todos podemos pensar que sería ideal una sociedad de riesgo cero, pero teniendo en cuenta que ello equivale también a un nivel de desarrollo cero, la percepción cambia. La propuesta es, por lo tanto, evaluar de manera eficiente y objetiva los beneficios de la actividad respecto de los costos involucrados...”*.

Es decir, que la dirección que debe tener el derecho administrativo no necesariamente debe estar centralizado en la disminución del nivel del riesgo dentro de la misma sociedad, sino mas bien en encontrar un nivel óptimo y socialmente aceptable del riesgo, este nivel se lo obtiene de una evaluación juiciosa del costo y beneficio que dicho riesgo presente para el desarrollo<sup>446</sup>.

- Desarrollo sostenible y actividad industrial:

La capacidad tecnológica del hombre podría llegar a alcanzar un nivel superior respecto al desarrollo material, sin que esto implique necesariamente la destrucción o deterioro del medio ambiente<sup>447</sup>, la idea de desarrollo relacionada con la “*actividad industrial*”, debería enmarcar a esta última dentro del círculo conocido como las actividades que resultan degradantes para el medio ambiente. Este es el elemento que resulta más significativo a la hora de plantear qué causas son las que degradan en mayor medida al medio ambiente, y nos lo muestran algunos ejemplos tales como la degradación que se ha manifestado en la capa de ozono, el efecto invernadero causado por los gases industriales, la lluvia ácida, la contaminación de las aguas y la desertización de los bosques<sup>448</sup>.

---

<sup>444</sup> *Ibíd.* p. 19.

<sup>445</sup> Patricia Guzmán Aguilera. Introducción al Análisis Económico del Derecho Ambiental. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2006. p. 98.

<sup>446</sup> *Ibíd.* p. 99.

<sup>447</sup> Existen paradojas irreconciliables, encontramos por un lado el desarrollo continuo de los medios técnico-científicos, los cuales potencialmente podrían solucionar muchos de los problemas ecológicos del planeta, pero por el otro lado encontramos a la incapacidad de las fuerzas sociales para utilizar estos medios con eficacia ambiental. Félix Guattari, *Las Tres Ecologías*. Pre-textos. Valencia – España. 1989. p. 14.

<sup>448</sup> Jesús Jordano Fraga. *La Protección del Derecho a Un Medio Ambiente Adecuado*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona-España. 1995. p. 109.

Estos problemas generados principalmente por la actividad industrial deben ser tratados por medio de sistemas jurídicos que dispuestos a eliminar con eficacia los efectos considerados no deseados por medio de la utilización de nuevas formas de tecnología mucho más limpias y de esfuerzos legislativos para incluir esta problemática como objeto de estudio y aplicación normativa dentro del ordenamiento jurídico de cada país, además de la regulación de la intervención jurídico – administrativa que debe deducirse de ello<sup>449</sup>.

Aunado a lo anterior, se hace necesaria la delimitación de los elementos y el objeto de las actividades industriales para así establecer un concepto claro que nos permita enmarcar las distintas acciones como integrantes o no de esta categorización de desarrollo sostenible. Para cumplir con este objetivo podemos partir en principio de la calificación de actividades que si bien pueden perjudicar de alguna manera incidiendo negativamente en el medio ambiente, no son consideradas como actividades industriales (concepto negativo del significado de actividad industrial): en esta acepción se dividen tanto las actividades comerciales como las agrícola-forestales.

Existen además tres momentos los cuáles constituyen la actividad industrial como tal:

*“... inicio de la actividad (acceso al mercado), el ejercicio y desarrollo de la actividad y la cesación de la actividad. Esta distinción nos permite de un modo natural diferenciar tres momentos en la intervención administrativa de las actividades industriales: - Intervención administrativa en el inicio de las actividades industriales, - Intervención administrativa en el desarrollo de las actividades industriales, - Intervención administrativa en la cesación de las actividades industriales...”<sup>450</sup>”.*

Para el objeto de nuestro estudio relacionado con los mecanismos jurídico-preventivos, es necesario destacar principalmente dentro de lo expuesto anteriormente, la intervención previa o intervención administrativa en el inicio de las actividades industriales, esta tiene como objeto principal fomentar y modular las iniciativas de tipo industrial para llevarlas por un único sentido, dentro de estas alternativas, encontramos a las que tienen como objetivo principal el control y la limitación de los efectos nocivos de la ejecución de las actividades industriales y la incidencia de estas últimas sobre el medio ambiente.

---

<sup>449</sup> Diego José Vera Jurado. La Disciplina Ambiental de las Actividades Industriales. Editorial Tecnos, S.A. Madrid-España. 1994. p. 54.

<sup>450</sup> *Ibidem*. p. 69.

Esta acción previa dentro de las mismas actividades se ve con buenos ojos, máxime si nos encontramos frente a procesos de degradación ambiental que pueden resultar prácticamente irreversibles, como lo ha indicado PÉREZ MORENO:

*“el Derecho ambiental no puede descansar en la fase represiva, como ha ocurrido tradicionalmente, porque entonces ya se ha consumado el daño ecológico. Su eficacia tiene que garantizarse en la fase preventiva, y para conseguirlo tiene que proyectar normas de anticipación, mecanismos de funcionamiento previos a la puesta en marcha de las actividades potencialmente contaminadoras”<sup>451</sup>.*

En conclusión, resulta conducente especificar cuáles son las necesidades y los desafíos principales del desarrollo sostenible:

- A. Refuerzo de la base científica para el ordenamiento sostenible y mejorar la actividad industrial.
- B. Aumento de los conocimientos científicos para el desarrollo sostenible.
- C. Mejora de la evaluación científica a largo plazo.
- D. Aumento en la capacidad científica para así poder crear productos ambientalmente eficientes dentro de la actividad industrial. También registra programas relativos a la prevención del tráfico internacional ilegal de productos tóxicos y peligrosos<sup>452</sup>.

### **2.2.3. Licencias ambientales.**

A lo largo del análisis del desarrollo social y económico colombiano, en concordancia con el tratamiento jurídico y protección del medio ambiente, se ha concluido que para lograr un mínimo de desarrollo de la sociedad resulta necesario buscar una normas tendientes a la tolerancia de un mínimo de deterioro ambiental, máxime si por regla general los procesos productivos implican el aprovechamiento de los recursos naturales, produciendo de esta manera cierto grado de detrimento a este último. Así, dependiendo del grado de destrucción del recurso natural aprovechado, se determinará si resulta aceptable o no, aun así, resulta prioritario establecer un sistema en donde se permita tanto la planificación como el control

---

<sup>451</sup> A. Pérez Moreno. “Las Bases de un Derecho Ambiental Europeo”, En Homenaje a Villar Palasí, Editorial Civitas. Madrid-España. 1989. p.1010.9

<sup>452</sup> Yesid Ramírez Bastidas. El Derecho Ambiental en Colombia. Segunda edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá-Colombia. 1996. p. 168.

de la utilización de estos recursos naturales, ello por medio del otorgamiento de licencias y permisos ambientales<sup>453</sup>.

Así las cosas, y frente a esta nueva estrategia de creación de normas tendientes a la tolerancia limitada hacia la producción de cierto tipo de daños ambientales, el derecho internacional ha empezado a regular el manejo y evaluación de los impactos ambientales enmarcando así la actuación del derecho colombiano. Este es el caso del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, suscrito en Río de Janeiro, en donde claramente se menciona que los Estados parte deberán exigir la evaluación de impacto ambiental y de los planes de manejo apropiados como por ejemplo los permisos ambientales y las licencias, ello con el fin de tener un desarrollo sostenible.

Con fundamento en estas disposiciones internacionales, el régimen colombiano que regula la licencia ambiental y los permisos ambientales, se establece a partir de la Ley 99 de 1993, siendo el sustento jurídico de este tipo de procedimientos los artículos 79 y 80 de la Constitución Política de Colombia<sup>454</sup>:

De esta forma, con fundamento en el marco jurídico constitucional, en donde particularmente se prioriza la necesidad de proteger al medio ambiente y de planificar el manejo de los recursos naturales con el fin último de lograr un desarrollo sostenible de estos, parte el sustento normativo de la licencia ambiental, el cual será desarrollado por medio de la Ley 99 de 1993 y los decretos y demás normas reglamentarias.

Por esta razón, figuras jurídicas como la licencia ambiental, son en síntesis, la manifestación del equilibrio que busca el Estado colombiano entre el deber de promover el desarrollo económico de la sociedad y la protección del medio ambiente, fines estos dos impuestos por la Constitución Política de Colombia. Esta premisa se ve sustentada por medio de la entrevista realizada el día 29 de Noviembre de 2010 a la Doctora BEATRÍZ LONDOÑO, Directora del grupo de investigación en derechos humanos de la Universidad del Rosario, la cual expone la importancia de las licencias ambientales en el plano del control de riesgos ambientales en nuestro país, veamos:

---

<sup>453</sup> Sandra Lucía Rodríguez Rojas y Naryan Fernando Alonso Bejarano. Mecanismos jurídicos de la protección ambiental. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá – Colombia. p. 139.

<sup>454</sup>“**Artículo. 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. El deber de 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.

**Artículo. 80.** El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en zonas fronterizas”. Constitución Política de Colombia de 1991.

*“...yo siempre he sido una defensora de este concepto de licencias ambientales, desde la defensoría del pueblo hicimos todo tipo de acciones para que no se eliminen estos sistemas que en nuestro criterio son unos sistemas de protección y bienestar de derechos ambientales, hay una gran campaña a nivel nacional para bajar los estándares de protección de los derechos ambientales y por ende lo que primero atacan son las licencias y los permisos ambientales, tratando de eludirlos, de cambiarles de nombre, de bajarles el rigor y las exigencias y eso no es de ahora, lo que yo he observado es que ya llevamos quince años tratando de recuperar el valor y la importancia que tienen estas dos figuras, pero por supuesto el sector al cual se le imponen, permanentemente trata de que normativamente, jurisprudencialmente, se ataquen estas figuras”.*

Ahora bien, frente a esta temática específica, es necesario en primer término diferenciar claramente entre el concepto de licencia ambiental y el de permisos ambientales y concesiones<sup>455</sup> para después entrar a detallar cada uno de estos.

En este sentido, la licencia ambiental puede ser entendida como un tipo de autorización que concede el Estado con el fin de realizar una determinada actividad la cual afectará al medio ambiente. Por el contrario, los permisos ambientales son considerados como uno de los medios que podrán dar lugar a la obtención del uso o propiedad de los recursos naturales renovables.

De esta forma, el permiso ambiental tendrá un carácter mucho más limitado que el de la licencia ambiental, ello en razón que el permiso se utiliza para poder utilizar recursos naturales determinados, tales como el agua, el aire, un bosque determinado, etc., en cambio la licencia ambiental se utiliza de forma concreta para una actividad o industria determinada, como por ejemplo la construcción de una obra infraestructural. Aún así, se denota que en la mayoría de los casos además de obtener una licencia ambiental para realizar una actividad determinada, ello implicará además el uso de algunos recursos naturales, razón por la cual también deberá obtenerse los permisos ambientales necesarios según se requiera para el caso concreto<sup>456</sup>.

De esta manera, frente a los permisos y licencias ambientales creados por el ordenamiento jurídico colombiano, resulta necesario empezar a analizar cada uno para así lograr sustentar la clara diferencia existente entre ellos, tal y como se expuso anteriormente.

---

<sup>455</sup> Ibídem. p. 140.

<sup>456</sup> Ibídem. p. 141.

## **A. Concepto y definición de las licencias ambientales:**

La licencia ambiental es la herramienta jurídica principal, por medio de la cual el Estado puede materializar sus objetivos encaminados a lograr un desarrollo sostenible del medio ambiente<sup>457</sup>.

De esta manera, con fundamento en las disposiciones contenidas en la Constitución Política de Colombia, se exponen los principios ambientales relacionados con el desarrollo sostenible, y por ende la necesidad de crear mecanismos de control de la gestión ambiental, exponiéndose como una de sus manifestaciones el otorgamiento de facultades a las autoridades ambientales con el fin de que estas últimas impongan las medidas administrativas necesarias para minimizar los impactos ambientales. Por esta razón, la licencia ambiental se consagra como una de las herramientas con las cuales puede manifestarse la autoridad ambiental competente con el fin de alcanzar sus objetivos principales, en donde se permita el desarrollo económico de la sociedad pero enmarcado este dentro de la protección medioambiental<sup>458</sup>.

Así las cosas, por medio de lo dispuesto en la Ley 99 de 1993, se desarrollaron los diferentes lineamientos que expone la Constitución de 1991, relacionados con la protección del medio ambiente, donde además se plasmaron también cuáles serían los principios generales que desarrollarán las normas jurídicas ambientales dentro del territorio colombiano, donde también se integra el llamado Sistema Nacional Ambiental – SINA, y se consagra a la licencia ambiental como el instrumento jurídico más importante, a la hora de lograr realizar un control efectivo de las acciones que puedan vincular temas ambientales por medio de la inclusión de elementos técnicos y científicos, junto con la participación activa de la comunidad<sup>459</sup>.

Por ello, gracias a la inclusión de las licencias ambientales dentro de la ejecución de proyectos, se ha proyectado un cambio radical en el pensamiento de la sociedad colombiana, máxime si antes de su creación, la evaluación de los proyectos se hacía únicamente en función del criterio económico y de la rentabilidad esperada, y hoy en día la situación está cambiando drásticamente, toda vez que se incluye además, el factor ambiental como un elemento de vital importancia a la hora de la evaluación<sup>460</sup>.

---

<sup>457</sup> Oscar Darío Amaya Navas, Liliana Arrieta Quesada, Andrés Mauricio Briseño Chávez y otros. *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*. Tomo IV, Primera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. 2003. p. 289

<sup>458</sup> *Ibíd.* p. 290

<sup>459</sup> Esperanza Ávila de Tissot. *Licencias ambientales. Aproximación práctica*. Fundación Friedrich Ebert de Colombia – FESCOL. Primera edición. Bogotá-Colombia. 1996. p. 24

<sup>460</sup> *Ibíd.* p. 25.

Así las cosas, el artículo 50 de la Ley 99 de 1993 define a la licencia ambiental de la siguiente manera<sup>461</sup>:

*“Se entiende por licencia ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente, para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada”*

Aunado a lo anterior, el artículo 3 del Decreto 2820 de 2010, complementa este concepto dado por la Ley 99, señalando que la licencia ambiental se configura como la autorización otorgada por parte de la autoridad ambiental competente respecto a la ejecución de un proyecto determinado<sup>462</sup>, siempre que el ordenamiento jurídico colombiano establezca que la actividad que realizará este proyecto podría crear un deterioro grave de los recursos naturales renovables, el medio ambiente o modificar sustancialmente el paisaje.

Adicionalmente este artículo 3 señala claramente que el beneficiario de la licencia ambiental deberá cumplir con todos los condicionamientos y limitaciones que la autoridad ambiental le imponga con el fin de mitigar de alguna manera los impactos negativos causados al medio ambiente.

También es necesario señalar que este artículo 3 menciona que, dentro del texto jurídico contenido en la licencia ambiental, deberán estar contenidos todos los permisos, autorizaciones u otro tipo de concesión que se otorgue al beneficiario de la licencia para el aprovechamiento y utilización en general de los recursos naturales renovables dentro del término en que durará el proyecto, lo cual se relaciona directamente con la noción de licencia ambiental única, la cual será reseñada posteriormente.

Del mismo modo, el Decreto 2820 establece que ningún proyecto, independientemente de la complejidad de este, requerirá más de una licencia ambiental para su ejecución, aunque sí resulta necesario que esta deba obtenerse antes de la iniciación del proyecto, y no durante la ejecución de este último.

Así las cosas, el acto administrativo por medio del cual se otorga la licencia ambiental, es una resolución en donde su texto jurídico intrínseco resulta de obligatorio cumplimiento

---

<sup>461</sup> *Ibíd.* p. 31

<sup>462</sup> Un proyecto obra o actividad incluye la planeación, emplazamiento, instalación, construcción, montaje, operación, mantenimiento, desmantelamiento, abandono y/o terminación de todas las acciones, usos del espacio, actividades de infraestructura relacionados y asociados con su desarrollo. Artículo 1 Decreto 2820 de 2010.

para el usuario de esta, ello respecto a las exigencias, condiciones y obligaciones que se le imponen al beneficiario de la licencia en materia ambiental respecto a su proyecto.

Todo esto, puede demostrar claramente la importancia que tanto la Ley 99 de 1993 como el Decreto 2820 de 2010 le han concedido a la licencia ambiental, como un elemento fundamental de control y evaluación frente al tratamiento y protección del medio ambiente, tal y como lo expone en entrevista la Doctora VIVIANA ROJAS<sup>463</sup>, asesora del Viceministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial:

*“La licencia ambiental es un instrumento de control de seguimiento, es un mecanismo muy interesante, no fue inventado en Colombia, es un mecanismo aplicado en muchos países del mundo, y yo creo que en nuestro país, en cuanto a lo técnico se ha alcanzado cierto grado de seriedad y rigurosidad por parte de algunas empresas, pero hay distorsiones al esquema, entonces hay presiones políticas, económicas, y no me refiero a cosas no tan santas, sino a situaciones del mismo esquema que nos hemos dado, entonces siempre habrán sectores encontrados, tenemos al sector minero con el sector ambiental, el sector agrícola, por que el sector ambiental siempre ve la licencia ambiental como un trámite mas.*

*(...)*

*Si analizamos los Decretos anti trámites, siempre tocan el tema de la licencia, desde mi punto de vista personal este criterio es errado, la licencia ambiental no es un trámite mas, es un instrumento de planificación del territorio en el cual se toma la decisión de hacia dónde vamos a generar industria, hacia donde irá cierto tipo de actividades, entonces se está distorsionando un poco este tipo de mecanismos”.*

## **B. Tipos de licencias ambientales:**

Según lo consagrado por el artículo 132 del Decreto 2150 del 5 de diciembre de 1995 se dispuso que todas las licencias ambientales tendrán el carácter de únicas, señalando entonces que dentro de la licencia ambiental se entenderán contenidos todos los permisos, autorizaciones y concesiones ambientales necesarios para el desarrollo del proyecto determinado.

- a) Licencia ambiental única: este tipo de licencia ambiental se encuentra regulada por el artículo 59 de la Ley 99 de 1993, en donde se señala que en el acto administrativo de otorgamiento se podrán incluir todos los permisos, concesiones y autorizaciones necesarios para el desarrollo de la obra o actividad por la cual se solicitó la licencia ambiental.

---

<sup>463</sup> Entrevista realizada el día 26 de noviembre de 2010.

Aunado a lo anterior, para el otorgamiento de este tipo de licencias deberá analizarse las normas particulares de cada región donde se aplicará, toda vez que si implica la inclusión de otro tipo de permisos que requiera el proyecto, entonces su naturaleza y requisitos podrán variar dependiendo de los criterios jurídicos y técnicos que posea la autoridad ambiental de la región<sup>464</sup>.

- b) Licencia ambiental global: según lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 2820 de 2010, se plantea un tipo excepcional de licencia ambiental, conocido como licencia ambiental global. Esta licencia se encuentra dirigida especialmente para proyectos o actividades que se relacionen específicamente con la explotación minera y de hidrocarburos, y abarcará toda el área donde se pretende explotar. Toda vez que para este tipo de licencias, es claro que las actividades de explotación de hidrocarburos y de minas requieren de una serie de obras, cada una con diseños y objetivos de carácter específico.

Adicionalmente a ello, debe decirse que para cada una de las actividades en la explotación de hidrocarburos, se hará necesario presentar un Plan de Manejo Ambiental.

### **C. Competencia de las autoridades ambientales para otorgar licencias ambientales:**

- a) Competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para el otorgamiento de licencias ambientales.

Frente a la competencia exclusiva para otorgar licencias ambientales, respecto de algunas materias que tiene a su cargo el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el artículo 8 del Decreto 2820 de 2010 establece de forma expresa cuáles serán estos casos, y por ende, las licencias ambientales que busquen tramitarse respecto a las materias que este artículo menciona, serán procedentes siempre y cuando la solicitud y la autoridad competente sea tramitada por dicho Ministerio.

De esta forma, el Ministerio de Ambiente deberá conocer sobre las solicitudes de licencia ambiental del sector de hidrocarburos, del sector minero, para la construcción de presas, represas o embalses con una capacidad mayor de 200 millones de metros cúbicos de agua, para el sector eléctrico, sector marítimo y

---

<sup>464</sup> Sandra Lucía Rodríguez Rojas y Naryan Fernando Alonso Bejarano. Mecanismos jurídicos de la protección ambiental. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá – Colombia. p. 156.

portuario, para la construcción y operación de aeropuertos internacionales y de nuevas pistas dentro de estos, para la ejecución de algunas obras públicas, para la construcción y operación de distritos de riego y/o drenaje con coberturas superiores a las 20.000 hectáreas, para la producción de pesticidas o la importación de los mismos siempre que se adecúen a los casos dispuestos en la norma.

El Ministerio de Ambiente también posee competencia para la importación o producción de sustancias o productos que estén sujetos a controles en virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales de naturaleza medioambiental, salvo autorización especial en donde la misma norma así lo establezca, para diferentes proyectos que puedan afectar áreas específicas del sistema de parques nacionales naturales, también para proyectos que se realizarán dentro de áreas protegidas públicas nacionales que trata el Decreto 2372 de 2010.

Adicionalmente a lo anterior, este Ministerio, también podrá conocer sobre asuntos relacionados con proyectos que adelanten las Corporaciones Autónomas Regionales, siempre y cuando estos se encuentren referenciados dentro del inciso 2° del numeral 19 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993. Además de ello, también conocerá sobre proyectos que requieran el trasvase de una cuenca a otra, y proyectos para la introducción al país de parentales, especies, razas u otra variedad foránea, con fines de cultivo, levante, control biológico, reproducción o comercialización de estos.

- b) Competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales en el otorgamiento de licencias ambientales.

Respecto al otorgamiento de licencias ambientales que pueden efectuar las Corporaciones Autónomas Regionales, puede revisarse los numerales 9, 11 y 12 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993 donde se dispone al respecto<sup>465</sup> que estas entidades podrán otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales que requiera la ley conforme a temas relacionados con aprovechamiento o movilización de recursos naturales renovables o para actividades que afecten al medio ambiente.

Así mismo, el numeral 11 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993 plantea que las Corporaciones Autónomas Regionales también realizarán la evaluación, control y

---

<sup>465</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de febrero de 1996. C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez. Expediente No. 3360.

seguimiento ambiental de todas las actividades de exploración, explotación, beneficio, transporte, uso y depósito de los recursos naturales no renovables.

De esta forma, entre las funciones que se relacionan con esta temática sostenida en el artículo precitado, las Corporaciones Autónomas Regionales podrán otorgar licencias ambientales.

Por último, el numeral 12 del artículo 31 de la ley 99, contempla que estas Corporaciones también podrán ejercer funciones relacionadas con la evaluación, control y seguimiento ambiental respecto a los usos que puede dársele al agua, el suelo, el aire y demás recursos naturales renovables, donde también tendrá que ver con el vertimiento, emisión o incorporación de sustancias o residuos sólidos, líquidos o gaseosos a las aguas, aire o suelos. Se especifica como en el numeral anterior, que este tipo de funciones comprenderán facultades como el otorgamiento de la licencia ambiental respectiva y demás permisos.

c) Competencia para otorgar licencias ambientales por parte de otras autoridades:

Ahora bien, además de las facultades y competencia que poseen tanto el Ministerio de Ambiente como las Corporaciones Autónomas Regionales para el otorgamiento de licencias ambientales que relaciona la Ley 99 de 1993, también es posible que sean otras autoridades públicas las competentes para otorgar este tipo de licencia.

De esta forma puede verse lo consagrado por el artículo 55 de la Ley 99 de 1993, en donde claramente se dispone que los municipios, distritos y áreas metropolitanas, en donde su población urbana sea superior a un millón de habitantes, podrán ser competentes para otorgar licencias ambientales en los mismos casos de la competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales<sup>466</sup>. Esto específicamente dentro de su respectivo perímetro urbano, y cuando la temática no tenga competencia exclusiva en cabeza del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Del mismo modo, las entidades territoriales también podrán poseer competencia para el otorgamiento de licencias ambientales, siempre y cuando esta facultad les haya sido delegada por parte de una Corporación Autónoma Regional, con la única limitación que no se podrán delegar estas funciones cuando la persona que realizará

---

<sup>466</sup> Sandra Lucía Rodríguez Rojas y Naryan Fernando Alonso Bejarano. Mecanismos jurídicos de la protección ambiental. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá – Colombia. p. 154 -155.

el proyecto sea la misma entidad territorial. Esto según lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 99 de 1993.

Todas estas facultades se enmarcan también dentro del artículo 9 del Decreto 2820 de 2010, el cual amplía la competencia sobre las materias de este Decreto no sólo para las Corporaciones Autónomas, sino también para las Corporaciones de Desarrollo Sostenible, Grandes Centros Urbanos y autoridades ambientales que fueron creadas con la Ley 768 de 2002.

Por ello, específicamente el Decreto 2820 les concede competencia para expedir licencias ambientales para algunos casos de explotación minera, para siderúrgicas, cementeras y plantas concreteras fijas, para algunos casos de construcción de presas, represas o embalses siempre y cuando su capacidad sea igual o inferior a 200 millones de metros cúbicos de agua, para algunos casos del sector eléctrico, para casos taxativos del sector marítimo y portuario, para la construcción y operación de aeropuertos del nivel nacional y de nuevas pistas que se construyan en estos últimos, para proyectos en donde se vea modificada la red vial secundaria o terciaria, para obras privadas en la red fluvial nacional, para la construcción de vías férreas regionales o variantes de estas,

Adicionalmente, estas autoridades también tienen competencia para conocer y otorgar licencia ambiental para la construcción y operación de instalaciones en donde su objeto sea el almacenamiento, aprovechamiento, recuperación y disposición final de residuos o desechos peligrosos, construcción de rellenos de seguridad para residuos hospitalarios, disposición de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) y de residuos de pilas.

El Decreto 2820 de 2010 también les otorga competencia de otorgamiento de licencia ambiental a estas autoridades ambientales anteriormente referenciadas, ello para la construcción de plantas de aprovechamiento de residuos sólidos biodegradables mayores o iguales a 20.000 toneladas al año, para la construcción de rellenos sanitarios, para la construcción de sistemas de tratamiento de aguas residuales destinados a poblaciones superiores a los 200.000 habitantes,

También conocerán y otorgarán licencia ambiental para la producción de elementos de la industria manufacturera, para proyectos de almacenamiento de sustancias peligrosas, para la construcción de distritos de riego o drenaje en áreas mayores a los 5.000 hectáreas e inferiores a las 20.000, para proyectos que necesiten del trasvase de una cuenca a otra en corrientes de agua inferiores a 2m<sup>3</sup>/seg, para caza

comercial y establecimiento de zocriaderos con fines comerciales, para proyectos a realizarse al interior de las áreas protegidas públicas regionales dispuestas en el Decreto 2372 de 2010.

#### **D. Recursos ante la vía gubernativa respecto a la licencia ambiental:**

Y frente a la posibilidad de interposición de recursos ante la decisión de estas autoridades ambientales, el artículo 63 de la Ley 99 consagra expresamente que los actos administrativos en virtud de los cuales una Corporación Autónoma Regional otorgue licencia ambiental, podrán ser apelables ante el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, ello por medio de la vía gubernativa con que goza este tipo de permisos por constituirse en un acto administrativo, máxime si es el Ministerio la máxima autoridad ambiental competente para este tipo de temas.

#### **E. Conflicto de competencias entre autoridades ambientales:**

Frente a este punto, vale la pena traer a colación que en caso de presentarse un conflicto de competencias entre autoridades ambientales competentes, lo cual puede suscitarse respecto a un determinado proyecto, se dispone según el artículo 12 del Decreto 2820 que será el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, como máxima autoridad en materia ambiental, quien designe cuál será la autoridad ambiental competente para decidir sobre el otorgamiento de la licencia ambiental.

#### **F. Términos de referencia:**

El artículo 14 del Decreto 2820 reglamenta todo lo referente a los términos de referencia que deberá realizar la autoridad ambiental competente como lineamientos generales para la elaboración de los estudios ambientales a que haya lugar. Estos términos de referencia deberán expedirse con fundamento en las directrices que para ello también disponga el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y las condiciones particulares del caso concreto que solicite la autoridad ambiental competente.

Así las cosas, posteriormente a la solicitud de licencia ambiental, si el Ministerio no expide los términos de referencia dispuestos para desarrollar el estudio de impacto ambiental, la autoridad ambiental competente podrá fijarlos de manera específica según el caso dentro de los quince (15) días siguientes a la solicitud, ello conforme a los términos generales que define el Manual de Evaluación de Estudios Ambientales de Proyectos que expide el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

## **G. Estudios ambientales: Diagnóstico Ambiental de Alternativas - DAA y Estudio de Impacto Ambiental – EIA.**

- Diagnóstico Ambiental de Alternativas – DAA:

El diagnóstico ambiental de alternativas – DAA, se consagra como un estudio realizado dentro del procedimiento administrativo de otorgamiento de la licencia ambiental. Este diagnóstico deberá presentarlo el solicitante del proyecto a la autoridad ambiental competente y deberá contener las distintas alternativas y variables que pueden existir respecto a la ubicación, evaluación ambiental, técnica y social del proyecto, comparando unas a otras y eligiendo así la mejor opción, con base en la cual se realizará el estudio de impactos ambientales.

La elección de la mejor opción entre las diferentes variables o posibilidades, deberá basarse en la que alternativa que optimice de la mejor manera el uso de los recursos naturales, propendiendo además por minimizar o eliminar en la medida de la técnica posible, los riesgos que puedan suscitarse durante la ejecución del proyecto<sup>467</sup>.

Por esta razón, según lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 2820 de 2010 el Diagnóstico Ambiental de Alternativas tiene como objeto “*suministrar la información para evaluar y comparar las diferentes opciones que presente el peticionario, bajo las cuales sea posible desarrollar un proyecto, obra o actividad. Las diferentes opciones deberán tener en cuenta el entorno geográfico, las características bióticas, abióticas y socioeconómicas, el análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad; así como las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas*”.

Así las cosas, el solicitante de la licencia ambiental de su respectivo proyecto, deberá realizar el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, especialmente para la exploración sísmica de hidrocarburos, siempre que se requiera la construcción de vías de tránsito vehicular, para el transporte y conducción de hidrocarburos líquidos o gaseosos desarrollados estos fuera de los campos, además también deberá realizar el DDA para las terminales de entrega de hidrocarburos sólidos,

El solicitante de la licencia ambiental también deberá realizar el DAA para la construcción de refinerías, construcción de presas, represas y embalses, construcción de centrales

---

<sup>467</sup> Esperanza Ávila de Tissot. Licencias ambientales. Aproximación práctica. Fundación Friedrich Ebert de Colombia – FESCOL. Primera edición. Bogotá-Colombia. 1996. p. 52

generadoras de energía eléctrica, proyectos de exploración de fuentes de energía alternativa con ciertos parámetros específicos, para el tendido de líneas nuevas de transmisión del sistema nacional de interconexión eléctrica, para proyectos de generación de energía nuclear, para la construcción de puertos, de aeropuertos, de carreteras, túneles o infraestructura relacionada con la red vial nacional, secundaria o terciaria, segundas calzadas, obras en la red fluvial nacional, construcción de vías férreas y sus diferentes variantes y para proyectos de trasvase de una cuenca a otra.

Ahora bien, según lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto 2820 de 2010, dentro del contenido del Diagnóstico Ambiental de Alternativas, deberá señalarse cuál es el objetivo, alcance y descripción del proyecto, la descripción general de las alternativas de localización del proyecto, haciendo énfasis en las áreas de interés ambiental y las áreas de manejo especial, así como también las características que posee el entorno social dentro del cual se desarrollará el respectivo proyecto y adicionalmente un estudio económico para cada una de las alternativas que puedan suscitarse.

Adicionalmente a esto, el Diagnóstico Ambiental de Alternativas – DAA, deberá contar con la información de compatibilidad entre el proyecto y los usos del suelo que establece el Plan de Ordenamiento Territorial – POT de la respectiva zona en donde este se vaya a ejecutar, ello conforme a lo dispuesto por el Decreto 2201 de 2003. En este diagnóstico también deberá identificarse los riesgos potenciales y sus efectos sobre el medio ambiente que eventualmente podría tener el proyecto, también se determinarán cuáles son las comunidades y los mecanismos que se utilizarán para informarles a estas sobre el proyecto respectivo, un análisis de costo-beneficio ambiental de alternativas y por último este diagnóstico también deberá contener la elección y justificación de la mejor alternativa posible entre todas las posibles.

Así mismo, el Decreto 2820 de 2010 expone la necesidad de que la autoridad ambiental competente evalúe el Diagnóstico Ambiental de Alternativas – DAA, con fundamento en los parámetros dispuestos por el Manual de Estudios Ambientales de Proyectos, esto, teniendo en cuenta que la selección de la mejor alternativa para el proyecto haya sido realizada con fundamento en criterios de protección ambiental.

Ahora bien, por último frente a este tema debe decirse que la elección de la mejor alternativa por parte del solicitante, deberá posibilitar la protección del medio ambiente y la disminución de riesgos a este, aclarando al respecto que la autoridad ambiental competente puede exigirle al beneficiario que modifique algunos de los elementos del proyecto o de la

alternativa, ello siempre y cuando el resultado arrojado por parte del Estudio de Impacto Ambiental – EIA y demás información técnica sobrevenida así lo justifique<sup>468</sup>.

- Estudio de Impacto Ambiental – EIA.

Este tipo de estudio es la base fundamental sobre la cual se cimenta la licencia ambiental, toda vez que permite planificar cuáles serán los programas ambientales para el proyecto y de esta manera tomar las decisiones necesarias respecto a criterios financieros, junto con parámetros sociales y ambientales<sup>469</sup>.

De esta forma, el artículo 57 de la Ley 99 de 1993 define al Estudio de Impacto Ambiental – EIA así:

*“Se entiende por estudio de impacto ambiental el conjunto de la información que deberá presentar ante la autoridad ambiental competente el peticionario de una licencia ambiental.*

*El estudio de impacto ambiental contendrá información sobre la localización del proyecto, y los elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad, para cuya ejecución se pide la licencia, y la evaluación de los impactos que puedan producirse. Además, incluirá el diseño de los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad.*

*La autoridad ambiental competente para otorgar la licencia ambiental fijará los términos de referencia de los estudios de impacto ambiental en un término que no podrá exceder de 60 días hábiles contados a partir de la solicitud por parte del interesado”.*

Así las cosas, se entiende que el EIA no es únicamente la recopilación de los datos, sino que además puede considerarse como una serie de elementos informativos de carácter técnico que buscan lograr un óptimo manejo ambiental respecto al proyecto que solicita la licencia ambiental<sup>470</sup>.

Adicionalmente a la definición dada por la Ley 99 de 1993, el artículo 21 del Decreto 2820 de 2010 señala al Estudio de Impacto Ambiental – EIA como *“el instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental y se exigirá en todos los casos en que de acuerdo con la ley y el presente*

---

<sup>468</sup> *Ibíd.*

<sup>469</sup> *Ibíd.* p. 75.

<sup>470</sup> *Ibíd.* p. 77.

*reglamento se requiera. Este estudio deberá ser elaborado de conformidad con la Metodología General para la Presentación de Estudios Ambientales de que trata el artículo 14 del presente decreto y los términos de referencia expedidos para el efecto...”.*

Aunado a lo anterior, el artículo 21 del precitado decreto, también menciona cuáles serán los requisitos mínimos que deberá contener el Estudio de Impacto Ambiental – EIA, mencionándose particularmente la información del proyecto respecto a su localización, infraestructura, actividades que realizará.

Además se deberá hacer una caracterización del área de influencia del proyecto respecto a los medios abióticos, bióticos y socioeconómicos, se determinará también la información más relevante para el análisis de riesgos, la demanda de recursos naturales que sea necesaria para la realización satisfactoria del proyecto, la información relacionada con la zonificación de manejo ambiental, la evaluación económica de impactos positivos y negativos del proyecto, el plan de manejo ambiental del proyecto especificando cada uno de los costos para su implementación, un programa de seguimiento de cada uno de los medios abióticos, bióticos y socioeconómicos dentro de la zona donde se realizará el proyecto, un plan de contingencias para la operación del proyecto, un plan de desmantelamiento y abandono del proyecto cuando este finalice, además de la destinación y el uso final del suelo.

Como en el caso anterior, según lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto 2820 de 2010 este Estudio de Impacto Ambiental también deberá evaluarse con fundamento en los lineamientos establecidos en el Manual de Evaluación de Estudios Ambientales de Proyectos, ello con el fin de analizar si se adecúa a estos.

Este tema es uno de los ejes técnico-jurídicos del derecho ambiental, en otras palabras es el corazón del derecho ambiental vigente<sup>471</sup>, tiene como finalidad principal el determinar por medio de un procedimiento específico de la viabilidad ambiental de proyectos públicos o privados para protección efectiva de los recursos naturales<sup>472</sup>.

La declaración de un impacto ambiental se ofrece como resultado de un procedimiento de evaluación, en el cual se determina la conveniencia de un proyecto, además del

---

<sup>471</sup> Es una obligación que las agencias realicen la evaluación de impactos ambientales. Ver National Environmental Policy Act – NEPA. Section 102, 2, C. United States.1969. [http://www.nps.gov/history/local-law/fhpl\\_ntlenvirmpolcy.pdf](http://www.nps.gov/history/local-law/fhpl_ntlenvirmpolcy.pdf) Página consultada el día 12 de julio de 2010

<sup>472</sup> Jesús Jordano Fraga. La Protección del Derecho a Un Medio Ambiente Adecuado. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona-España. 1995. p. 220.

establecimiento de las condiciones para la protección del medio ambiente<sup>473</sup>. Su estudio debe realizarse antes del inicio de una obra para evitar así que la realización de esta tenga consecuencias dañinas dentro del medio ambiente, aún cuando se habla de un desarrollo de tipo económico. Se ha constituido como una necesidad dentro de los instrumentos internacionales, como en la Declaración de Rio de Janeiro, donde en el principio 17 plantea la realización de controles de impacto ambiental, aunque sin especificar en qué lugar se podría realizar el impacto negativo, por este motivo se prevé que puede presentarse en la generalidad del territorio nacional o fuera de este.

Además de ello, el artículo 4º del Convenio sobre cambio climático, explica la necesidad de emplear métodos tales como evaluaciones de impacto ambiental con el fin de poder reducir en un mínimo nivel todos los efectos de carácter adverso.

También encontramos como normatividades relacionadas con los estudios de impactos ambientales, la normatividad contenida en el derecho comunitario de la Unión Europea, se contempló la Directiva 85-337 del 27 de junio de 1985<sup>474</sup> en la cual se prevé la posibilidad de realizar estudios de impacto ambiental cuando se refiera a una serie de actividades consideradas de riesgo.

- Criterios para el Estudio de Impacto Ambiental.

Para la aplicación de criterios de evaluación de impacto ambiental en primer lugar debe integrarse tanto las ciencias sociales como las ciencias naturales<sup>475</sup> como mecanismo para cubrir los diferentes aspectos dentro de un contexto jurídico-político-económico-social. En segundo lugar por medio de esta evaluación, deben estimarse no sólo los impactos ambientales que se presenten potencialmente en determinada zona o actividad, sino también las consecuencias sociales que puedan recaer sobre esta última, verificando cuales son las comunidades que pueden resultar afectadas con el proyecto.

A su vez, estos estudios de impacto ambiental deben basarse en dos grados de estudio: uno preliminar y el otro definitivo (uno y otro tanto para las decisiones macronacionales y para los proyectos concretos), esto con el fin de poder negar los proyectos que no cumplan con los requerimientos ambientales o por el contrario para aceptarlos si es del caso, y en este

---

<sup>473</sup> Artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1302/1986 y artículo 18 del Reglamento. Este último dispone también que deben ser elementos integrantes de la declaración del impacto ambiental. [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Derogadas/r5-rdleg1302-1986.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r5-rdleg1302-1986.html) Página consultada el día 12 de julio de 2010

<sup>474</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas – DOCE, L 175, p. 40, 5 de Julio de 1985.

<sup>475</sup> Todas las agencias del Gobierno Federal tienen la obligación de “Utilizar un enfoque sistémico e interdisciplinario el cual asegure la aplicación integrada de las ciencias sociales y naturales y de los artes del diseño ambiental en la planeación y en las decisiones que puedan provocar un impacto sobre el ambiente humano”. National Environmental Policy Act – NEPA. Section 102, A. United States.1969. [http://www.nps.gov/history/local-law/fhpl\\_ntlenvirnpolicy.pdf](http://www.nps.gov/history/local-law/fhpl_ntlenvirnpolicy.pdf) Página consultada el día 12 de julio de 2010.

último supuesto, deberá verificarse también si el proyecto posee condicionamientos respecto a la mitigación o neutralización de efectos dañinos. De esta manera, las acciones que quieran desarrollarse dentro de una región determinada deben ser enfocadas en función de áreas geográficas y ecológicas que resulten más recomendables dependiendo del grado de las estructuras de comunicaciones, transporte, servicios y capacitación de los recursos humanos.

Estos estudios se imponen como prioridades de desarrollo, en este sentido no resulta rentable económica ni ecológicamente el desarrollarlos en forma simultánea sobre todas las regiones del territorio colombiano<sup>476</sup>.

Se hace necesaria también la obligación de verificar dentro de estos estudios la gestión racional y eficaz de los recursos naturales, la autorización previa por el gobierno sobre el lugar en donde se van a realizar actividades de riesgo y la necesidad de notificar al Estado afectado<sup>477</sup>.

- Evaluación de Impacto Ambiental como Mecanismo Precautorio:

La evaluación de impactos ambientales es considerada como el mecanismo más importante para lograr un enfoque precautorio dentro del sistema de prevención de riesgos ambientales<sup>478</sup>, necesario para asegurar la defensa, conservación y sostenibilidad del medio ambiente<sup>479</sup>. Su procedimiento de evaluación actúa cuando la tecnología ya ha sido producida, (no actúa dentro del proceso de iniciación y creación de tecnologías, punto clave para que estas últimas estén acordes con las normas medioambientales) y también sirve para prevenir que una determinada tecnología o procedimiento tecnológico puedan ser utilizados sin que causen situaciones reales de peligro.

Muchos Estados han adoptado normas referentes a la evaluación de impactos ambientales, como mecanismo precautorio de riesgos en el ecosistema<sup>480</sup> y a su vez algunos de ellos

---

<sup>476</sup> Pedro Morcillo Méndez. Aspectos Legales e Institucionales del Ambiente y Los Recursos Naturales de Colombia. Escuela superior de administración pública. ESAP. Edición príncipe. Bogotá-Colombia. 1991. p. 80

<sup>477</sup> Claudia María Rojas Quiñonez. Evolución de las Características y de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y Su Aplicación en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2004. p. 173

<sup>478</sup> Por su parte, el artículo 3º de la Declaración de Amsterdam realizada en 1991 ha establecido la aplicación del principio de precaución para la creación de proyectos hídricos: "(2) *Cada individuo humano o colectividad que intente adelantar una actividad que comprometa un recurso hídrico deberá adoptar un criterio precautorio.*"

<sup>479</sup> José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, Una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. El Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 223.

<sup>480</sup> Tales como Alemania, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, España, Filipinas, Grecia, Holanda, Hong Kong, India, Indonesia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Korea, Kuwait, Luxemburgo, Malasia, Noruega, Pakistán, Papúa Nueva Guinea, Perú, Portugal, Reino Unido, Sri Lanka, Sudáfrica, Taiwán, Tailandia, Turquía y Uruguay. Ver Nicholas A. Robinson, *International Trends in Environmental Impact Assessment*, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. 19, United States.1992, p. 597.

institucionalizaron esta práctica creando agencias o instituciones dedicadas exclusivamente a la realización de dicha evaluación<sup>481</sup>, como por ejemplo en nuestro país, según el artículo 57 de la Ley 99 de 1993 y los Decretos 1220 de 2005 y 1397 de 1996, los estudios realizados sobre impactos ambientales y el plan de manejo ambiental están dirigidos precisamente a establecer las actividades que resulten absolutamente necesarias para poder prevenir, además de corregir, mitigar y compensar los impactos sociales y económicos que influyen en el medio ambiente<sup>482</sup>. También el artículo 57 de la Ley 99 de 1993, establece la realización de estudios de impacto ambiental como condicionante necesario para que la autoridad administrativa competente le otorgue al peticionario la respectiva licencia ambiental.

Este estudio tendrá como características una referencia de los elementos dentro del ecosistema que puedan a su vez sufrir algún daño por la actividad del peticionario de la licencia, y se incluirán además planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de impactos<sup>483</sup>.

En Argentina por ejemplo, se estableció este instrumento exigiendo la evaluación de los impactos que se puedan presentar con motivo de la construcción de represas<sup>484</sup>, en Bolivia se estableció la necesidad de aplicar en forma obligatoria el estudio de impactos ambientales por medio de su ley general del medio ambiente<sup>485</sup>, en Ecuador se señala taxativamente qué actividades deben tener un estudio previo de impactos ambientales<sup>486</sup>, en México se creó una ley general del equilibrio ecológico<sup>487</sup>, para el Perú se creó el Decreto Legislativo 757 de 1991 y también el código del medio ambiente y los recursos

---

<sup>481</sup> En 1991 Brasil creó la Comisión Técnica de Proyectos Ambientales, en 1984 el gobierno de Costa Rica creó la Comisión Gubernamental de Control y Evaluación de los Estudios de Impacto Ambiental, en el año de 1992 el Gobierno de Ecuador creó el Departamento de Evaluación y Control de Impactos Ambientales.

<sup>482</sup> Enrique González Villa. Derecho Ambiental Colombiano. Parte General. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2006. p. 129.

<sup>483</sup> Juan Manuel Garrido Díaz y Eduardo Zuleta Jaramillo, Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda. Legislación Ambiental en Colombia. Baker y Mckenzie. Bogotá-Colombia. 1994. p. 15.

<sup>484</sup> Ley argentina No. 23.879 de 1990, en la cual dentro de su artículo 1º establece que es la rama ejecutiva la encargada de evaluar las consecuencias ambientales desde el punto de vista ecológico en general que producen o pueden producir particularmente las represas, este estudio se realizará con base en el manual de gestión ambiental para las obras hidráulicas con aprovechamiento energético.

<sup>485</sup> Ley 1333 del 27 de Abril de 1992 (Ley general del medio ambiente), en su Capítulo IV se destaca la evaluación de impactos ambientales. Dentro del artículo 24 se define este concepto como un conjunto de procesos administrativos y técnicos para estimar los efectos que producirá una determinada obra o proyecto en el medio ambiente. Además en el artículo 26 también se prevé para estos casos la declaratoria de impacto ambiental (DIA).

<sup>486</sup> José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, Una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. El Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 224.

<sup>487</sup> Dentro de su artículo 28 de la ley general del equilibrio ecológico y la protección al ambiente, se dispuso que si se van a realizar obras o actividades susceptibles de causar impacto ambiental y que estos rebasen los estándares límites que menciona la Federación, deben tener autorización previa del Gobierno Federal.

naturales<sup>488</sup>, también en Venezuela se creó un sistema de evaluación de impactos ambientales por medio del Decreto 2213 de 1992, reglamentario de la ley orgánica del ambiente sobre estudios de impacto ambiental<sup>489</sup>, constituyéndose de esta manera los principios básicos para crear, evaluar y ejecutar todos los estudios necesarios de impacto ambiental ahondando sus esfuerzos en “*prevenir, controlar y corregir los efectos de las actividades susceptibles de degradar el ambiente y del empleo de tecnologías que puedan causar daño.*”.

Por último también puede verse el caso de España, donde se entienden estas evaluaciones como el examen que debe realizarse respecto a los efectos que resulten previsibles ya sea en forma directa o indirecta sobre la población, fauna, flora, suelo, aire, agua, clima, paisaje, etc.<sup>490</sup>, considerándola como una técnica de carácter jurídico que tiene como fin proteger al medio ambiente. De esta manera se evalúan los efectos de determinadas actividades ya sean de carácter públicas o privadas<sup>491</sup>.

- Problemas y Perspectivas de las Evaluaciones de Impacto Ambiental - EIA:

Como se ve, la evaluación de impacto ambiental ya existía dentro de la región latinoamericana, aunque este concepto jurídico aún posee serios problemas de orden técnico y operativo limitando así la incorporación de los procesos reales de evaluación ambiental<sup>492</sup>, además se han evidenciado problemas vitales por parte de los Estados para poder aplicar en forma real estos sistemas de evaluación de impacto ambiental, y en este sentido vemos como motivos principales de este fenómeno la falta de recursos de los Estados, el desconocimiento de las causas de algunos de estos problemas, la falta de conciencia ambiental por parte de algunos sectores de la población, la falta de capacitación profesional por parte del Estado en materias ambientales específicas, etc.<sup>493</sup>.

Según este contexto, resulta necesaria la implementación de acciones que puedan mejorar la capacidad de operación y análisis del ente estatal en materia medioambiental: Por ejemplo profundizando en el tema de capacitación profesional para dotar al Estado de

---

<sup>488</sup>1. La ley marco para el crecimiento de la inversión privada (Decreto Legislativo 757 de 1991), artículo 51 estableció que es la administración quién determinará qué actividades, que por su riesgo pudieren exceder los estándares tolerables de contaminación, por medio de estudios de impacto ambiental previos. 2. frente al Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (Decreto Legislativo 613 de 1990) artículo 9º, se dispuso que estos estudios de impacto ambiental debe contener la evaluación técnica de estos y una estadística de proyección del riesgo a mediano y corto plazo.

<sup>489</sup> Gaceta Oficial de Abril 27 de 1992.

<sup>490</sup> Jesús Jordano Fraga. La Protección del Derecho a Un Medio Ambiente Adecuado. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona-España. 1995. p. 94.

<sup>491</sup> *Ibidem*. p. 95

<sup>492</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo. Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente. Seminario de Brasilia de 1992. 2ª Edición. San José de Costa Rica-Costa Rica. 1995. p 175-176.

<sup>493</sup> *Ibidem*.

herramientas útiles que le permitan tomar decisiones con base en conocimientos científicos, el ILPES<sup>494</sup> ha impartido las directrices necesarias del caso para solucionar esa problemática, señalando que para incidir positivamente en el desarrollo del medio ambiente debe proponerse la planificación de estrategias alternativas de desarrollo como los métodos e instrumentos de formulación, evaluación y ejecución de planes y proyectos de desarrollo con fundamentos ambientales, o como el análisis de impactos de proyectos sobre el ecosistema seleccionando así tecnologías acordes a la finalidad<sup>495</sup>.

## **H. Plan de Manejo Ambiental – PMA:**

El Plan de Manejo Ambiental – PMA, es uno de los elementos esenciales que componen el Estudio de Impacto Ambiental – EIA, y es el elemento técnico por medio del cual se describen cuáles serán los impactos ambientales frente a la realización del proyecto, proponiendo además estrategias para su manejo sostenible.

Existen además algunos Subplanes intrínsecos del Plan de Manejo Ambiental, los cuales pueden deducirse en<sup>496</sup>:

### **a. Plan de gestión social.**

En este plan, el dueño del proyecto deberá presentar las distintas estrategias y programas que resulten necesarios para evitar, reducir y compensar los efectos sociales que la ejecución del proyecto pueda causar, ahondando en la necesidad de darle un manejo incluyente a la participación comunitaria. Este tipo de planes puede incluir algunos programas de capacitación en materia ambiental, de información a la comunidad y apoyo social, máxime si antes de la presentación formal del Diagnóstico Ambiental de Alternativas – DAA y del Estudio de Impacto Ambiental – EIA, resulta necesario haber adelantado el proceso de consulta previa ante las comunidades indígenas y negras cuando el proyecto verse sobre situaciones que las afecten.

### **b. Plan de contingencia**

En este punto se busca analizar y controlar todos los riesgos que eventualmente puedan presentarse dentro del proyecto. Por ello, se describirá en el proyecto o actividad cada una de las zonas ambientales y sociales más vulnerables y de especial tratamiento de protección

---

<sup>494</sup> Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social

<sup>495</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo. Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente. Seminario de Brasilia de 1992. 2ª Edición. San José de Costa Rica-Costa Rica. 1995. p 175-176.

<sup>496</sup> *Ibidem*. p. 69

ambiental. La filosofía de este tipo de planes de contingencia versa sobre la necesidad de ser planes rápidos y efectivos con el fin de atender emergencias y circunstancias que resulten imprevisibles.

c. Plan de restauración<sup>497</sup>.

En este tipo de planes el objetivo es volver al estado anterior la zona ambiental dentro de la influencia del proyecto, que por causa directa de este último ha sufrido alteraciones significativas, lo cual implicará su recuperación prioritaria.

d. Plan de seguimiento y monitoreo

Este tipo de planes se refieren a la necesidad de supervisión del cumplimiento de las metas propuestas, presentando así una serie de actividades con el fin de vigilar y evaluar el manejo de los diferentes programas que se plantearon en el Plan de Manejo Ambiental - PMA.

e. Plan de abandono.

En este tipo de plan, el objetivo parte de la necesidad de adecuar la zona una vez haya finalizado el proyecto, lo cual implicará entre otras cosas la limpieza del área para dejarla libre de residuos de basura, clausurar los pozos sépticos, etc.

Esta fase resulta necesaria, con el fin de lograr el desmantelamiento y abandono del proyecto de tal forma que no se perjudique el equilibrio ambiental, en donde adicionalmente deberá incluirse una póliza en donde se amparen los costos de las actividades descritas en este plan, constituyéndose a favor de la autoridad ambiental competente.

Frente a este tipo de planes de abandono también se expone que con base a lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 2820, si durante la ejecución del proyecto se llegan a suscitar incendios, derrames, escapes o vertimientos por fuera de los límites permitidos o cualquier contingencia de naturaleza ambiental, el beneficiario de la licencia ambiental tiene el deber de realizar todas las acciones que resulten con el fin de lograr cesar la contingencia ambiental.

---

<sup>497</sup> *Ibíd.* p. 70.

## **I. Procedimiento administrativo para la obtención de la licencia ambiental:**

El procedimiento administrativo establecido con el fin de obtener la licencia ambiental deberá basarse en las siguientes pautas:

1. Formulación de petición por parte del interesado, en donde se solicitará a la autoridad ambiental competente que determine si el proyecto requiere o no del Diagnóstico Ambiental de Alternativas - DAA. Esta solicitud deberá contener los elementos necesarios que contempla el Decreto 2820 de 2010, la Ley 99 de 1993 y las demás normas complementarias sobre la materia.

Posteriormente la autoridad ambiental competente deberá pronunciarse sobre la solicitud dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, adjuntando además los términos de referencia para que el solicitante elabore el Diagnóstico Ambiental de Alternativas – DAA si a ello hubiere lugar.

2. Luego, el solicitante deberá radicar ante la autoridad ambiental competente el Diagnóstico Ambiental de Alternativas – DAA conforme a lo dispuesto por el Decreto 2820 de 2010.

Es del caso anotar que este tipo de análisis deberá contener, además de los elementos técnicos referentes al tratamiento ambiental para un proyecto determinado, una evaluación de los elementos sociales del entorno de influencia en donde se realizará este proyecto.

Después, la autoridad ambiental emitirá el respectivo auto de inicio de trámite de evaluación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas – DAA, el cual será notificado conforme a lo dispuesto por los artículos 14 y 15 del Código Contencioso Administrativo.

3. Como paso siguiente, la autoridad ambiental competente, en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles, deberá evaluar el Diagnóstico Ambiental de Alternativas – DAA, en donde se elegirá una alternativa con base en la cual se hará el Estudio de Impacto Ambiental - EIA y la fijación de los parámetros de los términos de referencia, ello por medio de acto administrativo motivado. Esta evaluación o concepto técnico versará sobre la viabilidad de la alternativa, y deberá describir además, algunas de las características de tipo ambiental dentro del área de influencia del proyecto y adicionalmente a ello, dará una conclusión final sobre las alternativas posibles.

Además de lo anterior, también deberá verificarse por parte de la autoridad ambiental competente, que el solicitante de la licencia ambiental haya realizado los procedimientos de consulta pública, consulta previa y demás mecanismos de participación ciudadana, si a ello hubiere lugar.

4. Posteriormente, el solicitante realizará el Estudio de Impacto Ambiental – EIA conforme a la alternativa escogida, este estudio deberá enmarcarse según lo dispuesto por el Decreto 2820 de 2010, y a renglón seguido lo radicará ante la autoridad ambiental según la delimitación establecida para ello, junto con los anexos dispuestos por la norma anteriormente mencionada.
5. Aunado a lo anterior, la autoridad ambiental competente solicitará a otras autoridades o entidades un concepto técnico sobre la evaluación. Dicho concepto deberá ser remitido en un plazo no mayor a los veinte (20) días hábiles desde la radicación de la solicitud por parte de la autoridad ambiental competente. Además, también podrá solicitarse por parte de esta última, información adicional al interesado, conforme la necesidad de la evaluación así lo requiera.
6. Finalmente, la autoridad ambiental competente deberá decidir respecto de la viabilidad del proyecto en un término no mayor a veinticinco (25) días hábiles contados a partir del auto en donde se declare reunida toda la información necesaria para el análisis.

#### **J. Contenido formal y de fondo del documento de otorgamiento de la licencia ambiental:**

Es necesario enunciar cuáles son los elementos mínimos que contiene la licencia ambiental: identificación de la persona natural o jurídica a quien se le autoriza la ejecución del proyecto, se señala también cuál es el objeto general y la localización de este proyecto, junto con un resumen de las motivaciones ambientales que se tuvieron en cuenta para el otorgamiento de dicha licencia.

Aunado a lo anterior, se hará una lista taxativa de las diferentes actividades que se autorizan con ocasión de la licencia ambiental y de los recursos renovables que se autoriza utilizar o aprovechar. Adicionalmente se señalarán cuáles son los requisitos, condiciones y obligaciones de carácter adicional al Plan de Manejo Ambiental que deberá tener en cuenta el beneficiario de la licencia y finalmente las demás obligaciones y especificaciones a que haya lugar según lo dispuesto por la autoridad ambiental competente que otorga la licencia ambiental.

Posteriormente viene la parte resolutoria en donde se le impondrán al usuario algunas obligaciones y condiciones para la realización del proyecto, relacionadas con el manejo sostenible del medio ambiente. Se impondrán además obligaciones de carácter técnico relacionadas con el Plan de Manejo Ambiental – PMA y se pondrá especial importancia en algunos aspectos que la autoridad ambiental considera necesario mejorar sobre el contenido de los subplanes de contingencias, de seguimiento y monitoreo, etc.

La autoridad ambiental se pronunciará además sobre las obligaciones sociales en el marco de ejecución del proyecto, en donde podrán exigirse acciones como la implementación de programas de educación ambiental para el personal que se involucre en el respectivo proyecto, de apoyo social a las poblaciones en grado de vulnerabilidad que puedan resultar afectadas como las comunidades indígenas o negras.

En la licencia ambiental se hará relación además, a las prohibiciones que el proyecto tendrá en el marco de la protección ambiental, y las condiciones específicas de actuación, especialmente se recordará que resulta necesario muchas veces obtener otros permisos, autorizaciones y licencias que requerirá el proyecto, la constitución de una póliza de garantía y posteriormente se harán algunas advertencias y recomendaciones sobre el manejo ambiental.

Por último, dentro de la licencia ambiental se hará alusión al término de duración que tendrá la licencia ambiental, los recursos que proceden sobre esta.

Al acto administrativo mediante el cual se otorga licencia ambiental deberá dársele la publicidad necesaria, ello con el fin de informar a terceros que puedan resultar afectados de forma directa o indirecta respecto a la decisión que tome la autoridad ambiental competente.

#### **K. Modificaciones a la licencia ambiental.**

Según lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto 2820 de 2010, la licencia ambiental podrá modificarse siempre y cuando se incurra en alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando el beneficiario de la licencia ambiental quiera modificar el proyecto, y que por esta razón, eventualmente puedan generarse impactos ambientales adicionales a los identificados cuando se otorgó la licencia.
2. Cuando en el otorgamiento de la licencia ambiental no se hayan tenido en cuenta algunos usos, aprovechamiento y afectación a los recursos naturales renovables que resulten necesarios para el normal desarrollo del proyecto.

3. Cuando se busque cambiar las condiciones de uso y afectación de un recurso natural renovable, de tal forma que se podría generar un mayor impacto ambiental sobre este.
4. Si el beneficiario pretende reducir el área licenciada o por el contrario ampliarla.
5. Cuando se cambie de autoridad ambiental competente con ocasión de una adición al volumen de explotación o producción del proyecto
6. También se modificará la licencia cuando por motivo de los resultados de un seguimiento del proyecto por parte de la autoridad ambiental competente, en donde se hayan identificado algunos impactos ambientales adicionales a los ya establecidos en los estudios respectivos y por ende, se requerirá de una ampliación de la licencia para ajustarse a los nuevos lineamientos.
7. Cuando las áreas del proyecto que fueron tomadas en cuenta para el otorgamiento de la licencia ambiental no vayan a ser intervenidas y serán además devueltas a la autoridad ambiental competente.
8. Por último, también deberá modificarse la licencia ambiental cuando se pretenda integrar a esta última otros permisos y licencias de naturaleza ambiental, esto siempre y cuando verse sobre el mismo proyecto.

En este punto, según lo dispuesto por el artículo 34 del Decreto 2820 de 2010, se podrá integrar la licencia ambiental con otro tipo de licencias o permisos ambientales siempre y cuando el objeto de los proyectos a integrar sea el mismo.

#### **L. Pérdida de vigencia de la licencia ambiental:**

Adicionalmente a lo que se ha planteado sobre la temática, el artículo 36 del Decreto 2820 de 2010 señala que la licencia ambiental también puede ser sujeto de pérdida de vigencia. Lo anterior podrá establecerse por medio de auto administrativo motivado suscrito por la autoridad ambiental competente, siempre y cuando hayan transcurrido cinco (5) años a partir de su ejecutoria sin que se haya dado inicio a la construcción del proyecto.

Lo anterior sin perjuicio de la prueba de fuerza mayor o caso fortuito que impidió el inicio del proyecto respectivo, razón suficiente para que no se haga efectiva la pérdida de vigencia de la licencia ambiental.

#### **M. Control y seguimiento del proyecto con licencia ambiental:**

Según lo dispuesto por el artículo 39 del Decreto 2820 de 2010, todo proyecto que esté sujeto al otorgamiento de una licencia ambiental o Plan de Manejo Ambiental - PMA, será

objeto de control por parte de la autoridad ambiental competente, ello con el fin de verificar la eficacia de las medidas de manejo que se implementaron con ocasión de este Plan de Manejo Ambiental, el programa de seguimiento y monitoreo, el plan de contingencia, el plan de desmantelamiento y abandono y el plan de inversión del 1% cuando aplique.

Adicionalmente a esto, deberá hacerse un control y seguimiento respecto al cumplimiento de todos los términos, obligaciones y condiciones que se deriven del otorgamiento de la licencia ambiental, por ello se revisarán además todos los elementos acumulativos que se hayan generado por motivo del proyecto.

También deberán revisarse los hechos y medidas ambientales que se hayan implementado para corregir cualquier contingencia ambiental que pueda ocurrir, para verificar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicables y del cumplimiento de los permisos y autorizaciones ambientales de uso de recursos naturales renovables.

Por último, también se podrá ejercer control y seguimiento con el fin de imponer todas las medidas administrativas necesarias al beneficiario del proyecto, para prevenir, mitigar o corregir impactos ambientales que no se hayan previsto dentro de los estudios ambientales que se realizaron al proyecto.

#### **N. Cesión de la licencia ambiental:**

También es necesario mencionar los casos en que puede cederse de manera parcial o total una licencia ambiental, lo cual implicará necesariamente la cesión de los derechos y obligaciones del beneficiario de la licencia a un tercero. Así las cosas, según lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2820 de 2010, tanto el cedente como el cesionario solicitaran la cesión de la licencia ambiental por escrito a la autoridad ambiental competente, con el fin de que esta determine la viabilidad de este procedimiento jurídico dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud.

Si llegase a aceptarse la cesión de la licencia ambiental, el cesionario deberá asumir en su integridad los derechos y obligaciones que se derivan del otorgamiento de la licencia ambiental.

También debe aclararse en este punto que puede otorgarse cesión de la licencia ambiental de forma parcial, ello siempre y cuando se puedan fraccionar las obligaciones, teniendo en cuenta que las actividades también podrán ser divisibles entre cedente y cesionario. De lo contrario, la cesión de la licencia ambiental será total.

#### **O. Registro Único Ambiental – RUA:**

También es necesario traer a colación que el Decreto 2820 crea el Registro Único Ambiental – RUA, en donde estarán incluidos todos los protocolos necesarios para el correcto monitoreo y seguimiento del subsistema de información sobre uso de recursos naturales renovables que se encuentra en manejo del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales - IDEAM.

Además, dentro de este registro las personas titulares de licencias ambientales deberán informar periódicamente cuál es el estado de cumplimiento ambiental de sus actividades, información que será ingresada al Registro Único Ambiental – RUA.

#### **P. Régimen de transición normativa:**

La nueva normatividad regulatoria de la licencia ambiental, plantea un régimen de transición para introducir sin traumatismos este nuevo sistema normativo dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de tal manera que los proyectos que iniciaron sus trámites para obtener una licencia ambiental o Plan de Manejo Ambiental con la normatividad anterior al Decreto 2820 de 2010, continuarán con el mismo trámite que venían llevando.

Así mismo los proyectos que ya obtuvieron licencia ambiental conforme a las normas anteriores al Decreto 2820 de 2010, continuarán con las mismas condiciones y términos establecidos en la normatividad anterior.

#### **Q. Término de la licencia ambiental:**

Según lo expresado por el artículo 6 del Decreto 2820 de 2010, el término durante el cual estará vigente la licencia ambiental será por el tiempo de vida útil del proyecto, y de forma particular se expone que cobijará los procesos de “*construcción, montaje, operación, mantenimiento, desmantelamiento, restauración final, abandono y/o terminación*”.

#### **R. Incumplimiento de las condiciones de otorgamiento de la licencia ambiental:**

Revocatoria o suspensión de la licencia ambiental:

Toda licencia ambiental está sujeta a suspensión o revocación por parte de la autoridad ambiental competente, siempre y cuando el beneficiario no haya cumplido con alguna de las condiciones y obligaciones que la normatividad colombiana impone para el caso y particularmente con los lineamientos que la resolución que otorgó la licencia le impuso.

Sanciones:

Además de ordenar la revocatoria o suspensión de la licencia ambiental como consecuencia del incumplimiento de alguna de las condiciones impuestas para la licencia ambiental, la Ley 1333 de 2009 dispone que también podrán ordenarse sanciones al respecto. De esta forma, cuando ocurran violaciones a las normas de protección y manejo de los recursos naturales, la autoridad ambiental competente podrá iniciar el proceso sancionatorio ambiental dispuesto en la Ley 1333, ello como ejercicio del poder coercitivo de la administración, con el fin de hacer cumplir las normas ambientales.

### **S. Participación ciudadana dentro del procedimiento de otorgamiento de la licencia ambiental:**

El objetivo primordial según el cual se exige la participación ciudadana como uno de los requisitos necesarios para el otorgamiento de una licencia ambiental, es la inclusión e información del proyecto en la comunidad, esto a nivel general para toda la sociedad sobre la actividad que se desarrollará y a nivel particular respecto a la población que directamente podría resultar afectada por la ejecución del proyecto en la zona donde esta se encuentra asentada, ello con el fin de optimizar el manejo que se le dará a los impactos ambientales y sociales de la obra. Así las cosas, a continuación se hará una breve reseña de los mecanismos de participación que deberán evacuarse antes de la presentación formal de la licencia ambiental<sup>498</sup>:

- Intervención de terceros:

Según lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley 99 de 1993, se define la intervención de terceros de la siguiente forma:

*“Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o renovación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales”.*

Además de lo anterior, la solicitud de intervención de terceros dentro del trámite de la licencia ambiental deberá realizarse por escrito, acompañándose con los documentos y anexos necesarios para sustentar y apoyar la pretensión de los intervinientes.

---

<sup>498</sup> Ibídem. p. 102.

Frente a esta solicitud, la autoridad ambiental competente deberá evaluar si puede ser tenida en cuenta para el otorgamiento de la licencia o si por el contrario fue hecha sin bases técnicas o jurídicas que conlleven a no tenerse en cuenta<sup>499</sup>.

- Audiencia pública:

Este instrumento de participación ciudadana se plasma dentro del proceso de otorgamiento de la licencia ambiental, fundamentado en lo dispuesto por el artículo 72 de la Ley 99 de 1993 en donde específicamente se menciona que esta puede ser solicitada por parte del Procurador General de la Nación o el procurador delegado en materia ambiental, por el defensor del pueblo, por el Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por las autoridades ambientales, por los gobernadores, alcaldes, por tres entidades sin ánimo de lucro o por un número igual o superior a cien (100) personas<sup>500</sup>.

Esta audiencia pública deberá evacuarse previamente al otorgamiento de la licencia ambiental, y se realizará mediante una convocatoria pública. Ya dentro del desarrollo de la audiencia, se le otorgará la oportunidad de intervención a las diferentes partes intervinientes según lo estipulado por el reglamento interno de audiencias públicas creado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial<sup>501</sup>.

Como conclusión de la audiencia pública, y de los resultados que se obtengan en las distintas discusiones, la autoridad ambiental competente puede exigirle al solicitante de la licencia ambiental la modificación de algunos elementos dentro de su respectivo proyecto<sup>502</sup>.

- Consulta previa:

Este tipo de consultas realizadas principalmente a comunidades indígenas y negras, se encuentra regulado en el marco de la Constitución Política de Colombia y de otros instrumentos internacionales que lo complementan. Dentro de la presente tesis se hablará más adelante sobre toda la regulación existente respecto a la materia.

---

<sup>499</sup> *Ibíd.* p. 103 – 104.

<sup>500</sup> *Ibíd.* p. 105.

<sup>501</sup> *Ibíd.* p. 106.

<sup>502</sup> *Ibíd.* p. 109.

#### **2.2.4. Permisos ambientales:**

##### **A. Competencia de las autoridades para el otorgamiento de los permisos ambientales:**

Para el caso de los permisos ambientales, según lo dispuesto por los capítulos II, III, IV y V de la Ley 99 de 1993, tanto el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, los grandes centros urbanos o áreas metropolitanas como los demás municipios y sus respectivos consejos municipales, podrán otorgar los permisos ambientales respectivos según lo dispuesto por la normatividad ambiental<sup>503</sup>.

##### **B. Revocatoria de los permisos ambientales:**

Así como las licencias ambientales pueden ser sujetas a revocatoria por parte de la autoridad ambiental competente, también los permisos ambientales podrán ser sujetos a revocatoria del acto administrativo de concesión del permiso por parte de esta autoridad<sup>504</sup>. Así las cosas, el artículo 62 de la Ley 99 de 1993 señala expresamente que la autoridad ambiental competente podrá revocar o suspender la licencia ambiental o los permisos ambientales, autorizaciones o concesiones para el uso de los recursos naturales. Esta facultad se hace exigible cuando las condiciones por las cuales se otorgó el permiso en este caso específico, no se estén cumpliendo conforme a los términos establecidos en este.

Adicionalmente, se plantea en la norma que la revocatoria o suspensión del permiso ambiental podrá hacerse sin la necesidad de contar con el consentimiento expreso del beneficiario, situación esta que se consagra como una excepción al artículo 73 del Código Contencioso Administrativo<sup>505</sup>.

##### **C. Tipos de permisos ambientales**

A continuación se relacionarán algunos de los permisos ambientales más importantes dentro del ordenamiento jurídico colombiano, ello conforme al marco normativo dispuesto por la Ley 99 de 1993 y especialmente por el artículo 51 del Decreto 2811 de 1974 donde se establece expresamente que los recursos naturales renovables podrán ser adquiridos por ministerio de la ley, permiso, concesión y asociación.

---

<sup>503</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 243 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>504</sup> Sandra Lucía Rodríguez Rojas y Naryan Fernando Alonso Bejarano. Mecanismos jurídicos de la protección ambiental. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá – Colombia. p. 158.

<sup>505</sup> *Ibidem*. p. 159.

Además de ello, según lo dispuesto por el artículo 54 del Decreto 2811 de 1974, se podrán conceder permisos para el uso temporal de cierta parte de los recursos naturales renovables de dominio público. La duración de este permiso deberá ser fijada conforme a la naturaleza del recurso, a su disponibilidad y a la cuantía y clase de inversiones, sin que se excedan los diez (10) años.

Así mismo, cuando expire el término del permiso del uso temporal de los recursos naturales, entonces el artículo 55 del precitado Decreto plantea la necesidad de darles opciones a personas diferentes al anterior beneficiario, para que estas últimas puedan competir para el otorgamiento de un nuevo permiso.

### **1. Permisos de protección del aire:**

En virtud de lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto 948 de 1995 se dispone respecto a la necesidad de protección del aire<sup>506</sup>, que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial será el órgano ambiental competente para establecer cuáles serán los criterios ambientales de calidad que deberán tenerse en cuenta respecto al uso de combustibles contaminantes.

De la misma forma, respecto al control de los olores, el artículo 20 del Decreto anteriormente referido, señala que la fijación de los patrones relativos a este tipo de control, será responsabilidad de las Corporaciones Autónomas Regionales, de los grandes centros urbanos, de los municipios y de los distritos.

Por último, el artículo 33 también del Decreto 948 dispone que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, junto con el Ministerio de Protección Social, deberán regular, controlar y prohibir la emisión de contaminantes que ocasionen riesgos para la salud humana, exigiendo además la presentación de los respectivos planes de contingencia.

- **Permiso de emisión atmosférica<sup>507</sup>:**

Según lo dispuesto por el artículo 72 del Decreto 948 de 1996, este permiso se concede a una persona natural o jurídica, pública o privada, con el fin de que esta, dentro de los límites permisibles establecidos en las normas ambientales, pueda realizar cierto tipo de emisiones al aire.

---

<sup>506</sup> Eduardo Padilla Hernández. Tratado de derecho ambiental. Ediciones librería del profesional. Primera edición. 1999. p. 35

<sup>507</sup> Eduardo Padilla Hernández. Tratado de derecho ambiental. Ediciones librería del profesional. Primera edición. 1999. p. 567 – 568.

Así las cosas, toda descarga o emisión de agentes contaminantes dentro de la atmósfera, únicamente podrá efectuarse conforme a los límites permisibles y a las condiciones que señala la ley y los reglamentos respectivos. De esta forma, según lo establecido en el artículo 13 del precitado Decreto, por regla general los permisos de emisión se expedirán para el nivel normal, y amparará únicamente el nivel de emisión autorizado

Aunado a lo anterior, este tipo de permisos de misión, al estar relacionados con actividades que se encuentran restringidas por razón de orden público, no podrán crear derechos adquiridos, de esta manera, podrá modificarse o suspenderse el permiso, siempre y cuando la autoridad ambiental competente lo estime necesario o cuando la situación amerite la declaración de niveles de prevención, alerta o emergencia.

Adicionalmente, podrán otorgarse permisos de carácter colectivo sobre emisiones industriales, ello en virtud del artículo 74 del Decreto 948 de 1995, el cual podrá ser solicitado por asociaciones, agremiaciones o grupos de pequeños o medianos empresarios, siempre y cuando estos posean como mínimo las siguientes características:

a) Que estos operen en una misma área geográfica, y produzcan de forma conjunta un impacto ambiental acumulativo.

b) Que este colectivo realice la misma actividad extractiva o productiva

c) Que se utilicen los mismos combustibles junto con un nivel similar de emisiones al aire. Además, es dable también exponer que este tipo de permisos de emisión atmosférica tendrá una vigencia de cinco (5) años, pero podrá ser renovado de forma indefinida por periodos iguales.

- **Permisos de emisión de ruido:**

Conforme a lo dispuesto por el artículo 89 del Decreto 948 de 1995, toda actividad que implique la realización de actividades, obras o trabajos que puedan generar ruido que supere los estándares de presión sonora vigentes, o que deban ejecutarse en horarios distintos de los establecidos por los reglamentos, requerirán de un permiso de emisión de ruido el cual será otorgado por los alcaldes municipales o distritales, o por la autoridad de

policía del lugar, ello conforme a los lineamientos establecidos en el Código Nacional de Policía.

## **2. Autorizaciones y permisos para el uso del agua y sus cauces:**

Según lo dispuesto por el artículo 51 del Decreto 2811 de 1974 y al artículo 28 del Decreto 1541 de 1978, el derecho al uso de aguas y de sus cauces solo podrá hacerse efectivo por medio de lo dispuesto en la ley, por concesión, por permiso o por asociación<sup>508</sup>.

Así las cosas, en primer término, el uso de las aguas en virtud de lo dispuesto por la ley y la reglamentación complementaria, implicará que el beneficiario deberá acordar con los propietarios del predio, los caminos que se utilizarán para el paso, las horas que se destinarán para beber, abrevar animales, lavar ropa o cualquier otra actividad similar, limitando el uso de estas aguas a fines eminentemente domésticos o de abrevaderos. Este aprovechamiento del agua de uso común deberá hacerse conforme al marco de lo dispuesto por el inciso 29 del artículo 86 del Decreto 2811 de 1974<sup>509</sup>.

Ahora bien, según lo dispuesto por el artículo 34 del Decreto 2541 de 1978, si el uso del agua con fines domésticos se encuentra en dominio privado, sólo podrá utilizarse cuando no se cauce un perjuicio al fundo donde se encuentran, siempre y cuando este uso se realice sin emplear maquinarias, ni aparatos, ni que afecte o contamine el agua en forma alguna y cuando previamente se haya acordado con el dueño del fundo sobre la forma y el tiempo en que puede hacerse uso de dichas aguas.

Adicionalmente a ello, el uso de las aguas por la modalidad de concesión, se otorga para el aprovechamiento de aguas que no se destinen al uso doméstico. Este tipo de concesión lo otorgan las entidades administradoras del recurso hídrico respectivo como las Corporaciones Autónomas Regionales, y el beneficiario de esta concesión únicamente podrá hacer uso de este recurso hídrico conforme a lo dispuesto por el Código Nacional de Recursos Naturales, el Decreto 1541 de 1978, y el Decreto 1954 de 1984.

Del mismo modo, también podrá hacerse concesiones especiales para acueductos de uso doméstico, para uso agrícola, riego y drenaje, para uso industrial, para uso energético, para usos mineros y petroleros, y para flotación de maderas.

Aunado a lo anterior, también se puede entregar el uso de las aguas por medio de permisos especiales. Estos serán concedidos por parte de las entidades que delegue el Ministerio de

---

<sup>508</sup> *Ibidem*. p. 68.

<sup>509</sup> *Ibidem*. p. 69.

Minas y su destinación específica será para la extracción de materiales de arrastre de los cauces y lechos de las corrientes o depósitos de aguas.

También está la posibilidad de usar el agua para construir obras que ocupen su cauce. Su autorización la otorgará la Corporación Autónoma Regional respectiva, mas un permiso de ocupación transitoria o permanente de las playas.

- **Explotación y ocupación de los cauces, playas y lechos:**

Según lo dispuesto por el artículo 99 del Decreto 2811 de 1974, para la extracción por parte de particulares, de materiales de arrastre de los cauces o lechos de las corrientes o depósitos de aguas, como piedra, arena y cascajo, se requerirá de un permiso especial

Es del caso anotar, que para alterar los cauces, su régimen, calidad de las aguas, e intervención de su uso legítimo, se deberá obtener un permiso especial por parte del solicitante. Esto siempre y cuando la obra no implique un peligro para la colectividad o para los recursos naturales, la seguridad interior o exterior o la soberanía nacional.

Ahora bien, según lo dispuesto por el artículo 1541 de 1978, las personas que se encuentren interesadas en obtener permisos con fines de extracción de materiales de arrastre de los cauces o lechos de las corrientes o depósitos de aguas, deberán presentar su solicitud respectiva ante la autoridad ambiental competente para el caso.

- **Actividades de caza y pesca:**

Para cualquier actividad que implique la caza, salvo para el caso de la subsistencia, se requerirá de un permiso previo otorgado por el Gobierno Nacional, según las disposiciones consagradas por el artículo 259 del Decreto 2811 de 1974.

Para ejercer actividades de pesca también se requiere de un permiso, salvo que la actividad sea con fines de subsistencia. Además de ello, en aguas de dominio privado y en las concedidas para cultivos de especies hidrobiológicas, únicamente podrán pescar los dueños o concesionarios.

Adicionalmente a ello, debe decirse que en el permiso de pesca no podrá concederse algún tipo de derechos que impidan u obstaculicen la pesca de subsistencia a los habitantes y comunidades de la región determinada<sup>510</sup>.

---

<sup>510</sup> Artículo 275 y siguientes. Decreto 2811 de 1974.

- **Permisos de vertimientos:**

Según lo dispuesto por los artículos 211 y siguientes del Decreto 1541 de 1978, se prohíbe el vertimiento sin el tratamiento respectivo tanto de residuos sólidos, líquidos como gaseosos, que puedan causar daño o poner en peligro la salud humana o el funcionamiento normal de la flora o fauna de la región.

Aún así, es posible obtener un permiso de vertimiento conforme a ciertos parámetros y lineamientos establecidos por el Gobierno Nacional.

Adicionalmente, el permiso de vertimiento no podrá ser señalado como una causa para excluir o disminuir en algún sentido la responsabilidad civil o penal en la cual pudiere incurrir el peticionario, toda vez que este se último se encuentra obligado al empleo de los mejores métodos para mantener la descarga de vertimientos en el estado en que lo exija el Estado.

El término o plazo del vertimiento no podrá exceder los cinco (5) años, y podrá ser prorrogado por razones de conveniencia pública.

A su vez, también existen otros tipos de vertimiento diferentes, como el vertimiento por uso doméstico y municipal, el vertimiento por uso agrícola, riego y drenaje y para uso industrial, regulados estos por el artículo 220 y siguientes del Decreto 1541 de 1978.

Así las cosas, deberán también sufragarse algunas cargas pecuniarias por parte del beneficiario del permiso, ello en razón de la compensación de los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables y por el uso del recurso hídrico.

- **Permisos para la actividad pesquera y acuícola:**

Según lo dispuesto por el Acuerdo 009 del 2 de octubre de 2003, deben establecerse los diferentes requisitos y procedimientos para el otorgamiento de los permisos y patentes relacionados con el ejercicio de la actividad pesquera, y que deberá exigir la autoridad ambiental designada para el caso.

Aunado a lo anterior, el artículo 3 del Acuerdo precitado, señala que existirán además requisitos específicos dependiendo de la clase de permiso, además de los requisitos generales ya contenidos. En este sentido, serán permisos especiales el de pesca comercial industrial, el de procesamiento de los productos pesqueros, el permiso integrado de pesca, el de comercialización de productos pesqueros, el permiso de cultivo de peces, el permiso

de pesca de investigación, el de pesca comercial artesanal, el de pesca comercial ornamental y el de pesca deportiva.

Del mismo modo, el artículo 4 de este Acuerdo 009 de 2003 señala claramente que estos permisos para ejercer la actividad pesquera se otorgarán mediante un acto administrativo, y tendrán como característica que son intransferibles.

- **Permiso para contaminación o depredación del medio ambiente marino:**

Estos permisos se buscan cuando se quieren realizar acciones que puedan causar cierta contaminación al medio ambiente marino, ello conforme a lo dispuesto por el artículo 165 del Decreto 2811 de 1974.

- **Concesión para la generación de energía hidráulica, cinética o eléctrica:**

Aquí, toda persona natural o jurídica que busque una actividad de generación de energía hidráulica, cinética o eléctrica, deberá solicitar una concesión, ello deberá armonizarse también con el régimen de concesiones de aguas. Esto según lo establecido en el artículo 170 del Decreto 2811 de 1974.

### **3. Permisos para realizar estudios e investigaciones:**

A su vez, el artículo 56 del Decreto 2811 de 1974, consagra la posibilidad de otorgarse permisos para el estudio e investigación de los recursos naturales, en donde su propósito principal sea la proyección de obras o trabajos para su futuro aprovechamiento. Estos permisos únicamente podrán tener una duración máxima de dos (2) años.

En este punto se les otorga cierta prioridad a los titulares frente a otros solicitantes, respecto al otorgamiento del respectivo permiso<sup>511</sup>.

Y además de ello, en este tipo de permisos de estudio también se incluye la posibilidad de tomar muestras de los recursos naturales sobre los cuales verse dicho permiso, prohibiendo la comercialización de las muestras<sup>512</sup>. Adicionalmente, se exige que en caso de toma de muestras, se entregue a la autoridad ambiental competente una muestra igual a la obtenida, y si esta llegase a ser única, en un plazo razonable deberá ser entregada a la autoridad respectiva.

---

<sup>511</sup> La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-126 de 1998 se pronunció sobre este artículo declarándolo exequible.

<sup>512</sup> Artículo 57 del Decreto 2820 de 1974.

Por otro lado, el Decreto 2858 de 1981 regula parcialmente el artículo 56 del Decreto 2811 de 1974, declarando que las Corporaciones Autónomas Regionales podrán otorgar permisos especiales con el fin de realizar estudios de factibilidad sobre el aprovechamiento de las aguas con destino a la formulación de proyectos de riego, esto al nivel de fincas o grupos de fincas. Así, los titulares de este permiso podrán ser la primera opción respecto a otros solicitantes, con el fin de obtener la concesión de aguas.

Respecto a los permisos de estudio e investigación de los recursos naturales, debe mencionarse también el contenido de los artículos 48 y siguientes del Decreto 1791 de 1996, en donde se expone que es posible el otorgamiento de permisos para estudios de bosques naturales y de flora silvestre, siempre y cuando su propósito sea la proyección de obras o trabajos para su futuro aprovechamiento. Este tipo de estudios serán otorgados mediante acto administrativo debidamente motivado, expedido por la Corporación Autónoma Regional competente, una vez exista un estudio de viabilidad técnica respecto al estudio que realizará el solicitante.

Aunado a lo anterior, este tipo de permisos únicamente se extenderán a un área determinada y por un plazo específico para realizar el estudio, el cual no podrá ser superior a los dos (2) años.

Por otro lado, también está el permiso especial de investigación científica de los recursos de diversidad biológica, regulado por el artículo 2 del Decreto 309 del 25 de febrero del 2000, donde se consagra que toda persona natural o jurídica que pretenda adelantar un proyecto de investigación de carácter científico sobre la diversidad biológica, en donde se involucren actividades relacionadas con la colecta, recolecta, captura, caza, pesca, manipulación del recurso biológico y su respectiva movilización dentro del territorio nacional, deberá obtener un permiso especial de estudio en donde se incluirán todas y cada una de las actividades solicitadas. Para este permiso se exceptúa para las actividades relacionadas que realice el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y sus entidades adscritas o vinculadas, las Corporaciones Autónomas Regionales y sus entidades adscritas o vinculadas, las Corporaciones Autónomas de Desarrollo Sostenible y los grandes centros urbanos.

Además de ello, el Decreto precitado establece que el permiso de estudio para este tipo de casos tendrá una vigencia o término máximo de cinco (5) años, salvo para el caso de las investigaciones que pretendan proyectar obras o trabajos para el futuro aprovechamiento de los recursos naturales. Así mismo, respecto a la cesión de este permiso, el derecho que se

posee sobre este podrá ser cedido a otras personas, previa autorización de la autoridad ambiental competente que expidió el permiso respectivo.

Así mismo, este Decreto 309 de 2000 expone en su artículo 16 otro tipo de permisos de estudio con acceso a recursos genéticos. Así las cosas, cuando además del permiso de estudio con fines investigativos, se requiera del acceso a los recursos genéticos, sus productos derivados o componentes intangibles asociados a la temática, entonces la autoridad ambiental competente podrá otorgar un permiso de estudio para estos fines de acceso a los recursos genéticos, aunque deberá además, haberse autorizado dicho permiso por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

#### **4. Concesiones:**

Según lo dispuesto por el artículo 59 del Decreto 2811 de 1974, las concesiones sólo podrán ser otorgadas en los casos expresamente previstos en la ley.

Así las cosas, según lo dispuesto por la Sentencia C-250 de 2006. M.P. Hernando Herrera Vergara, por medio de la figura jurídica de la concesión, las entidades estatales podrán otorgarle a un particular la posibilidad de operar, explotar o gestionar un determinado bien o servicio originariamente estatal. Es necesario aclarar que estas labores se harán por cuenta y riesgo del concesionario pero bajo la vigilancia y control de la entidad estatal que otorga la concesión respectiva.

Adicionalmente, debe decirse que el hecho de otorgar una concesión sobre un bien o servicio de origen estatal, no implica necesariamente la transferencia del dominio al cesionario, conservando esta potestad la entidad pública<sup>513</sup>.

Respecto al término de duración del contrato de concesión, el artículo 60 del Decreto 2811 de 1974 señala que este deberá ser fijado teniendo en cuenta la naturaleza y duración de la actividad económica, complementado con el tiempo suficiente para que el concesionario tenga una rentabilidad esperada, respecto a la explotación del recurso natural.

Por último, frente al contenido del contrato de concesión, este tendrá la descripción del bien o del recurso sobre el cual versará la concesión, las cargas financieras que deberá sufragar

---

<sup>513</sup> Así, específicamente en materia de recursos naturales, como el agua, esta Corte ha especificado que la concesión simplemente otorga “el derecho al aprovechamiento limitado de las aguas, pero nunca el dominio sobre éstas, por lo cual *“aun cuando la administración haya autorizado la concesión, sin embargo, conserva las potestades propias que le confiere la ley para garantizar el correcto ejercicio de ésta, así como la utilización eficiente del recurso, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento de acuerdo con las prioridades que aquella consagra”*. Corte Constitucional. Sentencia T-379 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

el beneficiario de la concesión, las obligaciones en general del concesionario, los apremios si llegasen a incumplirse las obligaciones respecto al contrato de concesión, el término de duración, las disposiciones referentes a la restitución de los bienes cuando finalice la concesión, las causales de caducidad de esta y finalmente las garantías que deberán suscribirse para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario.

## **5. Permisos para aprovechamiento forestal:**

El aprovechamiento forestal se entiende como la extracción de productos de un bosque determinado. Según el tipo de aprovechamiento forestal, se deberá obtener un permiso determinado, ello conforme a lo dispuesto por los artículos 211 y siguientes del Decreto 2811 de 1974, como en el caso del aprovechamiento forestal único<sup>514</sup>, del aprovechamiento forestal doméstico<sup>515</sup>, de las concesiones y permisos del aprovechamiento forestal persistente<sup>516</sup>, y de los permisos de explotación forestal por el sistema de aserrío<sup>517</sup>.

- **Industrias forestales:**

Ahora bien, frente a las empresas de carácter forestal que realizan tareas de plantación, aprovechamiento, transformación o comercialización de bosques o productos primarios forestales, también deberán poseer un permiso especial con el fin de poder desarrollar este tipo de actividades relacionadas con su objeto<sup>518</sup>.

- **Permisos ambientales de los jardines botánicos:**

Según lo dispuesto por el Decreto 331 del 17 de febrero de 1998, podrá obtenerse un permiso ambiental de los jardines botánicos respecto al objeto que trata el artículo 4º de la Ley 299 de 1996

- **Permiso para la sustracción o redelimitación de reservas forestales nacionales o regionales.**

---

<sup>514</sup> “Los aprovechamientos forestales únicos de bosques naturales o artificiales, en baldíos y demás terrenos de dominio público, pueden hacerse directamente por la administración o por particulares mediante permiso (...)”. Artículo 218 del Decreto 2811 de 1974.

<sup>515</sup> “Son aprovechamientos forestales domésticos los que se efectúan exclusivamente para satisfacer necesidades vitales de uso doméstico. No podrá comerciarse en ninguna forma con los productos de este aprovechamiento. El aprovechamiento forestal doméstico deberá hacerse únicamente con permiso otorgado directamente al solicitante previa inspección, con un año de duración y con volumen máximo de veinte metros cúbicos anuales”. Artículo 215 del Decreto 2811 de 1974.

<sup>516</sup> “*Los aprovechamientos forestales persistentes de los bosques naturales o artificiales ubicados en baldíos y demás terrenos de dominio público pueden hacerse directamente o por administración delegada o mediante asociación, concesión o permiso (...)*”. Artículo 216 del Decreto 2811 de 1974.

<sup>517</sup> “*La explotación forestal por el sistema de aserrío en baja escala y con fines comerciales, adelantada directamente por campesinos que tengan en ella su única fuente de trabajo, como medio de subsistencia, necesita permiso otorgado directamente*”. Artículo 219 del Decreto 2811 de 1974.

<sup>518</sup> Artículo 225 y siguientes. Decreto 2811 de 1974.

Este tipo de permisos ambientales se aplican para personas que quieran desarrollar obras de carácter minero, de infraestructura y equipamiento, dentro de una zona delimitada como reserva nacional forestal, y que implique además un cambio en el uso del suelo.

Dicha autorización servirá para sustracción o redelimitación del área que se encuentre dentro de una reserva forestal determinada, con excepción de zonas de resguardos indígenas, territorios colectivos de comunidades negras, áreas del sistema de parques naturales, nacionales o regionales y zonas de reserva forestal de orden protector.

Este tipo de permisos se encuentran regulados por el Decreto 2811 de 1974, el Decreto 216 de 2003 y la Resolución 763 de 2004.

- **Permiso para la tala de especies con veda.**

Este tipo de permisos aplican para toda persona que pretenda talar especies con veda en predios de propiedad del Estado colombiano.

Aquí, deberá determinarse con exactitud cuál es el área que se destinará a la tala, junto con un estudio técnico de las especies, volumen, cantidad o peso aproximado de los especímenes que se pretenden talar.

Este tipo de permisos se justifican por virtud de la Ley 99 de 1993, el Decreto 2811 de 1974 y el Decreto 1791 de 1996.

## **6. Otros permisos.**

- **Permiso para el uso temporal de partes delimitadas de recursos naturales renovables de dominio público:**

Este tipo de permisos se utilizan para la utilización de los recursos naturales renovables que pertenecen a la Nación y son de su pleno dominio, según lo dispuesto por el artículo 54 del Decreto 2811 de 1974 – Código Nacional de Recursos Naturales.

- **Permiso para la explotación de materiales de arrastre por particulares:**

Este tipo de permisos se utilizan para la extracción de materiales tales como cascajo, piedra o arena, los cuales se encuentran en lechos, playas o cauces de las corrientes de agua. Su

regulación se encuentra enmarcada en el artículo 99 del Decreto 2811 de 1974 – Código Nacional de Recursos Naturales Renovables<sup>519</sup>.

- **Permiso para explotación de material de arrastre para obras públicas que se ejecuten por parte de entidades oficiales:**

Estrechamente relacionado con el permiso anterior, este tipo de permisos buscan la extracción de materiales tales como el cascajo, arena, piedra u otro en las playas o cauces de las corrientes de agua, para fines de una entidad pública y ejecutado también por otra entidad. Este tipo de permisos también se encuentran dentro de las estipulaciones normativas contenidas en el artículo 99 del Decreto 2811 de 1974.

- **Permiso para la disposición de residuos sólidos:**

Este tipo de permisos se utilizan para aprovechar o almacenar temporalmente residuos sólidos que requieran del uso y aprovechamiento de los recursos naturales. De la misma forma, la disposición final que se haga de los subproductos no aprovechables de este proceso, deberán ser destinados conforme a lo dispuesto en el sistema de disposición final que debió haber sido autorizado por la autoridad ambiental competente<sup>520</sup>. Este procedimiento de licencia deberá ir armonizado con el Decreto 838 de 2005 y el artículo 35 del Decreto 2811 de 1974.

- **Solicitud de autorización para el movimiento transfronterizo de residuos peligrosos (exportación y tránsito):**

Este tipo de solicitudes se aplican para toda persona natural o jurídica que pretenda realizar cualquier tipo de movimientos transfronterizos de desechos. En otras palabras que requieran la introducción al territorio colombiano de este tipo de desechos procedentes de Estados parte de la Convención de Basilea, ello conforme a lo dispuesto por la Ley 99 de 1993 y la Ley 253 de 1996.

- **Autorización para el desarrollo de actividades con Organismos Vivos Modificados - OVM**

Según lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto 4525 de 2005, toda persona que requiera adelantar una o varias actividades relacionadas con el movimiento transfronterizo, de tránsito, manipulación y utilización de Organismos Vivos Modificados – OVM, que puedan

---

<sup>519</sup> Sandra Lucía Rodríguez Rojas y Naryan Fernando Alonso Bejarano. Mecanismos jurídicos de la protección ambiental. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá – Colombia. p. 167.

<sup>520</sup> Parágrafo 6, artículo 9 del Decreto 1220 de 2005.

tener efectos perjudiciales o riesgosos para el medio ambiente, la diversidad biológica, la salud humana y la producción agropecuaria, deberá solicitar la autorización previa ante la autoridad ambiental competente.

Así mismo, la autoridad ambiental deberá evaluar el riesgo teniendo en cuenta los criterios e instrumentos de acuerdo con los avances técnicos y científicos disponibles, ello con el objeto de identificar los riesgos y su magnitud, la probabilidad de su ocurrencia, los efectos directos e indirectos sobre la salud humana, el medio ambiente, la biodiversidad, la productividad agropecuaria y en el momento en que se requiera.

- **Permiso para la exportación e importación de especímenes o muestras de la diversidad biológica:**

Según las normas consagradas en los artículos 18 y siguientes del Decreto 309 de 2000, se plantea que los titulares de un permiso de estudio que requieran de la exportación o importación de cierto tipo de especímenes o muestras de diversidad biológica colombiana, ello con fines netamente investigativos, deberán realizar una solicitud ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el cual expedirá el respectivo permiso.

Para solicitar este tipo de permiso, los titulares deberán acreditar además la obtención legal de los especímenes o muestras y la utilización de estos últimos sólo podrá sujetarse a lo dispuesto por el acto administrativo que otorga el permiso.

- **Solicitud de autorización para la importación, exportación o reexportación de productos de la diversidad biológica, contempladas en los apéndices CITES.**

Este tipo de permiso o autorización lo requiere toda persona natural o jurídica que pretenda desarrollar actividades relacionadas con la importación, exportación o reexportación de especímenes de la diversidad biológica que se encuentran listadas en los apéndices de la Convención CITES.

#### **2.2.5. Mecanismos económicos para prevención de daños ambientales y contaminación.**

Además de la aplicación de mecanismos de carácter administrativo para regular y controlar los riesgos, también están los mecanismos de naturaleza económica que sirven como complemento de las normas anteriormente expuestas, en tal razón, la conjugación de

medidas eficaces de carácter económico, administrativo y social podrán ser utilizadas como herramienta eficaz para prevenir la consecución de riesgos ambientales. A continuación se hará alusión a algunos de los mecanismos económicos que la administración pública eventualmente podría utilizar:

#### **A. Tasas retributivas por carga contaminante.**

Se paga por parte del sujeto activo o contaminante una determinada suma de dinero por unidad de carga contaminante que produzca, este procedimiento tiene ciertas ventajas: se crea un ambiente propicio para la reducción de las cargas contaminantes con el fin de ahorrar costos, se incentiva además a las industrias para que estas a su vez inviertan en tecnologías que permitan causar una menor contaminación. Estos objetivos se logran siempre y cuando las tasas retributivas sean lo suficientemente altas como para que la empresa pueda hacer una comparación de costo-beneficio. Además el pago de dichas tasas puede representar para el Estado ingresos significativos que deben destinarse hacia normas jurídicas de protección ambiental. Estas tasas retributivas deben ser calculadas teniendo en cuenta:

*“La calidad ambiental y capacidad de resiliencia del medio receptor. El volumen y grado de toxicidad y biodegradabilidad de los vertidos y emisiones. Los efectos directos e indirectos sobre el medio receptor causados por el vertido o emisión en el inmediato y largo plazo. Los costos para recuperar la calidad que el medio receptor tenía antes de los vertidos o emisiones; y, en general, los impactos provocados sobre cada una de las variables ecológicas propias de cada medio...”<sup>521</sup>.*

#### **B. Impuestos diferenciales y sobrepuestos.**

En este sentido, los impuestos diferenciales y sobrepuestos se utilizan principalmente para estimular la producción y el consumo de productos ambientalmente sanos, por medio de la fijación de impuestos más gravosos a aquellos productos que puedan producir daños ambientales, por ejemplo los gravámenes que se impusieron a la gasolina con plomo sobre la que no lo poseía<sup>522</sup>. Este sobrepuesto en el producto contaminante no debe entenderse como un impuesto sino un gravamen que desestimula el consumo de ciertos productos, el productor a su vez, por un proceso económico-racional decide invertir en la producción de productos ambientalmente sanos.

---

<sup>521</sup> José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. El Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 70 – 71.

<sup>522</sup> Esta práctica se popularizó en toda Europa.

## 2.2.6. Participación ciudadana como método de prevención y protección del medio ambiente.

El daño, y la protección que se le ha dado a este último relacionado con el medio ambiente, ha sido normalmente un asunto exclusivo de la policía ambiental. Los particulares aun no han asumido el problema, ni siquiera se han visto avances para lograr siquiera su participación en las actuaciones administrativas<sup>523</sup>. Esta ausencia de la sociedad civil dentro de la problemática medioambiental ha mostrado como consecuencia el incumplimiento generalizado de las normas que regulan el tema ambiental y la indiferencia frente a las sanciones que la ley y la administración les han impuesto a los contaminadores que no cumplen. Aunque aquí en Colombia, se está viendo en forma paulatina un progreso en el tema, lo cual implica la toma de responsabilidad y la concientización de la problemática medioambiental por parte de la sociedad civil<sup>524</sup>. La importancia de la participación de la comunidad a la hora de prevenir los daños ambientales, es expuesta claramente por la Doctora VIVIANA ROJAS<sup>525</sup>, asesora del Viceministro del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, donde en entrevista, esta señala la necesidad de que la ciudadanía juegue un papel preponderante a la hora de prevenir riesgos ambientales:

*“: En el tema de la participación es en el sector ambiental, la constitución política trae una serie de mecanismos de participación, pero es en el sector ambiental donde se han desarrollado a través de la ley 99 de 1993, otra cosa ya es medir la efectividad o no, es decir la eficacia de esa participación, si esta es una participación real o no, el tema de dar respuestas a la problemática. Creo yo que al decir que se ha avanzado, en la participación es donde más se ha consolidado, donde mas organizaciones no gubernamentales se tienen trabajando en el tema de veedurías ciudadanas constituidas, para hacer seguimiento a proyectos, participación directamente de la comunidad a través de audiencias públicas, el tema de la consulta previa con las comunidades indígenas, y afro descendientes, es también otro de los mecanismos donde se ve una amplia participación de estas comunidades, entonces creo yo que ha sido un buen desarrollo de la participación, no tanto como quisiéramos ya en la esencia de las decisiones finales, pero es poco a poco que se ha ido desarrollando esa cultura de la participación en el tema ambiental.”.*

Aunado a lo anterior, en el lapso de los años setenta y ochenta se intentó conseguir la protección del medio ambiente a través de las medidas de policía aplicadas por la

---

<sup>523</sup> Fundación Friedrich Ebert de Colombia, y CEREC, Derecho y Medio Ambiente. Publicado por la Corporación Ecológica y Cultural “Penca de Sábila”, Serie Ecológica No. 4. Grupo Editorial 87. Editorial Presencia. Bogotá-Colombia. 1992. p. 228.

<sup>524</sup> *Ibidem*. p. 230.

<sup>525</sup> Entrevista realizada el día 26 de noviembre de 2010.

administración, fijando no sólo autorizaciones, sino también métodos para conseguir límites de calidad<sup>526</sup>, mostrándose un modelo de intervencionismo administrativo. Como consecuencia de estas normas encontramos que se presenta una mayor seguridad jurídica y control, respecto de las actividades de la administración, agregándole a esto la consecución de mayores garantías de aplicación del principio de prevención, principalmente para situaciones críticas de riesgo<sup>527</sup>.

Un obstáculo fundamental a la participación ciudadana, tiene que ver con el difícil acceso que tiene el ciudadano a la información ambiental, esta última se muestra sensiblemente compleja máxime cuando sus conceptos son permeados con elementos científico-tecnológicos<sup>528</sup>, tal y como lo expone en entrevista, la Doctora VIVIANA ROJAS<sup>529</sup>, al exponer el papel fundamental que juega la información para la participación ciudadana:

*“Quien tiene la información, tiene el poder, y las comunidades tienen mecanismos para acceder a la información. Hay problemas, sí, en el sentido que hay información de carácter muy técnico que hace muchas veces difícil para las comunidades entrar a depurarla y analizarla conforme a conceptos técnicos, jurídicos claros y coherentes. Pero vemos como las comunidades se han asesorado muy bien de Universidades, de algunos grupos de presión que conocen de estos temas, pero por supuesto que estas serán las que más conozcan de algún riesgo en un proyecto, una obra o una actividad, puedan afectarlos”.*

Por la razón anteriormente expuesta, se busca un sistema de información sincero y transparente, que estimule la participación ciudadana en procesos de toma de decisiones por parte de las autoridades estatales<sup>530</sup> y a su vez se planteen también mecanismos efectivos para que los ciudadanos de los distintos Estados estén llamados a colaborar con los poderes públicos en la formulación de todas las acciones necesarias de índole preventiva para así proteger al medio ambiente<sup>531</sup>.

Dentro de estos mecanismos de participación ciudadana con fines de prevención de riesgos ambientales encontramos:

---

<sup>526</sup> Alba Nogueira López, Ecoauditorías, Intervención Pública Ambiental y Autocontrol Empresarial. Monografías jurídicas, Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid-España. 2000. p. 25.

<sup>527</sup> *Ibidem*. p. 26.

<sup>528</sup> José Luis Serrano Moreno. Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica. Editorial Comares. Granada-España. 1992. p 154.

<sup>529</sup> Entrevista realizada el día 26 de noviembre de 2010.

<sup>530</sup> Julio Cesar Rodas Monsalve. Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano. Segunda reimpresión, Tercer mundo editores en coedición con ediciones Uniandes. Bogotá-Colombia. 1997. p178.

<sup>531</sup> Manuel José Terol Becerra. Espacios Naturales Protegidos y Medio Ambiente. Sobre la Sustantividad de las Materias Competenciales. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid-España. 2002. p. 106

## A. Acciones populares.

En virtud del artículo 9º de la ley 472 de 1998, se establece que “*Las Acciones Populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos o intereses colectivos*”. En este sentido, las acciones populares resultan procedentes también cuando se detecte una amenaza del derecho colectivo, entonces se aplica como un mecanismo de carácter preventivo para así evitar la ocurrencia de un daño<sup>532</sup>, tal y como lo dispuso la Corte Constitucional al permitir la condena de perjuicios por causa de un daño que aún no se había presentado, señalando que:

*“El artículo 88 superior prevé la existencia de la acción popular para prevenir la vulneración de derechos colectivos, pero no sólo también establece otras acciones para reparar los daños a intereses colectivos sino que, además, en ningún momento prohíbe que fuera de esas dos acciones constitucionales existen otros mecanismos judiciales para salvaguardar dichos derechos colectivos, ya sea evitando su vulneración, o ya sea reparando los daños ocasionados. Es más, explícitamente el artículo 89 superior establece que además de los mecanismos de protección de los derechos constitucionales expresamente consagrados en la Carta, la ley deberá desarrollar otros recursos, acciones y procedimientos para la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos”*<sup>533</sup>.

Continuando con las características de estas acciones, la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia discutió la necesidad de darle a las acciones populares una relevancia constitucional como mecanismo de prevención de daños, para trascender del campo eminentemente administrativo para llegar a ser regulada por una norma jerárquicamente superior, como lo es nuestra carta política<sup>534</sup>:

*“Un paso fundamental en el desarrollo de un nuevo derecho solidario, que responda a nuevos fenómenos de la sociedad, como es el daño ambiental, los perjuicios de los consumidores, los peligros a que se ven sometidas las comunidades en su integridad física y patrimonial, los daños que le causan a las mismas por el ejercicio abusivo de la libertad económica, sin consideración a conductas comerciales leales y justas”*<sup>535</sup>.

---

<sup>532</sup> Marianella Martínez Vergara y Sara Helena Trujillo Hernández. Tesis. Las Acciones Populares en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana, Departamento Procesal. Bogotá-Colombia. 2001. p. 97

<sup>533</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-032 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre L.

<sup>534</sup> Julio Cesar Rodas Monsalve. Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano. Segunda reimpresión, Tercer mundo editores en coedición con ediciones Uniandes. Bogotá-Colombia. 1997. p. 94-95.

<sup>535</sup> Véase Proyecto de Acto Reformatorio No. 62. Derechos Colectivos, Medio Ambiente y Acciones Populares. Delegatarios de Guillermo Perry, Horacio Serpa y Eduardo Verano. *Gaceta Constitucional No. 22*, marzo 18 de 1991.

De esta forma las acciones populares, dados los derechos amparados a través de ella, no exigen como requisito la existencia de un daño o perjuicio, ofreciendo a su vez mayores oportunidades de defensa del ecosistema, constituyéndose así como una herramienta fundamental en la lucha contra los daños ambientales.

Esta acción también se consagró en la Ley 472 de 1998 estableciendo que *“Las acciones populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”*.

Como se enunció anteriormente, aparte del carácter preventivo que poseen las acciones populares, estas también cuentan con características de corte resarcitorio cuando el daño ya se ha presentado, esto lo podemos encontrar en el artículo 34 también de la Ley 472 de 1998 el cual reza:

*“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 a 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. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Igualmente, fijará el monto del incentivo para el actor popular.*

(...)

*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”*.

Así, nos encontramos frente a una normatividad de corte no sólo preventiva, sino además resarcitoria, donde una vez ocasionado el daño, resulta necesario repararlo y una de las formas de hacerlo es por medio de la restitución indemnizatoria<sup>536</sup>.

En este sentido, respecto a los derechos colectivos que se relacionan directamente con el principio de precaución y la prevención ambiental, para ser protegidos por medio de la acción popular, encontramos los siguientes:

---

<sup>536</sup> Enrique González Villa. Derecho Ambiental Colombiano. Parte General. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2006. p. 199.

Derecho al ambiente sano<sup>537</sup>: este derecho se encuentra señalado en el literal a, del artículo 4º de la Ley 472 de 1998. Este derecho a su vez se encuentra íntimamente ligado con el literal c, de la misma norma, referente al “*equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales*”.

En nuestra actualidad, se considera seriamente el derecho al medio ambiente como un prerrequisito para la consagración de los demás derechos humanos, proponiendo así a la sociedad, llegar al concepto ambiental de desarrollo sostenible. Por lo anterior, cualquier violación al derecho al ambiente sano puede ser objeto de acciones populares<sup>538</sup>.

Derecho a la seguridad y salubridad públicas<sup>539</sup>: este derecho colectivo se encuentra reseñado en el literal h, del artículo 4º de la misma Ley 472 de 1998, según el cual en primer lugar, la seguridad hace alusión al conjunto de condiciones por medio de las cuales se podría llegar a mitigar peligros de la comunidad, especialmente en temas de prevención de desastres.

Ahora bien, frente a la salubridad pública, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

*“Respecto a la salubridad pública, cabe que este concepto se concreta en la salud de cada uno de los asociados. Se trata del paso de aquello que es formal –la salud- a lo que es real: vivir en condiciones saludables. Puede decirse, entonces, que salubridad significa el acto de ser de la salud, es decir, el acto por medio del cual el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. No se trata, pues, de una manifestación potencial, sino de una actual. Ahora bien, al ser la salubridad pública una noción que implica la realización total de la salud, supone la presencia previa de la salud individual.*

*En consecuencia, resulta aplicable el principio de que la lesión de la parte afecta la del todo; asimismo, la lesión del todo (salubridad) es necesariamente la lesión de la parte (salud individual). Si hay una vulneración grave e inminente a la salubridad pública, puede suponerse que la parte que tenga un interés legítimo en restablecer un derecho que, si bien es cierto es colectivo, también la afecta como singularidad, única e irrepetible....”*<sup>540</sup>.

---

<sup>537</sup> Marianella Martínez Vergara y Sara Helena Trujillo Hernández. Tesis, Las Acciones Populares en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana, Departamento Procesal. Bogotá-Colombia. 2001. p. 49

<sup>538</sup> *Ibíd.* p. 54

<sup>539</sup> *Ibíd.* p. 70

<sup>540</sup> Sentencia de la Corte Constitucional T-066 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

## **B. Acción de cumplimiento.**

Mediante la aplicación de la acción de cumplimiento prevista en el artículo 87 de la Constitución Política de Colombia<sup>541</sup>, que a su vez es desarrollada por la Ley 393 de 1997, se puede acudir a esta herramienta para evitar un perjuicio de entidad grave e inminente para el accionante, ello con el fin de solicitar a la autoridad judicial competente la expedición de una orden dirigida a la autoridad que corresponda, con el fin de constituirle en renuencia respecto a la protección de derechos, especialmente los colectivos, concretándose así la aplicación de criterios precautorios dentro de esta herramienta jurídica<sup>542</sup>.

## **C. Consulta previa.**

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se reconoce que la nación está configurada en un contexto de diferentes etnias y culturas, reconocida cada una como una unidad y a su vez como pueblos autónomos, los cuales son sujetos de derechos y deberes plenamente diferenciados. A partir de la promulgación de esta Carta Política, comenzaron a emplearse fundamentos jurídicos relativos a la discriminación positiva a favor de los grupos indígenas y minorías étnicas, con el fin de lograr algún día la igualdad real y no simplemente formal de estos pueblos<sup>543</sup>.

Estas normas de discriminación positiva deben ir acompañadas de acciones afirmativas, consagradas éstas también dentro de la Constitución Política, donde en el artículo 70 se establece el principio de igualdad de las culturas, al igual que los siguientes artículos: el 10, sobre la oficialidad de las lenguas indígenas; el 96, sobre el tratamiento de los indígenas que viven en nuestro territorio como nacionales colombianos; el 176 referente a la facultad del legislador para crear circunscripciones especiales; el 329, promoviendo además sus autogobiernos conformados y reglamentados por usos y costumbres propios; el 330, relativo al derecho de los indígenas a que la explotación de los recursos naturales en sus territorios se haga sin detrimento de su integridad cultural, social y económica, promoviendo además la participación de los representantes de estos pueblos en las decisiones respecto a esta explotación<sup>544</sup>.

---

<sup>541</sup> “*Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido*”. Constitución Política de Colombia, artículo 87

<sup>542</sup> Martha Lucia Ovalle Bracho y Zelba Nidia Castro de Pérez, El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.

<sup>543</sup> Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Consulta Previa: “principios, enfoque metodológico e instrumentalización”, Experiencias compartidas y lecciones aprendidas. Bogotá-Colombia. 2008. p. 56

<sup>544</sup> *Ibidem*. p. 61

Como complemento de las disposiciones constitucionales referentes a la temática de la consulta a comunidades étnicas, en primer término encontramos el Convenio No. 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. En su artículo 6° se dispone que los gobiernos tendrán la responsabilidad de:

1. Consultarles a los pueblos indígenas por medio de procedimientos apropiados cada vez que se impongan medidas ya sean administrativas o legislativas que puedan afectarles a estos en forma directa.
2. Crear medios de participación de estos pueblos indígenas en forma libre, en condiciones que por lo menos sean equivalentes a otros sectores de la población.
3. Establecer medios idóneos para el desarrollo de las instituciones propias de las comunidades indígenas<sup>545</sup>.

Se especifica además en esta norma respecto a las consultas que estas deben realizarse con fundamento en el principio de buena fe apropiado a cada circunstancia, todo con el fin de poder llegar a acuerdos concertados acerca de las propuestas realizadas.

En el mismo sentido, en el artículo 7° se consagra el derecho de los pueblos indígenas a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo tanto a nivel nacional como regional que les afecten en forma directa.

Cabe anotar por último, que en virtud del artículo 34 también del Convenio antes referido, se estipula que el alcance de las medidas que se vayan a adoptar para darle efectos jurídicos a las disposiciones de ese Convenio, deben determinarse por medio de la discrecionalidad y flexibilidad otorgada por cada Estado, pero sin dejar de cumplirse con el objeto esencial de sus obligaciones respecto al deber de garantizar la participación de estos pueblos. De esta manera y conforme a la organización particular del Estado colombiano, es en principio el constituyente y el legislador quienes deben cumplir con dicha obligación internacional desarrollando normas acordes a los preceptos señalados en el Convenio<sup>546</sup>.

El segundo instrumento jurídico que complementa la estructura de la consulta previa es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada por Resolución de la asamblea general de las Naciones Unidas el día 13 de septiembre de 2007. Particularmente en el artículo 8° de esta Declaración se consagra la obligación de los

---

<sup>545</sup> *Ibíd.* p. 7.

<sup>546</sup> *Ibíd.* p. 181.

Estados de prevenir y/o resarcir todo acto que se dirija a privar a los indígenas de su integridad como pueblos diferentes, de todo acto que tenga como finalidad la enajenación de sus tierras o de sus recursos, de toda forma de traslado forzado de la población indígena con el fin de menoscabar sus derechos, entre otros<sup>547</sup>.

Aunado a lo anterior, en virtud del artículo 18 de la Declaración, se consagra el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones que puedan afectarles potencialmente, esto por conducto de sus propios representantes.

Seguidamente, en el artículo 19 se señala expresamente el deber de los Estados de celebrar consultas de buena fe con los indígenas por medio de sus instituciones representativas, antes de aplicar medidas normativas ya sean estas de carácter administrativo o legislativo tendientes afectarlos en forma directa, ello con el fin de poder obtener el consentimiento de estos pueblos de manera libre, previo e informado<sup>548</sup>.

Tenemos así dos posiciones contrapuestas que deben ser conciliadas: por un lado está la posición de desarrollo económico con una visión neoliberal y por el otro lado está la posición de los pueblos indígenas, en donde no posee una racionalidad girando en torno al proceso económico, sino por el contrario, su pensamiento está dirigido hacia otro tipo de prioridades. En últimas esto implica la ponderación de condiciones de sujetos distintos, con culturas distintas y concepciones disímiles frente al territorio y al medio ambiente<sup>549</sup>.

De este artículo 19 relativo a la consulta también se desprenden las siguientes prioridades:

Respetar el derecho a la vida, integridad física y mental, libertad y seguridad de estos pueblos indígenas, así como también la necesidad de no sufrir asimilaciones forzadas para destruir su cultura, como también a no ser desplazados por la fuerza de sus tierras. Por ello se encuentra prohibido cualquier traslado que pueda surtirse por parte de estos pueblos sin contar con su consentimiento libre, previo e informado. Para garantizar todas estas prioridades, el Estado tiene el deber de establecer mecanismos eficaces de prevención para conservar la identidad étnica, evitar el desplazamiento forzado, y la violación de sus derechos fundamentales<sup>550</sup>.

Por lo anterior, con el fin de garantizar la igualdad de los indígenas respecto a los demás pueblos, resulta una necesidad asumir normas referentes a la consecución de una

---

<sup>547</sup> *Ibíd.* p. 22-25

<sup>548</sup> *Ibíd.* p. 28

<sup>549</sup> *Ibíd.* p. 45

<sup>550</sup> *Ibíd.* p. 48

discriminación positiva, donde una de ellas es la consulta previa. Así, se consagran una serie de derechos con el fin de lograr esa igualdad real, entre estos está el artículo 20 de la Declaración de las Naciones Unidas, en donde se expone la necesidad de participación plena de estos pueblos, por medio de procedimientos determinados por ellos mismos, en la elaboración de medidas legislativas y administrativas que los puedan afectar<sup>551</sup>.

Al tiempo que se deben constituir medidas eficaces que logren una igualdad real de los pueblos indígenas hacia el resto, también debe defenderse el derecho de estos pueblos a la diferencia, para valorar también otras formas de existencia cultural alterna, con el fin de poder participar en las decisiones que puedan afectarlos<sup>552</sup>.

Continuando con el análisis de la Declaración de las Naciones Unidas, también en su artículo 30, se disponen mecanismos de participación de estas comunidades, entendiéndose que en casos en los cuales un Estado pretenda utilizar las tierras de los pueblos indígenas para actividades militares, antes de ejecutar dichas acciones debe celebrarse consultas con los pueblos y comunidades indígenas por medio de sus instituciones representativas<sup>553</sup>.

El artículo 38 de la Declaración al igual que lo dispuesto en el artículo 34 del Convenio de la OIT, consagra que las normas de consulta deben ser basadas en la declaración de voluntad preferentemente por medios legislativos, acompañándose este proceso por conducto de organismos especializados en el tema pertenecientes al sistema de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales, quienes serán los encargados de contribuir a la realización de estos fines de consulta previa, además de prestar toda la ayuda financiera y técnica necesaria<sup>554</sup>.

La tercera fuente de proporción de elementos estructurales de la consulta previa se basa en la jurisprudencia, principalmente la realizada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Estas altas corporaciones disponen que la consulta previa se aplica para casos en que se vayan a tomar medidas legislativas o de naturaleza administrativa que sean susceptibles de afectar en forma directa a las comunidades; también aplica cuando se vayan a tomar decisiones sobre temas de explotación de recursos naturales dentro de territorios indígenas o de comunidades negras; cuando se vayan a otorgar licencias o permisos ambientales para la ejecución de obras o diferentes proyectos, aquí estas comunidades étnicas deben además formar parte de los estudios de impacto ambiental; o cuando se vayan a determinar las áreas indígenas restringidas en las zonas mineras indígenas<sup>555</sup>.

---

<sup>551</sup> *Ibidem.* p. 38

<sup>552</sup> *Ibidem.* p. 41

<sup>553</sup> *Ibidem.* p. 49

<sup>554</sup> *Ibidem.* p. 38

<sup>555</sup> *Ibidem.* p. 119.

Por su parte, la Corte Constitucional ha dispuesto que en virtud de lo expresado por los artículos 329 y 330 de la Constitución Política de Colombia, existe una obligación en cabeza del Estado de consultar de forma previa a los grupos étnicos siempre que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas donde puedan verse afectados en forma directa, en contraposición con medidas normativas previstas para afectar de manera uniforme a la generalidad de los colombianos, en donde no cabe la ejecución de la consulta previa<sup>556</sup>.

Según la Corte Constitucional, los requisitos para aplicar la consulta previa para las medidas de carácter administrativo son los siguientes:

1. La comunidad étnica debe tener un conocimiento pleno de los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios.
2. Esta también debe tener conocimiento sobre la manera de ejecución de los proyectos y si estos pueden en forma potencial menoscabar su situación social, cultural, económica, jurídica, ambiental o de otra índole.
3. Además de ello, también debe ofrecerse la oportunidad a la comunidad étnica para que esta última valore conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto, teniendo derecho además a ser oída en sus opiniones o inquietudes, además de tenerse en cuenta su pronunciamiento sobre la viabilidad de dicho proyecto<sup>557</sup>.

Y sobre la aplicación de la consulta previa en las medidas de naturaleza legislativa, la Corte Constitucional se pronunció por ejemplo sobre la inexequibilidad de la ley general forestal, ello en razón de que esta ley afecta directamente a las comunidades indígenas, aún sin estar estas circunscritas a la delimitación o explotación de recursos naturales dentro de sus territorios. Así las cosas, según el Tribunal Constitucional, así se trate de medidas legislativas, debe consultarse con las comunidades sus efectos siempre que les afecten directamente, independientemente si el efecto es positivo o negativo<sup>558</sup>.

En síntesis, según la Corte Constitucional para que se cumpla con el requisito de la consulta previa dentro del desarrollo de medidas legislativas debe ponerse en conocimiento la norma propuesta a las comunidades indígenas afectadas ya sea por intermediación de sus

---

<sup>556</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-030 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil

<sup>557</sup> Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Consulta Previa: “principios, enfoque metodológico e instrumentalización”, Experiencias compartidas y lecciones aprendidas. Bogotá-Colombia. 2008. p. 81

<sup>558</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-030 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil

representantes y además ilustrarlas sobre su alcance y consecuencias, otorgándoles además la oportunidad para que estos puedan pronunciarse sobre el tema<sup>559</sup>.

Continuando con esta problemática, la Corte además ha recalcado que con base en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT sobre la consulta previa, este instrumento no sólo debe aplicarse en casos de explotación de recursos naturales existentes en territorio indígena, sino que debe hacerse extensiva para todas las decisiones administrativas y legislativas que afecten o involucren los intereses propios de estas minorías, aún si son circunstancias diferentes a las señaladas en el artículo 330 de la Constitución Política<sup>560</sup>:

Ahora bien, con base en las directrices dadas por las normas antes referidas, resulta necesario también desarrollar cada uno de los elementos que estructuran el sistema de la consulta previa como un derecho fundamental de las comunidades indígenas:

- En primer término, vale la pena decir que el proceso de consulta previa hace relación al derecho a la libre determinación y el consentimiento que poseen los pueblos indígenas, consagrados en la carta de las Naciones Unidas, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el pacto internacional de derechos civiles y políticos. En virtud del cual la autodeterminación de los grupos étnicos al interior de los Estados debe ser con el fin de poder elegir sus propias autoridades, las cuáles poseerán competencias y medios idóneos para poder legislar y administrar sus asuntos propios, así como el manejo de los recursos naturales del suelo, subsuelo y espacio aéreo que se encuentren en su territorio<sup>561</sup>.

La autodeterminación o “*libre determinación*”, debe estar ligada necesariamente al consentimiento, en el sentido de poder aprobar o desaprobado una determinada medida administrativa o legislativa dentro del territorio indígena, como muestra de representación práctica de un autogobierno<sup>562</sup>. Así, se permite a los miembros de los grupos indígenas al control efectivo sobre su territorio, sobre su desarrollo económico, social y cultural, por medio de criterios de autonomía<sup>563</sup>.

- En segundo término, la consulta previa parte de la participación de los indígenas, los grupos afrodescendientes y demás minorías, para intervenir en las diferentes instancias

---

<sup>559</sup> Grupo Semillas. Revista No. 36/37. Contexto: la participación y consulta previa “La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia”. Ver <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=I1---&x=20156105> Página consultada el día 8 de agosto de 2010.

<sup>560</sup> Sentencia de la Corte Constitucional T-737 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis

<sup>561</sup> Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Consulta Previa: “principios, enfoque metodológico e instrumentalización”, Experiencias compartidas y lecciones aprendidas. Bogotá-Colombia. 2008. p. 53.

<sup>562</sup> *Ibidem*. p. 54

<sup>563</sup> *Ibidem*. p. 66

públicas de toma de decisiones, ello con el fin de poder incidir en los asuntos de índole jurídica, económica, cultural y social que les conciernan ya sea en forma directa o indirecta. Según lo dispuesto por los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT<sup>564</sup>, la consulta no se refiere a un permiso como tal, su interpretación va mucho más allá, dirigida a la participación e intervención activa en las decisiones que les afecten a sus territorios. Con base en la consulta que se les haga a los pueblos indígenas, se conforma el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe a dicho proceso que quiere seguirse dentro de su territorio, toda vez que va a afectar directamente sus vidas, creencias, instituciones y demás elementos intrínsecos de su comunidad, así podrán también controlar de alguna manera su propio desarrollo económico, social y cultural.

Por lo anterior, y como ejemplo de la importancia de la consulta, al ser esta un instrumento que sobrepasa la visión de ser un requisito procedimental, en la sentencia de la Corte Constitucional SU - 039 de 1997 referente a la expedición de una licencia ambiental para la ejecución de un proyecto de prospección sísmica dentro del territorio de la comunidad indígena U'wa, se concluye por parte de este pueblo que si bien la consulta previa se inició conforme a lo estipulado en las normas que regulan la materia, esta no se agotó, máxime si su voluntad siempre fue la de oponerse a la ejecución del proyecto dados los riesgos que entraña para la supervivencia de ese grupo étnico, por los cambios radicales en su entorno físico y condiciones culturales, económicas y cosmogónicas<sup>565</sup>.

A su vez, la Corte acepta este señalamiento y expone que la licencia ambiental para la ejecución del proyecto de prospección sísmica debe concederse con la realización previa de la consulta requerida a las comunidades indígenas afectadas. Si bien este procedimiento de consulta se inició, como se pudo probar no pudo concluir antes de la concesión de la licencia ambiental sino de forma posterior a ella y por ende, actuaciones que se surtan en forma posterior al otorgamiento de dicha licencia, dirigidas a suplir la carencia de esta no poseen valor alguno. Por ende, según la Corte Constitucional, el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental se cumplió irregularmente, desconociéndose de esta manera los derechos fundamentales del pueblo U'wa sobre la consulta que debía realizarse tanto en el plano formal como también sustancialmente, vulnerándose de esta manera sus derechos a la participación, a la integridad y al debido proceso.

---

<sup>564</sup> Las disposiciones contenidas en la Organización Internacional del Trabajo – OIT, forman parte del llamado bloque de constitucionalidad, por ende su aplicación debe ser vinculante para el Estado.

<sup>565</sup> Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Consulta Previa: “principios, enfoque metodológico e instrumentalización”, Experiencias compartidas y lecciones aprendidas. Bogotá-Colombia. 2008. p. 163

En síntesis, la consulta previa como medio de participación debe aplicarse en los siguientes casos<sup>566</sup>:

1. Cuando se pretendan tomar medidas de naturaleza legislativa o administrativa las cuáles vallan a afectar en forma directa a las comunidades indígenas o pueblos afrodescendientes.
  2. Cuando se vallan a ejecutar proyectos de prospección o explotación de recursos naturales dentro de territorios pertenecientes a los pueblos indígenas o de las comunidades afrodescendientes.
  3. Cuando se vaya a determinar las áreas indígenas restringidas dentro de las zonas mineras indígenas.
  4. Cuando se busque trasladar o reubicar a pueblos indígenas o afrodescendientes de sus territorios tradicionales.
  5. Cuando se vayan a ejecutar y diseñar programas correspondientes a formación en el nivel profesional para estas comunidades.
  6. Cuando se pretenda adoptar un menor de edad indígena.
  7. Cuando se vayan a realizar investigaciones de acceso a recursos genéticos y de conocimiento tradicional (permisos de investigación científica).
- El tercer elemento contenido en la estructuración de la consulta previa, es su categorización como un derecho fundamental del cual gozan en forma exclusiva los pueblos indígenas y afrodescendientes, ello por constituirse en un instrumento de preservación de la integridad étnica, social, económica y cultural de estos pueblos<sup>567</sup>.

Sobre el sustento de entender a la consulta previa como un derecho fundamental, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. La consulta previa es un derecho que se realiza a través de un proceso público, especial y obligatorio, garantizando además el debido proceso.

---

<sup>566</sup> Grupo Semillas. Revista No. 36/37. Contexto: la participación y consulta previa “La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia”. Ver <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=I1---&x=20156105> Página consultada el día 8 de agosto de 2010.

<sup>567</sup> Sentencia de la Corte Constitucional SU 383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Gálvis

2. Este proceso debe realizarse de manera previa a la adopción de medidas ya sean estas de naturaleza legislativa o administrativa.

3. Durante todo el proceso debe garantizarse el acceso a la información en términos claros, veraces y oportunos.

Este procedimiento al constituirse como un derecho fundamental, está complementado por medio de principios que orientan todo el procedimiento de la consulta, teniendo en primer término la buena fe, relacionada esta con el convencimiento de quien realiza el acto jurídico lícito y verdadero<sup>568</sup>.

La buena fe puede entenderse también como la ausencia de manipulación, es decir no llevar a la comunidad consultada a un resultado que se desea, diseñado este de antemano, abusando así de la ignorancia de los consultados<sup>569</sup>.

En segundo lugar, encontramos el principio de legitimidad, en el sentido de garantizar que la autoridad representante de estos pueblos indígenas sea la que tradicionalmente se reconoce como tal en su estructura organizativa.

En tercer lugar está el principio de entendimiento intercultural, toda vez que deben adoptarse estrategias de comunicación entre las partes involucradas con el fin de lograr un entendimiento total de los hechos que se presentan.

En cuarto lugar debe lograrse el principio de unidad e integralidad temática respecto al contenido de la consulta, para que no se presente fragmentación de los objetivos reales del proyecto.

Como quinto principio orientador se encuentra la oportunidad, toda vez que la consulta previa debe ser precedente a la ejecución del proyecto, esto con el fin de garantizar la posibilidad de adecuación o complementación de este último, con base en las distintas opiniones y acuerdos llegados por las partes.

En sexto término se encuentra la posibilidad de lograr un pluralismo jurídico, es decir tener en cuenta tanto el derecho propio del Estado como el de las comunidades o legislación indígena.

---

<sup>568</sup>Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Consulta Previa: “principios, enfoque metodológico e instrumentalización”, Experiencias compartidas y lecciones aprendidas. Bogotá-Colombia. 2008. p. 77

<sup>569</sup>Ibídem. p. 112

Además, debe lograrse la participación comunitaria, respetándose en todo sentido las formas de autoridad y representación de estos pueblos.

Por último, debe consultarse por medio de un enfoque metodológico, con el fin de lograr la armonización de opiniones.

- El cuarto elemento integrador de la estructura de la consulta parte del supuesto jurídico de la participación de los particulares en actuaciones administrativas, el cual puede relacionarse con lo establecido en los artículos 2º y 40 de la Constitución Política.

Así las cosas, el proceso de participación en consulta previa establecido para los proyectos de explotación de los recursos naturales de la nación en el artículo 330 de la Constitución, es un claro ejemplo de la participación administrativa de estos pueblos indígenas<sup>570</sup>.

Según la Corte Constitucional, la participación de las comunidades indígenas respecto a las decisiones que las afecten en relación con los recursos naturales, debe realizarse por medio del mecanismo de la consulta<sup>571</sup>, Siendo este último el instrumento más importante para preservar la integridad de estas comunidades. Por ende la participación no puede limitarse sólo al hecho de intervención en la actuación administrativa, su significación es más amplia, dado que implica intereses de envergadura mayor<sup>572</sup>.

- Como quinto elemento de la estructura, es necesario determinar quiénes son los participantes de la consulta previa. Por un lado, resulta necesario aclarar que la consulta previa no se aplica sólo para las comunidades indígenas, toda vez que esta se hace extensiva también para las comunidades afrodescendientes, los raizales y los ROM o gitanos.

Además de estas comunidades, en el procedimiento de la consulta previa deben participar las instituciones del Estado y demás entidades responsables del proyecto a realizar, el Ministerio del Interior y de Justicia por medio de la Dirección de Etnias, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y Personeros Municipales. Cuando la temática tenga que ver con la explotación de recursos naturales o temas relacionados con licencias ambientales sobre proyectos ejecutados dentro del territorio de estos grupos indígenas o afrodescendientes, debe participar también el Ministerio de

---

<sup>570</sup> *Ibíd.* p.169

<sup>571</sup> Sentencia de la Corte Constitucional SU 039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell

<sup>572</sup> Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Consulta Previa: “principios, enfoque metodológico e instrumentalización”, Experiencias compartidas y lecciones aprendidas. Bogotá-Colombia. 2008. p. 145

Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible<sup>573</sup>.

- Como sexto concepto integrador de la estructura de la consulta previa, se plantea que una vez el Estado promueva la consulta a los grupos étnicos para que estos sean escuchados y sus opiniones tenidas en cuenta respecto al proyecto a consultar, deben realizarse además una serie de estudios sociales, culturales, ambientales y demás evaluaciones necesarias, en donde la comunidad étnica afectada pueda identificar claramente los impactos potenciales tanto de entidad positiva como negativa, además de analizar las medidas preventivas, su mitigación, compensación o si es del caso también su corrección. Posteriormente a ello, el Estado decidirá o no la realización del proyecto<sup>574</sup>.

En este punto, vale la pena aclarar que cuando no sea posible llegar a un acuerdo entre la comunidad indígena y la autoridad que planea desarrollar el proyecto, la decisión de esta última debe estar motivada sin fundamentos arbitrarios, es decir debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitución de protección de la identidad de estos pueblos. En últimas, debe buscarse la conciliación entre la necesidad de ejecución del proyecto y el respeto por la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. La consulta previa no se constituye como un veto para el gobierno<sup>575</sup>, sino que es un instrumento de conciliación entre los propósitos que estableció la Constitución<sup>576</sup>.

Con posterioridad a la decisión del Estado frente a la ejecución del proyecto que afecte a estas comunidades, es necesario continuar con el seguimiento y verificación de los resultados de la consulta, estos deben ser difundidos a los directamente involucrados en el proceso, siendo necesario el monitoreo y la observación de estos resultados para verificar la obtención de las metas y objetivos propuestos en los planes al momento de

---

<sup>573</sup> Grupo Semillas. Revista No. 36/37. Contexto: la participación y consulta previa “La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia”. Ver <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=I1---&x=20156105> Página consultada el día 8 de agosto de 2010.

<sup>574</sup> Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Consulta Previa: “principios, enfoque metodológico e instrumentalización”, Experiencias compartidas y lecciones aprendidas. Bogotá-Colombia. 2008. p. 73

<sup>575</sup> Según lo dispuesto por la guía para la aplicación del Convenio 169 creado por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático de Montreal, se dispuso que los pueblos indígenas y tribales no tienen derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país. Lo anterior no se constituye como una excusa para que los gobiernos no realicen consultas verdaderas, por ello es preciso el otorgamiento espacios a las comunidades indígenas para que expresen e influyan en el proceso de toma de decisiones. Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Consulta Previa: “principios, enfoque metodológico e instrumentalización”, Experiencias compartidas y lecciones aprendidas. Bogotá-Colombia. 2008. p. 183.

<sup>576</sup> Sentencia de la Corte Constitucional SU 039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell

desarrollarse el proceso de consulta, siendo en este momento donde puede decirse que el ciclo de consulta se cierra<sup>577</sup>.

A pesar de todas las ventajas que ofrece la consulta previa, su aplicación en Colombia tiene una serie de inconvenientes que señalaré a continuación:

Según el Decreto 1320 de 1998, se reglamenta la consulta previa para las comunidades indígenas y negras respecto al tema de la explotación de los recursos naturales que se realizan dentro de su territorio. El Decreto define además a esta herramienta jurídica como un derecho fundamental del cual gozan los pueblos indígenas con el fin de decidir sobre las medidas judiciales, legislativas y/o administrativas que abarcan sus territorios.

Si bien es cierto, el Decreto 1320 de 1998 es un reflejo del proceso nacional de reglamentación del derecho a la consulta previa, también ha sido fuertemente criticado y deslegitimado por las organizaciones indígenas, la OIT y la misma Corte Constitucional, toda vez que este se expidió si recurrir a la consulta previa para poner en conocimiento a los pueblos indígenas sobre su contenido y darles la oportunidad de aportar sus ideas o solicitar modificaciones. Además de ello, esta norma tampoco se ajusta a los condicionamientos establecidos por la OIT respecto al tema<sup>578</sup>.

Con ejemplos como el suscitado por el Decreto 1320, además de otros procedimientos que ha efectuado particularmente el Estado Colombiano, resulta claro que estos procesos de consulta previa han tenido muchos inconvenientes, máxime cuando existen ambigüedades como se señaló anteriormente por ejemplo en conceptos como el de autonomía, autodeterminación o el de participación y cuando algunos de los intereses de desarrollo se centran en comunidades diferentes a las que en realidad deben ser directamente beneficiadas<sup>579</sup>.

Un proceso de consulta tiene un talón de Aquiles que se hace latente en cualquier Estado y es que plantea expectativas de diálogo en los consultados las cuales salen del control del Estado, toda vez que en la realidad nunca existió la intención de lograr dicho propósito por parte del ente gubernamental, por ende desde un comienzo el proyecto comienza a diseñarse por medio de un proceso de interlocución unilateral sin considerar los elementos complementarios<sup>580</sup>. Esto puede expresarse más claramente por la Doctora BEATRÍZ LONDOÑO, Coordinadora del grupo de investigación en derechos

---

<sup>577</sup> Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Consulta Previa: “principios, enfoque metodológico e instrumentalización”, Experiencias compartidas y lecciones aprendidas. Bogotá-Colombia. 2008. p. 118-119

<sup>578</sup> *Ibidem*. p. 85

<sup>579</sup> *Ibidem*. p. 89

<sup>580</sup> *Ibidem*. p. 105

humanos de la Universidad del Rosario, en donde en entrevista realizada el día 29 de Noviembre de 2010 expone algunas de las dificultades más importantes de la consulta previa, veamos:

*“...sobre la consulta previa tengo muchas, digamos, es un instrumento importantísimo, que se ha fortalecido, pero desafortunadamente como se ha aplicado la consulta previa, creo que hay grandes falencias, y la principal falencia es que encuentro a veces en los mismos sectores sociales, que no hay claridad sobre la consulta, hacia donde debe ir, y también muchos intereses particulares, no solamente las empresas que buscan omitir la incidencia de las consultas, sino también en los mismos grupos indígenas o afrocolombianos que, manipulados a veces por ciertos intereses, llegan a suscribir acuerdos absolutamente irrisorios, absolutamente desconocedores de los derechos, entonces pareciera la negociación particular y no un tema de derechos colectivos y del ambiente sano, entonces creo que los ejes de la consulta previa a veces en mi sentir se han perdido, es un instrumento increíble, maravilloso, importantísimo, pero no se le ha dado la seriedad del rigor”.*

De esta manera, la propuesta de solución respecto a todos estos inconvenientes debe centrarse en la reorganización por parte del Estado, concretamente sobre los procedimientos, desarrollo de principios, enfoques e instrumentos responsables bajo los estándares y criterios internacionales del procedimiento de la consulta previa. Teniendo en cuenta además que este proceso debe realizarse con fundamento en el dialogo con las comunidades directamente implicadas.

Así las cosas, teniendo en cuenta los apartes jurisprudenciales y la interpretación anteriormente referida, puede concluirse que la consulta previa constituida como mecanismo de participación de las comunidades indígenas o afrodescendientes, también resulta siendo un instrumento inspirador de estrategias jurídicas de corte preventivo, con el fin no sólo de incluir a los receptores directos de un procedimiento administrativo o legislativo, sino también para lograr prevenir que los derechos fundamentales de estos últimos se vean afectados por la ejecución de proyectos que pongan en peligro su integridad, autonomía, y estabilidad social, económica, ambiental, cultural o de otra índole. Estableciéndose así herramientas jurídicas para estos pueblos, que les permitan su inclusión en las decisiones sobre temas que los involucren ya sea de forma directa o indirectamente.

Por esta razón la consulta previa además de ser un instrumento para la preservación de la diversidad cultural y para garantizar la reproducción de ese grupo como entidad diferenciable, también sirve para prevenir la afectación de los recursos naturales.

### **3. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MANEJO, CONTROL Y REPRESIÓN DE LOS RIESGOS EN MATERIA AMBIENTAL**

#### **3.1. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO Y EL RIESGO AMBIENTAL**

Así como existen normas jurídicas preventivas como las anteriormente mencionadas<sup>581</sup>, también se encuentran las medidas represivas o de carácter sancionatorio creadas para constreñir el incumplimiento de los preceptos contenidos en la normatividad ambiental, ya sean estos de carácter civil, comercial, administrativo, penal, disciplinario, u otro<sup>582</sup>. De esta manera una medida preventiva sólo resulta realmente eficaz cuando se armoniza con instrumentos jurídicos de naturaleza punitiva o sancionatoria.

En primer término, es importante señalar que las medidas represivas constituyen un complemento de las medidas preventivas: Las medidas preventivas relacionadas con los daños ambientales, pueden evitar la causación de estos últimos por medio de la implementación de instituciones jurídicas serias relacionadas con la investigación, la enseñanza ambiental, la elaboración de registros e inventarios, estudios reales del impacto ambiental por una determinada actividad, la complementación de estas estrategias por medio de la implementación de autorizaciones y aprobaciones de tipo administrativo, por medio de controles, subvenciones, exenciones a las acciones que promuevan la protección del medio ambiente, etc.

Por ende, dichas normas preventivas carecerían de eficacia real si no se ven complementadas por medio de la implementación de normas represivas, tales como los mecanismos sancionatorios administrativos, civiles o penales, donde a su vez estos cumplan también con un objetivo desalentador de la realización de la acción reprochable, aunque también cabría la posibilidad de implementarse dentro de un determinado ordenamiento jurídico cuando no existan instrumentos de carácter preventivo<sup>583</sup>.

Ahondando en el tema de la represión y la prevención, no resulta posible hacer una diferenciación radical entre los dos supuestos, puesto que en último término la amenaza existente de represión también puede prevenir. Por el otro lado, resulta prácticamente

---

<sup>581</sup> Sin duda, los ciudadanos de los distintos Estados están llamados a colaborar con los poderes públicos en la formulación de todas las acciones necesarias de índole preventiva para así poder proteger al medio ambiente.

<sup>582</sup> Julio Cesar Rodas Monsalve. Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano. Segunda reimpresión, Tercer mundo editores en coedición con ediciones Uniandes. Bogotá-Colombia. 1997. p. 140.

<sup>583</sup> Silvia Jaquenod de Zsogon *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Monografías del MOPU, Madrid-España. 1986. p. 415.

imposible exigir algún tipo de responsabilidad al sujeto activo de la conducta, sin que hayan mediado controles preventivos en etapas anteriores de la conducta.

Cuando pensamos en la aplicación de medidas sancionatorias ya sean estas de naturaleza preventiva como también represiva<sup>584</sup>, respecto a su aplicación dentro del ámbito del derecho ambiental, deben plantearse ciertos puntos de importancia previos a dicha aplicación sancionatoria<sup>585</sup>:

- a) La fijación real y adecuada del bien jurídicamente tutelado: en este caso, según la Ley 23 de 1974 en su artículo 2º menciona que el medio ambiente es un patrimonio común de la sociedad, por ende resulta necesario que la búsqueda del beneficio, mejoramiento y conservación de este ofrezcan también alguna utilidad pública.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 8º crea una obligación tanto para el Estado como para los particulares relacionada con la protección de todas y cada una de las riquezas naturales que posee la nación, además del deber de planificar todo lo referente al manejo de los recursos naturales y de intentar prevenir el deterioro ambiental.

La Declaración de Rio de Janeiro sobre medio ambiente y desarrollo presenta también por ejemplo, en su principio No. 4º como una necesidad de protección:

*“...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<sup>586</sup>”.*

Por lo anteriormente expuesto, es necesario concluir que el bien jurídicamente tutelado debe ser el medio ambiente sano.

- b) La potestad sancionadora de la administración: es la potestad sancionatoria por medio de la cual la administración puede imponerle a los servidores públicos y particulares, la disciplina necesaria para cumplir con lo reseñado en la norma jurídica, incluso por medio de la utilización de recursos punitivos, pero todo en el marco de la aplicación del principio del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de nuestra Constitución Política.

---

<sup>584</sup> Como normatividad represiva puede verse la Ley 1333 de 2009 – Régimen Sancionatorio Ambiental Colombiano.

<sup>585</sup> Universidad Externado de Colombia. Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo VI. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2005. p. 288.

<sup>586</sup> *Ibíd.* p. 289.

Esta potestad, se ve explicada claramente dentro de la sentencia de la Corte Constitucional C – 214 de 1994, al señalar que:

*“...El poder del Estado, aun cuando concebido como un todo unitario, por la razón obvia de la división y especialización del trabajo se desdobra en una serie de atribuciones, facultades o competencias, institucionalizadas en el ordenamiento constitucional que se radican en cada una de las ramas del poder público y traducen la existencia de unas funciones, las cuales constituyen los medio con instrumentos necesarios para el cumplimiento de los cometidos estatales*

(...)

*La potestad administrativa sancionadora de la administración, se traduce normalmente en la sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las sanciones u omisiones antijurídicas y constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas...<sup>587</sup> Además en esta sentencia se señala lo referente a las penas sancionatorias para explicar que “...no tiene carácter criminal. Se impone como instrumento de autoprotección para preservar el orden jurídico institucional con la distribución de competencias y el señalamiento de penas de igual carácter. En manera alguna implica la privación de la libertad individual...”.*

Así las cosas y una vez se adecúen los requisitos antes referidos, se configura una obligación dirigida exclusivamente a las autoridades administrativas competentes con el fin de tomar las medidas necesarias donde haya lugar con el fin de disminuir dichas situaciones aplicando medidas preventivas y si es del caso también una medida sancionatoria.

Por lo anteriormente expuesto, a continuación se analizará la normatividad sancionatoria ambiental colombiana – Ley 1333 de 2009, con el fin de contextualizar al lector respecto al aparato represivo de la administración a nivel medioambiental:

### **3.1.1. Responsabilidad ambiental en la Ley 1333 de 2009.**

En términos generales la Ley 1333 de 2009 introduce cambios realmente significativos respecto a la definición de las infracciones ambientales, al régimen de responsabilidad en materia medioambiental, al aumento de las sanciones ambientales y principalmente a la ampliación respecto al término de caducidad de la acción sancionatoria ambiental.

---

<sup>587</sup> Ibídem. p. 299.

Aunque también son diversas las críticas realizadas a esta norma, algunos consideran que la norma ofrece cierta claridad respecto a las reglas de juego para los inversionistas, además de buscar la prevención en los daños ambientales<sup>588</sup>. Por todas estas razones, la Ley 1333 es una norma que plantea múltiples interrogantes, los cuáles a su vez deben ser resueltos por parte del operador jurídico por medio de la complementación de las viejas estructuras normativas ambientales que se venían utilizando anteriormente.

Frente a los beneficios en el tiempo que traerá la aplicación de esta Ley 1333 de 2009, la Doctora VIVIANA ROJAS<sup>589</sup>, ha expuesto lo siguiente:

*“...creo que se ha avanzado, el nuevo régimen sancionatorio ambiental me parece muy interesante, la Corte Constitucional se ha pronunciado en sus sentencias sobre los temas más álgidos, la presunción de dolo o culpa, la caducidad de la acción sancionatoria ambiental, medidas preventivas.*

*Frente al anterior régimen ha habido muchas mejoras, por ejemplo el tema de la caducidad de la potestad sancionatoria, anteriormente la teníamos en tres (3) años, ahora la tenemos en veinte (20), ya la Corte Constitucional se pronunció y declaró exequible ese término de veinte (20) años, eso es positivo, porque no se puede condenar a perder un recurso natural sencillamente porque se venció una acción en el tema administrativo, entonces el Estado va a tener más posibilidad de iniciar y culminar estos procesos sancionatorios dirigidos hacia la protección de los recursos naturales y a buscar quienes fueron los infractores y los que causaron el impacto ambiental”.*

#### **A. Antecedentes del régimen sancionatorio ambiental.**

La potestad sancionatoria de la administración se endilga como una decisión eminentemente reglada, contraria al criterio discrecional, toda vez que forma parte del “*ius punendi*” con el que cuenta el Estado, puesto que la sanción administrativa debe limitarse a un concepto jurídico determinado y delimitable, señalándose así que la conducta sancionable debe estar tipificada, sujeta a lo dispuesto en la Constitución, la ley y el ordenamiento jurídico referente al tema.

---

<sup>588</sup> Hernán Rodríguez Domínguez y Manuela Villa González. Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental. Reporte Legal No. 5. Rodríguez y Cavellier. Bogotá-Colombia. Julio de 2009. Ver [http://www.rodriguezycavellier.com/reportes/regimen\\_sancionatorio\\_ambiental.html](http://www.rodriguezycavellier.com/reportes/regimen_sancionatorio_ambiental.html) Página consultada el día 3 de agosto de 2010.

<sup>589</sup> Entrevista realizada el día 26 de noviembre de 2010.

De esta manera, dentro del derecho ambiental constituido este como una rama del derecho administrativo, se entiende la necesidad de crear un régimen sancionatorio propio, ello con el fin de prevenir los daños y peligros que atenten contra el medio ambiente y la salud humana, por ello se crea la Ley 1333 de 2009 la cual define aspectos tales como la tipicidad de la acción sancionable, las medidas preventivas y sanciones aplicables al infractor, la autoridad competente para llevar el proceso sancionatorio, el procedimiento, el sujeto pasivo, las garantías y demás elementos necesarios para así contar con un proceso sancionatorio garante de los derechos presentes en la normatividad colombiana vigente, entre otras<sup>590</sup>.

Este proceso de otorgamiento de poderes sancionatorios a la administración inició en Colombia con la expedición de la Ley 23 de 1973, en virtud de la cual se le otorgaron facultades extraordinarias al gobierno nacional para que este último expida el código nacional de recursos naturales renovables, el cuál fue expedido por medio del Decreto Ley 2811 de 1974<sup>591</sup>.

Desde ese momento y hacia delante, la estrategia fue la de reglamentar un procedimiento para cada una de las materias ambientales, expidiendo así el Decreto 1541 de 1978 donde se reglamentó el tema de aguas, el Decreto 1594 de 1984, el Decreto 1974 de 1989 sobre los distritos de manejo integrado de recursos naturales renovables, el Decreto 1608 relativo al tema de la fauna silvestre, el Decreto 1681 de 1978 donde se reglamenta el tema de los recursos hidrobiológicos, la Ley 9ª de 1979 – código sanitario, la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y la Ley 1333 de 2009 la cual consagró algunas medidas preventivas, sancionatorias y de policía en materia ambiental tales como multas diarias, suspensión del registro, licencia o permiso, cierre temporal o definitivo, decomiso de especímenes, entre otras normatividades referentes al tema<sup>592</sup>.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 1333 de 2009 se crea un nuevo régimen sancionatorio en materia ambiental, subrogando así algunas de las normas que se encontraban regulando el tema, comprendiendo la salida del ordenamiento jurídico de los artículos 83 a 86 de la ley 99 de 1993, la parte procedimental del Decreto 1594 de 1984 y los artículos 116 y siguientes del Decreto 948 de 1995<sup>593</sup>.

---

<sup>590</sup> Oscar Darío Amaya Navas y María del Pilar García Pachón. (Comp.). Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2010. pp. 41-42

<sup>591</sup> *Ibidem*. p. 34.

<sup>592</sup> Ley 1333 de 2009 – Procedimiento Sancionatorio Ambiental

<sup>593</sup> *Ibidem*. p. 33.

## **B. Proceso de aprobación de la Ley 1333 de 2009.**

Para el año 2009 inicia el trámite de redacción y aprobación legislativa de la hoy Ley 1333 de 2009. Cuando esta se encontraba en proyecto dentro de las respectivas comisiones, se establecieron para ella los siguientes objetivos<sup>594</sup>:

1. Declarar que el poder sancionatorio administrativo está en cabeza del Estado.
2. Limitar la competencia sancionatoria y de prevención con la que cuentan las autoridades territoriales.
3. Establecer términos de caducidad para la acción sancionatoria ambiental.
4. Crear parámetros de dosificación de la sanción administrativa en materia ambiental, dependiendo de la causación de determinadas circunstancias.
5. Incorporar dentro del ordenamiento jurídico la sanción de restitución de especies silvestres.
6. Armonizar la acción de las diferentes entidades públicas frente a las actuaciones sancionatorias.

Posteriormente, cuando se presentó formalmente el proyecto de ley No. 092 de 2006 Senado, 238 de 2008 Cámara, hoy Ley 1333 de 2009 para sanción del Presidente de la República, esta fue objetada por presentar presuntamente vicios de forma y también de fondo, principalmente por incluir la presunción de culpa o dolo en materia ambiental, desconociendo supuestamente lo consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el principio de presunción de inocencia, considerado este último un requisito indispensable para toda clase de procesos judiciales y administrativos<sup>595</sup>.

De esta manera, la objeción presidencial presentada a la Ley 1333 de 2009 se resume en la presunta violación por parte de la ley del procedimiento sancionatorio ambiental de las normas antes referidas, toda vez que según el ejecutivo, los principios del debido proceso deben aplicarse tanto para procesos del orden judicial como también de índole administrativa, siempre que estos sean de naturaleza sancionatoria, puesto que los

---

<sup>594</sup> Gaceta del Congreso de la República de Colombia. No. 300 de 2006.

<sup>595</sup> Gaceta del Congreso de la República de Colombia. No. 538 de 2008.

principios y derechos consagrados en el proceso penal y civil pueden ser aplicados también para el derecho administrativo<sup>596</sup>.

Por otro lado, como contraposición a los argumentos esgrimidos por el gobierno, el Senado de la República con el fin de defender su posición respecto a la constitucionalidad de la presunción de culpa o dolo en el procedimiento sancionatorio ambiental, señaló la necesidad de distinguir entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador para así determinar si se aplica o no el artículo 29 de la Carta Política. Concluyendo que dicha presunción de responsabilidad contenida en la ley, no contraría la presunción de inocencia ni el debido proceso, toda vez que se trata sólo de una inversión en la carga probatoria procesal<sup>597</sup>.

Es importante también, traer a colación lo señalado por los Ministerios de Minas y Energía y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en la sentencia C-196 de 2009 de la Corte Constitucional, en donde esta última se declara inhibida de decidir respecto a las objeciones presentadas por el Ejecutivo a la Ley 1333 de 2009. Estas posiciones ministeriales se ven contrarias una de otra, al tomar posición respecto a lo señalado en la ley dentro de los artículos 1º y 5º. Al respecto los ministerios señalan<sup>598</sup>:

- Ministerio de Minas y Energía: según este Ministerio, al presumir el dolo o la culpa del infractor ambiental comienza a valorarse objetivamente la actuación del sujeto, violando ostensiblemente lo señalado en el artículo 29 de nuestra Carta Política, máxime si como se señaló anteriormente, el principio de presunción de inocencia, núcleo esencial sobre el cual se desprenden principios como el de prohibición de presunción de responsabilidad objetiva, se aplica no sólo para procesos penales sino también a otro tipo de procesos como los administrativos, siempre que estos últimos tengan características sancionatorias. Lo anterior, en virtud de las garantías constitucionales provenientes del artículo 29, el cual no establece excepción alguna sobre su aplicación en los diferentes ordenamientos jurídicos.
- Por otro lado, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial plantea que la Ley 1333 de 2009 es constitucional en su integridad, toda vez que sus disposiciones no contradicen el principio del debido proceso contenido en el artículo 29 de la Carta Política, en el entendido que esta ley no presume responsable al infractor, esto sería una interpretación errónea de la norma, en vez de ello, su interpretación correcta es la

---

<sup>596</sup> Oscar Darío Amaya Navas y María del Pilar García Pachón. (Comp.). Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2010. p. 53

<sup>597</sup> *Ibidem*. p. 23

<sup>598</sup> *Ibidem*. p. 78.

presunción con carácter de carga probatoria y no de responsabilidad. La presunción de dolo o culpa, según el Ministerio, no riñe con la Constitución, máxime si el único fin de invertir la carga probatoria con dicha presunción es la de proteger determinados bienes jurídicos que merecen una atención particular dada la debilidad manifiesta de estos<sup>599</sup>.

En conclusión, frente a las opiniones divergentes dentro del órgano ejecutivo y entre este último y el legislativo, es necesario el pronunciamiento de la Corte Constitucional al respecto, aunque si bien es cierto, este Tribunal Constitucional en sentencias C-215 de 2009 y C-196 de 2009 debía tratar a fondo el tema de las objeciones presidenciales presentadas, se declaró inhibida de fallar al respecto, aunque se espera que estos contenidos nuevamente sean objeto de su revisión.

### **C. Principios que orientan el régimen sancionatorio ambiental.**

Como primer elemento previo a la explicación del procedimiento sancionatorio ambiental, es necesario señalar las tres categorías más importantes de principios rectores que rigen todas las actuaciones surtidas dentro del procedimiento.

De esta manera, según lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley 1333 de 2009 señala que están primeramente los principios constitucionalmente consagrados en los artículos 29 y 209 de nuestra Carta Política, en segundo término están los principios de naturaleza legal con base en los cuáles se fundamentan las actuaciones administrativas dentro del procedimiento sancionatorio ambiental (artículo 3° del Código Contencioso Administrativo y artículo 3° de la Ley 489 de 1998) y en tercer término están los principios generales del derecho ambiental en donde puede encontrarse los reconocidos en la Declaración de Rio de Janeiro de 1992, como por ejemplo el principio de desarrollo sostenible, el de protección de la biodiversidad, la protección de páramos y subpáramos, la importancia de los procedimientos de investigación científica, el principio de precaución, la incorporación de costos ambientales, la utilización de mecanismos económicos con el fin de prevenir, corregir y restaurar el deterioro ambiental, entre otros.

También debe decirse que dentro del tema de la sanción administrativa ambiental contenida en el artículo 4° de la ley en mención, esta tiene como principios básicos el de prevención, corrección y compensación.

Con base en estas fuentes de principios jurídicos elementales, se enmarca todo el procedimiento sancionatorio ambiental contemplado en la Ley 1333 de 2009,

---

<sup>599</sup> *Ibidem*. pp. 79-80

evidenciándose así toda la amalgama de criterios que pueden ser aplicables para interpretar dicho proceso.

#### **D. Eximentes de responsabilidad ambiental y causales de cesación del procedimiento dentro de la ley 1333 de 2009.**

Como segundo elemento que debe ser analizado previamente al desarrollo del procedimiento sancionatorio ambiental, hace relación a los eximentes de atribución de responsabilidad dentro del procedimiento sancionatorio ambiental, estos se encuentran contenidos en los artículos 8º y 9º de la Ley 1333 de 2009, entre los cuáles podemos encontrar<sup>600</sup>:

1. El hecho de un tercero
2. El sabotaje
3. Actos terroristas
4. Caso fortuito o fuerza mayor, entendidos estos por medio de la definición ofrecida por la Ley 95 de 1890<sup>601</sup>

Particularmente, hablando sobre la fuerza mayor y el caso fortuito vale la pena expresar que al pretender darle tal relevancia a la demostración de estos eximentes de responsabilidad, se está desconociendo el desarrollo y los grandes avances que han tenido la ciencia y la tecnología, en donde se puede llegar a demostrar con un criterio mucho más actualizado cuándo se está frente a una circunstancia que pueda llegar a eximir de responsabilidad al infractor y no remitirse solamente a la utilización de conceptos jurídicos decimonónicos como lo es el de la fuerza mayor y el caso fortuito<sup>602</sup>.

---

<sup>600</sup> “En el caso sub-examine la administración no es responsable del daño que se le imputa, pues el nexo causal quedó roto por una causa ajena al demandado, como lo es la fuerza mayor. Es bien sabido que cuando ésta lesiona directamente a una persona, ora porque un terremoto destruye su habitación, ora porque un huracán arranca los árboles y éstos dañan a las personas o a sus bienes, ora cuando una inundación, o la erupción de un volcán, como El Arenas, causan desastres colectivos, las víctimas se encuentran frente a hechos que no se les pueden atribuir a la Nación, ni a ninguno de los centros de imputación jurídica de la organización estatal, pues opera el principio general de derecho que enseña: “Nadie está obligado a lo imposible”. Históricamente se ha aceptado y comprendido la necesidad de eliminar la responsabilidad de quien se encuentra impedido para actuar bajo el impero de la fuerza mayor, que tiene como características esencial la de la irresistibilidad...” Sentencia del Consejo de Estado del 24 de junio de 1994. Sección Tercera. C.P. Julio César Uribe Acosta. Expediente. 6639.

<sup>601</sup> “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”. Artículo 1º Ley 95 de 1890.

<sup>602</sup> Oscar Darío Amaya Navas y María del Pilar García Pachón. (Comp.). Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2010. pp. 115-116.

Y sobre el artículo 9° el cual consagra las causales de cesación del procedimiento en materia ambiental se exponen las siguientes:

1. Muerte del investigado si este es figura como una persona natural
2. Inexistencia del hecho investigado
3. Que la conducta investigada no sea imputable al presunto infractor
4. Que la actividad se encuentre legalmente autorizada o amparada.

### **E. Caducidad de la acción sancionatoria ambiental.**

Como tercer elemento de análisis previo a la iniciación del procedimiento sancionatorio ambiental, se encuentra la caducidad, la cual ha sido entendida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina como una institución jurídica capaz de limitar el tiempo de ejercicio de una acción, agregándole al hecho de que este término no se puede interrumpir ni prorrogar.

De esta manera, el Consejo de Estado<sup>603</sup> ha señalado respecto a la caducidad que esta forma jurídica parte del derecho público de la nación, por implicar directamente criterios de orden público y por ello no es posible renunciar a dicho plazo ni tampoco dejar de aplicarse a determinadas personas, es decir que debe utilizarse para todos y cada uno de los integrantes del Estado colombiano.

De esta manera si se llegase a iniciar una determinada acción la cual se encuentre por fuera de los términos de caducidad, ello constituirá claramente una falta de competencia por conducto del tiempo, además de violar claramente el artículo 121 de la Constitución Política por motivo de ejercer funciones las cuáles no le han sido asignadas<sup>604</sup>.

El antiguo régimen sancionatorio ambiental establecido con fundamento normativo en la Ley 99 de 1993 y en el Decreto 1594 de 1984, no contempló un término expreso para la aplicación de la caducidad de la acción sancionatoria ambiental y como consecuencia de dicho vacío se aplicó la norma general instituida para llenar las lagunas jurídicas de las normas de carácter especial, es decir se aplicó desde el artículo 1 al 38 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 y el artículo 29 de la

---

<sup>603</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 25 de octubre de 1991. M.P. Daniel Suárez Hernández. Expediente. 6103

<sup>604</sup> Circular Instructiva de la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá D.C. Ver <http://www.secretariadeambiente.gov.co/sda/libreria/pdf/CIRCULAR%20INSTRUCTIVA.pdf> Página consultada el día 4 de agosto de 2010.

Constitución Política de Colombia. En este sentido el término de caducidad era de 3 años contados desde el momento de producción del acto que pueda ocasionarlas, para el procedimiento sancionatorio anterior a la vigencia de la Ley 1333 de 2009.

Contrario a lo anterior, hoy en día con la entrada en vigencia del nuevo régimen sancionatorio ambiental, este se encuentra regido por el Decreto 1594 de 1984, la Ley 99 de 1993 y especialmente por la Ley 1333 de 2009, señalando así un nuevo término de caducidad de la acción sancionatoria correspondiente a 20 años de haberse presentado el hecho u omisión generadora de la infracción, veamos<sup>605</sup>:

*“Artículo 10. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. La acción sancionatoria ambiental caduca a los 20 años de haber sucedido el hecho u omisión generadora de la infracción. Si se tratara de un hecho u omisión sucesivo, el término empezará a correr desde el último día en que se haya generado el hecho o la omisión. Mientras las condiciones de violación de las normas generadoras del daño persistan, podrá la acción interponerse en cualquier tiempo”.*

Según lo anteriormente establecido, el término de caducidad de 20 años debe contabilizarse con base en los siguientes supuestos:

1. Desde la ocurrencia del hecho u omisión si este último tiene carácter instantáneo.
2. Si el hecho es sucesivo, debe empezarse a contabilizar el tiempo desde el último día en que se haya generado el hecho u omisión.

Además de la contabilización del término de 20 años para la caducidad de la acción sancionatoria ambiental, según lo expuesto en la norma, si se verifica que ya transcurrió dicho término, aún cabe la posibilidad de incoar acciones que protejan la protección del medio ambiente y eviten la causación de ese daño ambiental:

*“Mientras las condiciones de violación de las normas o generadoras del daño persistan, podrá la acción interponerse en cualquier tiempo”<sup>606</sup>.*

Esta excepción a la caducidad ha sido respaldada por la Corte Constitucional<sup>607</sup>, quien señala que independientemente de la caducidad como oportunidad para la imposición de la sanción ambiental, debe verse más la oportunidad de obtener la reparación del daño,

---

<sup>605</sup> Artículo 10 de la Ley 1333 del 21 de julio de 2009

<sup>606</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-401 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

<sup>607</sup> *Ibidem*.

siempre y cuando aún subsista la posibilidad de restablecer las cosas a su estado anterior, por ejemplo por medio de una acción popular entablada esta última con el fin de obtener la reparación del daño causado al medio ambiente.

Por esta razón, vale la pena decir que dicho término de caducidad establecido en el nuevo régimen sancionatorio ambiental es fruto de la libertad legislativa con la que goza el congreso para regular temas como el anterior, siempre y cuando dicha regulación se encuentre enmarcada conforme a las directrices dispuestas por la Constitución Política de Colombia, las cuales se expondrán a continuación<sup>608</sup>:

1. Debe atenderse a los fines esenciales del Estado colombiano tales como la garantía de la efectividad de los principios, los derechos y los deberes creados por la Constitución.
2. Es necesario garantizar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, como por ejemplo el derecho al acceso a la administración de justicia para el caso de este tipo de procedimientos<sup>609</sup>
3. Debe obrarse conforme a los principios constitucionales de razonamiento y de proporcionalidad<sup>610</sup>.

Una vez la norma creada por el legislador con base en su libertad legislativa haya cumplido los criterios dispuestos por estos tres elementos constitucionales, entonces podrá entenderse que esta se hizo conforme a derecho, máxime si nada impide que la potestad sancionadora del Estado tenga un término de caducidad con el fin de poder garantizar la seguridad jurídica, el debido proceso y la eficiencia administrativa<sup>611</sup>.

Ahora bien, el problema jurídico que surge a continuación es la armonización del término de caducidad dispuesto por la Ley 1333 de 2009 correspondiente a 20 años y el término que señala el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo en virtud del cual se dispone que salvo disposición especial, la facultad con la que cuentan las autoridades administrativas para poder imponer sanciones caducará a los 3 años.

Para solucionar este problema, es preciso anotar que la Ley 1333 tiene un carácter especial y por ende debe aplicarse de forma principal y cuando se encuentren vacíos o

---

<sup>608</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C- 204 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>609</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-1512 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis

<sup>610</sup> *Ibidem*.

<sup>611</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-401 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

ambigüedades resultará posible recurrir a la norma general, es decir a la aplicación del Código Contencioso Administrativo como norma subsidiaria, cediendo así lo general a lo particular<sup>612</sup>. Por esta razón, el único examen que puede hacerse a la decisión del legislador, es que el término de caducidad del nuevo régimen sancionatorio ambiental se encuentre dentro de los tres parámetros constitucionales antes referidos, con el fin de tenerse en cuenta las particularidades de las conductas que resulten lesivas principalmente para el medio ambiente.

Otro de los problemas que plantea el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo respecto a la caducidad, se expone frente a la relativización de la posibilidad de determinar la fecha exacta de la ocurrencia del daño ambiental, en el sentido de contabilizarse el término de caducidad ya sea desde la ocurrencia del hecho, el último día en que se generó el hecho u omisión o por el contrario en cualquier momento. De esta manera podría darse el supuesto en que el daño ambiental venga dándose desde un tiempo indeterminado, imposible de cubrir por parte de este criterio de caducidad, ello teniendo en cuenta la irretroactividad de las normas, si se las aplica a situaciones ocurridas con anterioridad a su promulgación<sup>613</sup>.

#### **F. Medidas preventivas en el régimen sancionatorio ambiental.**

El cuarto elemento para tener en cuenta previamente a la iniciación del procedimiento sancionatorio ambiental, tiene que ver con las disposiciones contenidas en el artículo 4º de la Ley 1333 de 2009, referente a las medidas preventivas en el proceso sancionatorio ambiental, las cuales tienen como función principal impedir la continuación de la ocurrencia de un hecho determinado, la realización de una actividad o de una situación que pueda atentar en contra del medio ambiente o la salud humana.

Una vez impuesta la medida preventiva, la autoridad ambiental competente tiene el deber de evaluar si existe o no mérito suficiente para iniciar el proceso sancionatorio ambiental respectivo. De esta manera puede suceder que se encuentre que no existe mérito suficiente para iniciar un proceso sancionatorio ambiental y por lo tanto la autoridad ambiental deberá levantar dicha medida preventiva. En caso contrario, si resulta comprobado el mérito suficiente para iniciar el procedimiento, entonces la medida preventiva continuará y esta únicamente podrá ser levantada cuando se compruebe que desaparecieron las causas que dieron origen a dicha imposición.

---

<sup>612</sup> *Ibíd.*

<sup>613</sup> *Ibíd.*

De esta manera puede deducirse que la finalidad de las medidas preventivas no es otra que la necesidad de imponer una disposición inmediata que actúe frente a determinados hechos o conductas los cuales puedan atentar en contra del medio ambiente o la salud humana, cumpliendo así con lo dispuesto por la Carta Política en el sentido de garantizar el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano y proteger además las riquezas naturales de la Nación por medio de la prevención<sup>614</sup>. Por lo anterior, no hay duda que para lograr los efectos esperados por parte de las directrices preventivas del régimen sancionatorio ambiental, estas deben ser adoptadas de forma inmediata, pues su tardanza implicaría un potencial daño irreversible en el medio ambiente o en la salud humana.

Por otro lado, vale la pena también traer a colación las virtudes logradas por este nuevo procedimiento sancionatorio ambiental con respecto al procedimiento de las medidas preventivas, precisiones que deben guardar importancia, comparándose con los problemas que se venían presentando con la aplicación de la Ley 99 de 1993 al respecto.

Así, con la llegada de las particularidades esgrimidas en la Ley 1333 de 2009, se señala, por ejemplo, que *“En los eventos de flagrancia que requieran la imposición de una medida preventiva en el lugar y ocurrencia de los hechos, se procederá a levantar un acta en la cual constarán... De lo anterior deberá dejar la constancia respectiva. El acta deberá ser legalizada a través de un acto administrativo en donde se establecerán condiciones de las medidas preventivas impuestas, en un término no mayor a tres días”*.

No es ajeno mencionar además otros elementos importantes contenidos en las medidas preventivas de la Ley 1333 de 2009, como por ejemplo la imposición de medidas cautelares cuando un agente sea sorprendido en flagrancia causando daños al medio ambiente, ello con el fin de garantizar la presencia del infractor en el proceso sancionatorio. Este aparte contenido en el artículo 14 si bien resulta siendo un elemento innovador, no es del todo procedente en el sentido de la garantía de la presencia del infractor en el proceso sancionatorio, toda vez que dicha función no es competencia de las autoridades administrativas ambientales.

Otras medidas preventivas importantes, se encuentran contenidas desde los artículos 32 al 39 de la Ley en mención, por ejemplo el artículo 32 dispone que *“Las medidas preventivas son de ejecución inmediata, tienen carácter preventivo y transitorio, surten efectos inmediatos, contra ellas no procede recurso alguno y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar”*, y el artículo 33 establece acerca de las *“medidas preventivas sobre agentes y bienes extranjeros”*, donde en este último caso resulta

---

<sup>614</sup> Artículos 8, 79 y 80 de la Constitución Política de 1991.

necesario el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores para así poder imponer las sanciones del caso.

Aunado a lo anterior, en Sentencia C-703 de 2010<sup>615</sup> la Corte Constitucional declaró exequibles las medidas preventivas dispuestas en la Ley 1333 de 2009, ello, toda vez que es necesario que las acciones de protección ambiental se dirijan a la prevención de los riesgos frente a las situaciones de incertidumbre respecto a la causación del daño ambiental. Así las cosas, en virtud de la materialización del principio de precaución, estas medidas preventivas resultan claramente aplicables en razón de las presunciones, como instrumentos con que cuenta el Estado para actuar, sin que ello implique el desconocimiento del debido proceso.

Así las cosas, la Corte Constitucional estima que así estas medidas preventivas resulten siendo una carga para el presunto infractor, estas no tienen como fin la sanción en sentido estricto, dado que su verdadera razón de ser parte de la necesidad de reaccionar de la forma más pronta y eficaz posible, ante la inminencia de un riesgo determinado sobre el medio ambiente, máxime si estas medidas resultan siendo de carácter transitorio, yendo de esta manera, en concordancia con las disposiciones de la Constitución Política respecto a la obligación del Estado de proteger la diversidad natural del país y de garantizar a todos los colombianos el goce de un medio ambiente sano.

Ahora bien, frente la crítica que se le adjudica a estas medidas preventivas, respecto a la improcedencia de recursos en la vía gubernativa. La Corte Constitucional consideró que esta situación forma parte de la libertad legislativa con que goza el Congreso de la República, siendo además totalmente razonable y proporcionada respecto a la finalidad perseguida por este tipo de medidas, máxime si la Constitución política no establece que el principio de doble instancia estará en todas las decisiones de la administración.

De esta manera, respecto a las medidas preventivas dentro del proceso sancionatorio ambiental de la Ley 1333 de 2009, también es dable reconocer que estas no deben considerarse similares a las sanciones, ya que las finalidades de estas dos son diferentes, unas buscan la prevención de causación de un daño ambiental y la otra se insinúa como consecuencia jurídica de un daño ambiental ya comprobado, al culminar un proceso sancionatorio. Ahora bien, también es necesario que esta potestad que posee la autoridad ambiental frente a la imposición de medidas preventivas, debe ser conforme a ciertos límites que se dirijan a evitar arbitrariedades en su aplicación, como por ejemplo la

---

<sup>615</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-703 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

necesidad de que la medida preventiva sea de carácter temporal, adecuada y proporcionada con el riesgo que se pretende evitar en el caso concreto.

Por último, el demandante alega que los principios establecidos para el derecho penal deberán aplicarse también en el proceso sancionatorio ambiental de la Ley 1333 de 2009, y por ende, debe procurarse que las sanciones sean taxativas, y por ende, supuestos genéricos establecidos para las faltas ambientales como en el caso de esta Ley, generará una incongruencia en la aplicación de estos principios penales.

Al respecto, la Corte Constitucional expuso que la rigurosidad y taxatividad que se endilga no puede ser de carácter estricta, y donde si bien algunos principios del régimen penal son aplicados a este proceso sancionatorio de la administración, debe tenerse en cuenta que cada uno posee características propias y concretas que deben ser imperantes a la hora de exigir esa rigurosidad en la taxatividad de las faltas, ello teniendo en cuenta que estamos frente a un proceso de carácter administrativo sancionador<sup>616</sup>. De conformidad con lo anterior, puede deducirse que las normas sancionatorias ambientales poseen una tipificación de carácter indirecto, donde se establece un mandato específico, una prohibición y un condicionamiento en donde si el sujeto actúa de una determinada manera, acarreará una sanción determinada, como en este caso.

A continuación se analizarán algunas de las medidas preventivas más importantes dentro del contexto de la Ley 1333 de 2009, veamos<sup>617</sup>:

#### 1. Amonestación escrita:

Es una llamada de atención de manera escrita, dirigida esta al presunto infractor de la normatividad ambiental. Para imponerse dicha medida, resulta necesario que el infractor no haya puesto en grave peligro la integridad y permanencia de los recursos naturales. Debe cumplirse además con la asistencia a un curso especial para infractores ambientales, de tal manera que si se incumple con la citación al curso señalado en la norma, el infractor deberá pagar una multa de cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esta medida es considerada como leve, toda vez que sólo exige o advierte la causación de una infracción.

#### 2. Decomiso y aprehensión preventivos:

---

<sup>616</sup> “no es dable asimilar el radio de acción de estos en el campo penal y en el campo administrativo, porque la aplicación irrestricta de éstos puede desconocer la finalidad misma de la infracción administrativa”. Corte Constitucional. Sentencia C-546 de 2000.

<sup>617</sup> *Ibidem*. p. 258 - 263.

En primer término, el decomiso se relaciona directamente con los elementos que sirvieron como herramienta de realización del daño ambiental o de la violación de la normatividad ambiental. La aprehensión como tal tiene que ver solamente con las especies de flora o fauna en poder del infractor. A su vez, estas medidas preventivas consistentes en decomiso y aprehensión, pueden armonizarse con el artículo 38 de la misma Ley 1333, el cual incluye la figura del fideicomiso, además de la destrucción de la especie decomisada, siempre y cuando esta última presente riesgos para la salud humana, vegetal o animal.

### 3. Multas preventivas:

Estas se incrementan desde 300 hasta 5.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, además de la inclusión del trabajo comunitario según el caso concreto. Esta última disposición debe verse armonizada con el parágrafo del artículo 49 de la ley en mención, en donde se plantea que *“El Gobierno Nacional reglamentará las actividades y procedimientos (sic) que conlleva la sanción de trabajo comunitario en materia ambiental y la medida preventiva de asistencia a cursos obligatorios de educación ambiental como parte de la amonestación”*.

### 4. Suspensión de la obra o actividad:

Esta opera cuando una obra o actividad determinada pueda ocasionar un daño o peligro al medio ambiente o a la salud humana, cuando una obra o actividad se haya iniciado sin los permisos correspondientes o cuando estos, aún contando con los permisos respectivos, hayan incumplido los términos o condiciones específicos bajo los cuales se les concedió dicho permiso.

## **G. Transición normativa.**

Como quinto elemento a analizar de manera previa a la iniciación del procedimiento sancionatorio ambiental es el análisis de la normatividad aplicable, toda vez que la Ley 1333 dispuso un régimen de transición normativa con el fin de pasar de los procedimientos sancionatorios ambientales llevados dentro del marco de lo dispuesto por el Decreto 1594 de 1984 a las directrices procesales de la Ley 1333 de 2009. Han surgido muchos interrogantes, por ende se analizará la situación prevista por la norma con el fin de aclarar el panorama de interpretación normativa: por medio de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 1333 de 2009, se crea un proceso de transición de normatividades, indicando así que los procesos sancionatorios que se venían surtiendo en el marco del Decreto 1594 de 1984

en los cuáles se hayan formulado cargos, continuarán el trámite respectivo hasta su culminación.

De esta manera, en caso de no haberse formulado aún el respectivo pliego de cargos dentro de un procedimiento sancionatorio establecido con el Decreto 1594 de 1984, deberá utilizarse el procedimiento señalado para el caso en la Ley 1333 de 2009.

Ahora bien, el problema surge respecto a conceptos técnicos y demás actuaciones que se pudieron generar antes de la entrada en vigencia de la Ley 1333 las cuáles forman parte de un proceso sancionatorio en el cual no alcanzó a formularse el pliego de cargos y que por tanto no se encuentran cobijadas bajo el régimen transitorio contemplado en el artículo 64 de la Ley 1333. Frente a esta problemática vale la pena traer a colación lo siguiente:

Según lo dispuesto por el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado No. 665 de 1995<sup>618</sup> y por la sentencia de la Corte Constitucional C-619 de 2001 puede expresarse que:

1. Si las palabras en la ley no pueden ser interpretadas con claridad, es necesario interpretarlas conforme a su significado legal.

Así, el artículo 64 de la Ley 1333 de 2009 expresa que sólo se continuará con el procedimiento sancionatorio contemplado en el Decreto 1594 de 1984 siempre y cuando la autoridad administrativa competente haya formulado pliego de cargos, de lo contrario se aplicará la Ley 1333 de forma inmediata. De esta manera no es viable hacer interpretaciones extensivas a dicha norma, pues resulta claro su contenido.

2. Si sobre una determinada normatividad no existe interpretación de carácter expreso deducida esta de la misma ley o ya sea en otra disposición, resulta necesario recurrir a la ayuda de los principios generales del derecho consagrados estos principalmente en la Constitución Política de Colombia y especialmente en la Ley 57 de 1887, la Ley 153 de 1887 y el artículo 4º del título preliminar del Código Civil, así como también las demás normas en donde se encuentren contemplados dichos principios.

Ahora bien, surge la pregunta de la garantía de los principios constitucionales del debido proceso contenidos en el artículo 29 de la Carta Política, en donde se determina que nadie puede ser juzgado sino por normas preexistentes al acto que se le imputa<sup>619</sup>.

---

<sup>618</sup> [http://www.superservicios.gov.co/basedoc/consejo\\_estado](http://www.superservicios.gov.co/basedoc/consejo_estado) Página consultada el día 4 de agosto de 2010.

<sup>619</sup> “La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho

Al respecto la Corte Constitucional<sup>620</sup> también ha expresado respecto a la preexistencia de las normas jurídicas que las leyes preexistentes son aquellas de carácter substancial que definen los delitos y las penas. Pero las normas de carácter procesal y de jurisdicción y competencia sí cuentan con un efecto general inmediato, conforme a lo establecido en el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, el cuál señala que *“La ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40”*.

Por todo lo anteriormente expuesto, es dable concluir que tanto los conceptos de carácter técnico como otros asuntos que hayan sido evaluados jurídicamente para ser tenidos en cuenta dentro de un determinado procedimiento sancionatorio ambiental, generados estos bajo los señalamientos y directrices del Decreto 1594 de 1984, no generan *“per se”* una situación jurídica consolidada dentro del derecho y por ende son situaciones que se encuentran en trámite y por ende es necesaria la aplicación obligatoria de la norma posterior, en este caso del nuevo régimen sancionatorio ambiental – Ley 1333 de 2009, sin llegarse así a desconocer derechos adquiridos.

3. Cuando la finalidad sea otorgarle un sentido a la ley, debe analizarse el contexto sobre el cual fue expedida con el fin de ilustrar, ello para otorgarle una armonía.

Según lo anteriormente expuesto, si llegasen a existir procesos que se encuentren en fase de juzgamiento, no resultaría viable la aplicación del nuevo régimen sancionatorio ambiental, pues ello conllevaría a confundir el procedimiento. Por ende, según lo dispuesto por este método de interpretación, debe partirse de la situación de hecho y de derecho en la cual se encuentren las personas sometidas a la normatividad aplicable<sup>621</sup>.

---

*jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos, ...cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua...*”. Corte Constitucional. Sentencia C-619 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy C.

<sup>620</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández G.

<sup>621</sup> No habrá trato discriminatorio por parte de la ley cuando: 1. La situación de hecho de la que se parte es diferente. 2. La decisión de otorgarle un trato diferente al sujeto se encuentra fundamentada en un fin aceptado por parte de la Constitución. 3. Resulta posible y adecuado conseguir dicho fin por los medios propuestos. Corte Constitucional. Sentencia T-230 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4. Si no pudiesen aplicarse principios y reglas de carácter hermenéutico, todo pasaje oscuro o contradictorio debe interpretarse conforme al espíritu general de la ley y la equidad natural:

Esto quiere decir que el espíritu de la Ley 1333 de 2009 no es otro que el de crear herramientas jurídicas para desarrollar toda la actividad sancionatoria en materia ambiental.

Por ende es completamente viable la aplicación inmediata del proceso sancionatorio ambiental contemplado en la Ley 1333 de 2009 para las situaciones jurídicas aún no consolidadas, es decir cuando no se haya formulado pliego de cargos. Pero para casos en que sí se haya formulado dicho acto administrativo de cargos, el procedimiento a seguir continúa siendo el Decreto 1594 de 1984.

Ahora bien, el problema jurídico surge cuando por medio de la aplicación de este Decreto se pretenda sancionar a un determinado sujeto teniendo en cuenta que dichas sanciones fueron subrogadas por la Ley 1333 de 2009. Para resolver esta situación es necesaria la aplicación de los principios generales del debido proceso sancionatorio, el cual consagra que los operadores jurídicos sólo podrán imponer sanciones conforme a normas preexistentes, por ende no es viable la aplicación de las sanciones establecidas en la Ley 1333 para procedimientos sancionatorios que se venían llevando conforme al Decreto 1594 de 1984 y la Ley 99 de 1993, siempre y cuando dentro del procedimiento de este último se haya por lo menos formulado pliego de cargos antes de la entrada en vigencia del nuevo régimen sancionatorio ambiental.

Conforme a lo anterior, cuando se vaya a aplicar una sanción conforme al procedimiento señalado en el antiguo régimen sancionatorio ambiental, resulta necesario que el operador jurídico aplique las disposiciones contenidas en el artículo 85 de la Ley 99 de 1993, toda vez que las sanciones tienen un carácter sustancial.

## **H. Clases de infracciones ambientales.**

Como sexto elemento previo a la iniciación formal del proceso sancionatorio ambiental, es fundamental también la determinación de la infracción ambiental.

Existen dos tipos de infracciones ambientales según la Ley 1333 de 2009. Estas son la violación de la normatividad ambiental y el daño ambiental, yendo así un a un nivel mas allá de la antigua Ley 99 de 1993 en donde esta última únicamente consagraba la

trasgresión a la normatividad ambiental. De esta manera, la infracción ambiental en el nuevo régimen sancionatorio ambiental tiene los siguientes elementos:

1. Violación de la normatividad ambiental según la Ley 1333 de 2009<sup>622</sup>:

Esta se da por conducto de la violación de las disposiciones contenidas en el Decreto 2811 de 1974, en la Ley 165 de 1994 y en las demás normas complementarias vigentes sobre la temática ambiental dentro de nuestro país. Es necesario que la infracción resulte del incumplimiento de las normas ambientales que le sean exigibles a una persona ya sea esta natural o jurídica respecto de su actividad.

También es dable reconocer que si la infracción normativa ambiental es realizada por una entidad de carácter público, esta última tiene la obligación jurídica de responder por las infracciones causadas en materia ambiental, toda vez que la normatividad sancionatoria ambiental no excluye personas dentro de su régimen de aplicación, tal y como sucedió con el régimen sancionatorio anterior, en donde el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo inició investigaciones en contra de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique - CARDIQUE<sup>623</sup>, por la supuesta comisión de irregularidades en la expedición de una licencia.

- Alcance de las infracciones: según lo dispuesto por el nuevo régimen sancionatorio ambiental, todas las normas de alcance general que hagan parte del ordenamiento jurídico ambiental en el país deben ser aplicadas a los infractores ambientales. Además de los actos administrativos de las autoridades ambientales competentes.
- Formas de violación de las normas ambientales: para configurarse una forma de violación de la normatividad ambiental, debe pensarse en dos situaciones, la acción y la omisión. En este sentido la acción se configura al gestionar o desarrollar labores realizadas por el presunto infractor quebrantando así prohibiciones u obligaciones contenidas en la normatividad ambiental. Y la omisión se configura por negligencia, olvido o inadvertencia del supuesto infractor quien tenía el deber legal de realizar esa determinada acción de tipo ambiental.
- Consecuencias: la finalidad de las normas sancionatorias ambientales contenidas en la Ley 1333 de 2009 se resumen en la imposición de sanciones consagradas estas en el artículo 40, “...multas diarias, cierre temporal o definitivo del

---

<sup>622</sup> *Ibidem*.

<sup>623</sup> Resolución 633 del 10 de abril de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

*establecimiento, revocatoria o caducidad de las licencias, concesiones o permisos, demolición de la obra, decomiso definitivo de las especies, productos o elementos utilizados, restitución de las especies o trabajo comunitario”.*

## 2. Daño al medio ambiente según la Ley 1333 de 2009:

Si bien es cierto, la Ley 1333 no definió de manera expresa el significado del daño ambiental, sin embargo, su definición doctrinal puede delimitarse a toda lesión o menoscabo al derecho de las personas ya sean estas consideradas en forma individual o colectivamente, con el fin de alterar negativamente las condiciones naturales de la vida<sup>624</sup>.

Otra definición del daño ambiental es la concedida por el programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente (PNUMA) señalándolo como<sup>625</sup>:

*“...un cambio que tiene un impacto adverso considerable sobre la calidad de un particular ambiente o alguno de sus componentes incluyendo sus valores utilitarios y no utilitarios y su capacidad para soportar una calidad de vida aceptable y sostenible y un equilibrio ecológico viable”.*

Como se ve, el concepto de daño ambiental es diferente al de daño en materia de responsabilidad civil extracontractual, contrariamente a lo que hiciese parecer la Ley 1333 de 2009 previendo la aplicación de dicha responsabilidad civil. Ello por dos razones imprescindibles;

La primera se refiere a que la normatividad ambiental contenida en la Ley 1333 no refiere la comisión de daños ambientales en bienes de particulares, en este sentido se presume que la potestad sancionadora con la que cuenta la administración no es aplicable para la causación de daños y perjuicios hacia terceros particulares, así, será el perjudicado quien deberá acudir a la justicia ordinaria<sup>626</sup>.

La segunda razón, tiene que ver con la imposibilidad de la responsabilidad ambiental para ofrecer certeza de la causación del daño y la impersonalidad de este, veamos:

---

<sup>624</sup> Circular Instructiva de la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá D.C. Ver <http://www.secretariadeambiente.gov.co/sda/libreria/pdf/CIRCULAR%20INSTRUCTIVA.pdf> Página consultada el día 4 de agosto de 2010.

<sup>625</sup> Programa de las Naciones Unidas para el medio Ambiente (PNUMA). Primera reunión del Comité Asesor Científico y Técnico Interino del Protocolo Relativo a las Áreas de Flora y Fauna Silvestres Espacialmente Protegidas en la Región del Gran Caribe, 1992.

<sup>626</sup> Oscar Darío Amaya Navas y María del Pilar García Pachón. (Compiladores). Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2010. p. 226 - 227

- Certeza del daño<sup>627</sup>: dentro de la responsabilidad civil extracontractual se evidencia que el daño debe ser cierto, es decir que no existan dudas respecto a su realidad, pero ya en materia ambiental en donde las circunstancias son diferentes, se muestra que es muy difícil poder probar la existencia de un daño, máxime si existen tantas dudas de carácter científico las cuáles pueden demostrar con grado de certeza absoluta cuáles son las verdaderas causas y consecuencias de dichos daños, máxime si los efectos de estos dentro del ecosistema varían demasiado respecto a su intensidad (magnitud del daño causado) e inmediatez (corto o largo plazo).

De esta manera, puede suceder que exista incertidumbre respecto al alcance o magnitud del daño, en este sentido podría deducirse que el daño evidentemente se va a presentar, pero no se puede llegar a tener conocimiento respecto a sus efectos principales.

También es necesario tener en cuenta que los daños ambientales comúnmente se extienden a un colectivo de víctimas, viéndose la necesidad de resarcimiento de estos daños con características supraindividuales.

- El daño debe ser personal<sup>628</sup>: esta es la segunda característica que impone el régimen de responsabilidad civil extracontractual y así como en el punto anterior, este requisito tampoco se aplica para el régimen de responsabilidad ambiental, toda vez que la mayoría de los daños causados al medio ambiente suelen ser despersonalizados, imposibilitando así la individualización del sujeto activo y alcanzando muchas veces una macrovictimización, sin que al menos los directamente afectados se hubiesen dado por enterados, ello por causa de la utilización de nuevas tecnologías que impiden su percepción al consumidor común, por consiguiente para el daño ambiental resulta imposible la concepción individual de la víctima<sup>629</sup>, siendo esta más acorde con su aplicación la concepción de intereses difusos o supraindividuales los cuales tienen como interés la protección del interés general<sup>630</sup>.

---

<sup>627</sup> Circular Instructiva de la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá D.C. Ver <http://www.secretariadeambiente.gov.co/sda/libreria/pdf/CIRCULAR%20INSTRUCTIVA.pdf> Página consultada el día 4 de agosto de 2010.

<sup>628</sup> *Ibíd.*

<sup>629</sup> Lucía Gomis Catalá. Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente, Pamplona Aranzadi S.A. Pamplona-España. 1998. pp. 73-74.

<sup>630</sup> Isidoro Goldenberg y Nestor Cafferatta, Daño ambiental, Problemáticas de la determinación causal. Abeledo Perrot. Buenos Aires-Argentina. 2001.

Por otro lado, ya dentro del contexto del daño ambiental señalado este en la Ley 1333 de 2009, para poderse configurar la causación de este y que a su vez sea sancionable por medio del procedimiento sancionatorio ambiental, resulta necesaria la configuración de los elementos necesarios para la existencia de responsabilidad civil extracontractual contenida en los artículos 2341 al 2360 del Código Civil, necesitándose así para la configuración de un daño al medio ambiente la existencia de un daño causado por la conducta dolosa o culposa del infractor, ya sea por acción u omisión, que dicho daño se encuentre plenamente probado, demostrándose además la relación causal entre la comisión de este último con la acción dolosa o culposa del infractor.

Por lo anterior, este tipo de responsabilidad se configura por medio de tres supuestos:

A. Responsabilidad por el hecho propio: aquí el responsable es el sujeto que generó el perjuicio en forma directa y personal (artículo 2341 del Código Civil).

B. Responsabilidad por el hecho de otro: el sujeto debe responder por los hechos generados por un tercero quien se encuentra bajo su dependencia, como por ejemplo el hijo, pupilo, etc. (artículo 2347 del Código Civil)

C. Responsabilidad del guardián de la cosa que produce el daño: el dueño de la cosa que produce el daño es el llamado en este caso a responder, por ejemplo un animal, una máquina, etc. (artículo 2353 al 2355 del Código Civil)<sup>631</sup>.

También es del caso plantear que la responsabilidad por la causación de daños en el medio ambiente puede tornarse solidaria, esto en razón de la aplicación del artículo 2344 del Código Civil *“Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355<sup>632</sup>. Todo fraude o dolo cometido por dos o más persona produce la acción solidaria del presente inciso”*.

Ahora bien, el problema en este punto radica en determinar el grado de responsabilidad de cada uno de los infractores que responderán solidariamente, además del desconocimiento de la cantidad de infractores que pueden concurrir en un mismo hecho, la distancia entre los sitios donde se manifiestan los efectos dañosos, entre otras

---

<sup>631</sup> *Ibidem*. p. 229.

<sup>632</sup> Dichas excepciones hacen relación a la ruina de un edificio por caso fortuito o fuerza mayor o cuando un daño es causado por una cosa que arrojan de un edificio.

situaciones, mostrándose como una problemática relacionada con la impersonalidad y la falta de certeza del daño ambiental, tal y como anteriormente se analizó<sup>633</sup>.

### **I. La presunción de culpa o dolo en la Ley 1333 de 2009.**

Como último elemento que debe tenerse en cuenta al momento de iniciar el procedimiento sancionatorio ambiental, es el análisis de la presunción de culpa o dolo en materia ambiental.

Por consiguiente, esta presunción atribuida claramente al infractor ambiental dentro del trámite procedimental del parágrafo del artículo 1° de la Ley 1333, pudiendo llevar a la autoridad ambiental competente a la imposición de medidas preventivas o sanciones en caso de que dicho infractor no desvirtúe dicha presunción, veamos:

*“ ... En materia ambiental, se presume la culpa o el dolo del infractor, lo cual dará lugar a las medidas preventivas. El infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales...”*

Posteriormente, en el parágrafo 1° del artículo 5° se vuelve a exponer la anterior disposición:

*“... En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla...”*

De esta forma, el Presidente de la República presentó objeciones a la Ley 1333 relacionadas con la inconstitucionalidad de la presunción de culpa o dolo consagrada en el nuevo régimen sancionatorio ambiental. Precisamente el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia el cual proscribía la responsabilidad objetiva ha sido el mayor logro jurídico-social en torno a las garantías procesales, de esta manera, dicha norma fundamental ha sido la más grande conquista de los Estados liberales y democráticos, en donde se encuentra fuertemente marcada la influencia de las libertades ciudadanas.

El ejecutivo también alega que estas garantías también se ven consagradas en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, donde en su artículo 9° señala al respecto que *“Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea*

---

<sup>633</sup> Oscar Darío Amaya Navas y María del Pilar García Pachón. (Comp.). Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2010. p 237.

*declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley”.*

También la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la ONU en el año de 1948 incluyó este principio dentro de su artículo 112.1 que *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.*

Posteriormente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969 establece al respecto del tema que *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*<sup>634</sup>.

Según el Presidente de la República, particularmente en Colombia, la Corte Constitucional en sentencia C-506 de 2002, señaló la necesidad de garantizar la presunción de inocencia y las reglas de la carga probatoria en todas las actuaciones judiciales y administrativas que se adelanten en contra de los ciudadanos, expresando que el derecho al debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, es decir que las garantías mínimas del debido proceso en materia penal son aplicables, a las actuaciones sancionadoras de la administración, principalmente para los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva – *“nulla poena sine culpa”*-, la presunción de inocencia, las reglas de la carga probatoria, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del *“non bis in ídem”* y la analogía del *“in malam partem”*, entre otros conceptos<sup>635</sup>.

También en la sentencia C-626 de 1996, la Corte explicó con claridad el tema, advirtiendo que con base en lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de ninguna persona. Esto con base en el postulado de presunción de inocencia de toda persona hasta tanto no se le haya demostrado lo contrario por medio de un debido proceso y ante un tribunal competente, por ello, dentro del ordenamiento jurídico colombiano se proscribió la responsabilidad objetiva<sup>636</sup>

Pero contrariamente a la tesis expuesta por el entonces Presidente de la República, respecto a la presunta aplicación de un régimen objetivo para la Ley 1333 de 2009, para la Corte

---

<sup>634</sup> *Ibidem.* p. 66

<sup>635</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-506 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy

<sup>636</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-626 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández G.

Constitucional<sup>637</sup>, la presunción de dolo o culpa en materia ambiental que se argumenta en esta Ley, es de carácter subjetivo y por ende, este Tribunal declaró su exequibilidad en el plano constitucional, toda vez que parte de la necesidad del Estado colombiano de conservar el medio ambiente sano, amparado este en la Constitución Política, recordando además que este objetivo no es único de nuestro país, sino de todos los Estados en general, constituyéndose entonces como un deber universal.

Del mismo modo, la Corte afirma que con fundamento en los Tratados y Acuerdos de carácter internacional que el Estado colombiano ha suscrito, en relación con la protección del medio ambiente, se ha acogido entre otros conceptos jurídicos elementales de protección, al principio de precaución, introducido este al ordenamiento jurídico interno de nuestro país por medio de la Ley 99 de 1993, señalando en su artículo 1.1 que el modelo social y económico del Estado colombiano deberá enmarcarse en los principios consagrados en la Declaración de Río del año 1992, entre ellos el de precaución.

Ahora bien, ya en el caso concreto de la presunción de dolo o culpa en materia ambiental como manifestación de un régimen eminentemente subjetivo, la Corte Constitucional expone que frente a la potestad sancionadora de la administración en el caso de la Ley 1333 de 2009, esta busca principalmente garantizar la organización y el funcionamiento del Estado, para así poder cumplir con los deberes de este, aunque este ejercicio de la potestad sancionadora deberá enmarcarse en las condiciones dadas por el artículo 29 de la Constitución Política, referente al derecho al debido proceso.

Adicionalmente a ello, según la Corte, es necesario reconocer que si bien la potestad sancionatoria de la administración tiene sus bases en los principios del derecho penal, la aplicación de las garantías del debido proceso no van a tener las mismas exigencias, máxime si se exponen contextos diferentes tanto en el plano penal como en el administrativo sancionador, y por ello, la presunción de inocencia y el análisis de la culpabilidad dispuestas en el derecho administrativo sancionatorio, pueden ser interpretadas y aplicadas con un grado diferente de exigencia que en el proceso penal.

De esta forma, para el caso concreto del artículo 1° y el párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1333 de 2009, la presunción de dolo o culpa en materia ambiental debe entenderse como una presunción legal<sup>638</sup>, ya que se admite la prueba en contrario, y por esta razón, si bien pesa una presunción de culpabilidad para el presunto infractor, este conserva la posibilidad de desvirtuarla usando para ello los medios probatorios legales a que haya lugar. Por ello, la presunción legal de culpabilidad en materia ambiental, implicará la

---

<sup>637</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-595 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio

<sup>638</sup> *Ibidem*.

inversión en la carga probatoria, sin desconocer el principio de presunción de inocencia, toda vez que el Legislador, en uso de su derecho de libertad legislativa, debió desarrollar herramientas efectivas para la protección de bienes jurídicos constitucionales tales como la conservación de un medio ambiente sano, reconociendo además una problemática sumamente crítica de afectación a este bien jurídico, y estableciendo instrumentos jurídicos para garantizar su protección.

De esta manera, y haciendo el respectivo “*test de razonabilidad*”<sup>639</sup>, la Corte Constitucional expone que la presunción de culpabilidad en materia ambiental, al ser esta una presunción de carácter legal, guarda estrecha correspondencia entre la problemática existente sobre la degradación del medio ambiente en nuestro país y la defensa de este último como un bien jurídico constitucional. De esta forma, se libera al Estado de la carga de probar que el presunto infractor causó un daño ambiental, imponiéndole esta carga probatoria al infractor, el cual deberá desvirtuar dicha presunción por conducto de las pruebas que este aporte.

Lo anterior, no implica que se establezca una presunción de “responsabilidad” del presunto infractor, sino de culpa o dolo, lo cual resulta completamente diferente, toda vez que en la presunción legal de culpabilidad se produce un cambio en la carga probatoria, pero el Estado aún debe analizar y evaluar la ocurrencia de la conducta y si esta puede basarse eventualmente en una causal eximente de responsabilidad, conservando así un régimen de responsabilidad subjetivo.

Aunado a lo anterior, hubo otras demandas de inconstitucionalidad de los artículos de la Ley 1333 de 2009, referentes a la presunción de culpabilidad, y la Corte Constitucional, en Sentencias C-742 de 2010<sup>640</sup>, C-596 de 2010<sup>641</sup>, y C-1007 del 6 de Diciembre de 2010<sup>642</sup>, señaló que las normas demandadas ya habían sido objeto de análisis y consecuente exequibilidad en la Sentencia C-595 de 2010 y por lo tanto opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, ordenando que deberá estarse a lo resuelto en dicha sentencia.

No obstante lo anterior, en la Corte Constitucional le recuerda al accionante, que la presunción de dolo en materia sancionatoria ambiental no prevé un régimen de responsabilidad objetiva, sino más bien uno de carácter subjetivo en donde, por razones constitucionales, debe otorgarse una mayor protección al medio ambiente, y por ende la consecuencia de esta presunción vendría siendo la inversión de la carga probatoria, sin que

---

<sup>639</sup> *Ibidem*.

<sup>640</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-742 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>641</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-596 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>642</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-1007 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto.

ello implique la inversión desproporcionada del derecho a la defensa de los presuntos infractores, esto por las siguientes razones:

1. La presunción de dolo en materia de responsabilidad sancionatoria ambiental, responde a la necesidad de protección del medio ambiente.
2. Frente a la imposibilidad de cumplir con los fines preventivos y disuasivos mediante la utilización de instrumentos jurídicos menos restrictivos para los derechos fundamentales, la presunción de dolo resulta siendo la medida más eficaz para lograr dichos cometidos.
3. La presunción de dolo en materia ambiental se considera como una “proporcionada”, toda vez que no se suprime la garantía del derecho a la defensa, toda vez que el presunto infractor tiene la posibilidad de desvirtuar la acusación de la autoridad ambiental por conducto de los medios probatorios dispuestos para ello.

Adicionalmente a ello, especialmente en la Sentencia C-742 de 2010, la Corte Constitucional aclaró que el hecho de no incluirse la inexistencia de dolo o culpa como eximentes de responsabilidad, no significa que el presunto infractor no se pueda exculpar de su responsabilidad alegando la ausencia tanto del dolo como de la culpa.

La anterior afirmación, toda vez que según la Corte, ya el artículo 1º de la Ley 1333 de 2009 dispone que *“el infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales”*. Por ende, es claro que sí es posible demostrar la falta de dolo o culpa para que el presunto infractor no sea sancionado por parte de la autoridad ambiental competente, máxime, si además el procedimiento sancionatorio ambiental fundamenta su aplicación en los principios constitucionales y legales que rigen las actuaciones administrativas, como el principio de culpabilidad.

Por último, cabe decir que además se cursa otra demanda de inconstitucionalidad del párrafo del artículo 1 y del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1333 de 2009 relacionados como vimos, con la presunción de dolo en materia ambiental, toda vez que desconocen la presunción de inocencia del artículo 29 de la Constitución Política. El accionante expone adicionalmente que debería recaer en las autoridades ambientales la carga de probar la responsabilidad del presunto infractor, máxime si les corresponde la guarda, control y vigilancia del medio ambiente.

En el mes de Febrero de 2011 vence el término de decisión de la sala plena respecto a esta demanda, y, frente a su decisión de fondo, resulta muy probable que esta se ajuste a los fallos anteriormente dados respecto al tema, nuevamente decidiendo atenerse a lo expuesto en la Sentencia C-595 de 2010, es decir declarando la exequibilidad de la presunción de dolo en materia ambiental, por encontrarse ajustada a la Constitución.

#### **J. Procedimiento de imposición de sanciones dentro de la Ley 1333 de 2009.**

Es necesario entender tal y como lo plasmó la Corte Constitucional<sup>643</sup>, que la potestad sancionatoria de la administración resulta siendo necesaria con el fin de poder cumplir con las funciones y fines hacia los cuales esta se comprometió. De esta manera, resulta siendo una prioridad el hecho de otorgarle facultades a las autoridades ambientales para sancionar a los individuos, ello con el fin de garantizar el cumplimiento de sus principios, fines y demás compromisos adquiridos por las mismas. Por esta razón y con la entrada en vigencia de la Ley 1333 de 2009, a continuación se relatará brevemente cual es el procedimiento sancionatorio ambiental a seguir<sup>644</sup>:

- El procedimiento sancionatorio inicia con la indagación preliminar, la finalidad de esta etapa procesal no es otra que:
  - a) Verificar la ocurrencia de una conducta determinada.
  - b) Determinar si dicha conducta constituye una infracción de carácter ambiental.
  - c) Establecer si se ha actuado amparado en una causal eximente de responsabilidad.

Independientemente del propósito de la indagación preliminar, esta última no puede extenderse a la investigación de hechos diferentes a los que fueron objeto de denuncia o queja y, por un término máximo de seis meses.

Aunando a lo anterior, es preciso decir además que la indagación preliminar no tiene un carácter obligatorio, en tal sentido no resulta imprescindible la iniciación de un proceso sancionatorio ambiental con la evacuación procesal previa de la indagación preliminar. Ahora bien, independientemente que la Ley 1333 de 2009 no haya establecido un procedimiento formal para cumplirse en dicha etapa, esta no puede ser iniciada sino es con la expedición de un auto de apertura de indagación preliminar, ello con el fin de que quien se vea involucrado en la indagación

---

<sup>643</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C. 214 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell

<sup>644</sup> Oscar Darío Amaya Navas y María del Pilar García Pachón. (Comp.). Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2010. p. 183 - 191

preliminar pueda participar activamente en dicha etapa procesal y así también controvierta las pruebas en su contra.

- Inicio del proceso sancionatorio: ahora bien, si con base en el trámite de indagación preliminar o independientemente de este, se puede establecer algún grado de responsabilidad con mérito suficiente para continuar con el proceso formal, entonces se iniciará el proceso sancionatorio ambiental, el cual será adelantado ya sea de oficio, a petición de parte o como consecuencia de la imposición de una medida preventiva. La iniciación del proceso sancionatorio debe partir de la expedición de un auto de apertura del procedimiento sancionatorio, el cual estará debidamente motivado y notificado personalmente al infractor. Contra este auto no caben recursos en la vía gubernativa por el hecho de constituirse en una providencia de mero impulso procesal.

Resulta necesario que además en el auto de inicio se haga relación expresa de todas las pruebas con las que cuenta la administración dentro del proceso sancionatorio, ello con el fin de garantizar el derecho a la defensa del presunto infractor pudiendo este controvertirlas.

Iniciado ya el proceso administrativo sancionatorio, la autoridad ambiental competente, (independientemente de la existencia de una presunción de dolo o culpa en cabeza del infractor, lo cual traslada la carga de la prueba hacia este último) debe también realizar todas las diligencias que estime convenientes para poder determinar con grado de certeza la autoría de la infracción y el daño causado.

En este punto, puede suceder que la administración decida cesar el procedimiento en contra del infractor por alguno de los siguientes supuestos de hecho:

- a) Muerte del infractor.
- b) Inexistencia del hecho investigado.
- c) La conducta no es imputable al infractor.
- d) Que la acción del presunto infractor pudiese estar amparada legalmente y/o autorizada.

Si se cumple uno de estos cuatro elementos anteriormente expuestos, entonces la autoridad administrativa competente deberá ordenar la cesación del procedimiento sancionatorio ambiental, publicando dicha providencia en los términos señalados por el

artículo 71 de la Ley 99 de 1993 y procediendo si es del caso el recurso de reposición en virtud de lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo. Dicha cesación debe realizarse previamente a la formulación de cargos salvo en el caso del fallecimiento del infractor.

Por último, respecto a esta etapa procesal debe decirse que una vez se inicie el procedimiento sancionatorio ambiental, cualquier persona puede intervenir como un tercero con el fin de aportar pruebas o apoyar al funcionario competente, además de contar con el apoyo de las autoridades de policía para que estas ejerzan funciones de control y vigilancia ambiental.

- Formulación pliego de cargos: ahora bien, si llegase a existir mérito suficiente para continuar con la investigación, la autoridad ambiental competente debe formular pliego de cargos por medio de acto administrativo debidamente motivado en contra del presunto infractor ambiental, informando las acciones u omisiones que se constituyen como una infracción ambiental e informar cual es la falta en la cual se incurrió con el fin de garantizarle a este su derecho de defensa: se relacionan los hechos causantes del inicio del proceso sancionatorio, las pruebas que existen dentro del proceso, debe individualizarse las normas violentadas por el presunto infractor o el daño causado por este, además de calificarse la falta, es decir evaluar el grado de culpabilidad.

A su vez, el presunto infractor cuenta con un plazo de diez días contados a partir de la notificación del pliego de cargos, con el fin de que este último presente los respectivos descargos según el caso<sup>645</sup>.

- Posteriormente y, vencido el plazo de los diez días hábiles para la presentación de los descargos, la autoridad ambiental ordenará la práctica de las pruebas solicitadas o de oficio ordenará su ejecución.
- Vencido el término probatorio, la autoridad administrativa competente si es del caso, declarará la responsabilidad ambiental en cabeza del infractor, además de imponer las sanciones correspondientes. Dicho acto administrativo que pone fin al proceso sancionatorio debe ser notificado a la parte interesada de manera personal y contra este procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario que tomó la decisión, si llegase a existir superior jerárquico podrá interponerse recurso de apelación. Estos recursos deben ser utilizados dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del acto administrativo que pone fin a dichas diligencias.

---

<sup>645</sup> Ibídem. p. 194-196.

- Además de la sanción impuesta al infractor por medio del acto administrativo anteriormente señalado, pueden también imponerse medidas de carácter compensatorio, ello con el fin de restaurar en alguna medida el daño causado conforme a criterios de proporcionalidad<sup>646</sup>.
- Recursos: en principio y como los demás procedimientos sancionatorios, existen actos de trámite, preparatorios o de ejecución y actos definitivos. Dependiendo de su clasificación, estos pueden o no estar sujetos a recursos dentro de la vía gubernativa. Así las cosas no proceden recursos en la vía gubernativa en contra de actos administrativos de carácter general de mero trámite, preparatorios o de ejecución, salvo en los casos establecidos expresamente en virtud de una norma, como por ejemplo para el auto que niega la práctica de pruebas cabe el recurso de reposición<sup>647</sup>.

## **K. Tipos de sanciones ambientales:**

Las sanciones ambientales son la relación más cercana que el derecho administrativo tiene con el derecho penal, toda vez que se hace uso de la potestad sancionatoria que tiene el Estado y que por antonomasia configura el grueso del contenido en materia penal, pero que también puede ser implementada en otras ramas del derecho con el fin de lograr la efectividad en el cumplimiento de las normas consagradas por el Estado. Entre las figuras sancionatorias con las que cuenta la administración encontramos las siguientes:

### **1. Multas:**

Hay un incremento significativo en las sanciones por infracciones ambientales, según lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 1333 de 2009, la autoridad ambiental competente puede imponer multas diarias hasta por 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir aproximadamente USD. 1'184.000<sup>648</sup>.

---

<sup>646</sup> *Ibidem*. p. 198-203

<sup>647</sup> Artículo 26 de la Ley 1333 de 2009.

<sup>648</sup> Hernán Rodríguez Domínguez y Manuela Villa González. Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental. Reporte Legal No. 5. Rodríguez y Cavellier. Bogotá-Colombia. Julio de 2009. Ver [http://www.rodriguezycavellier.com/reportes/regimen\\_sancionatorio\\_ambiental.html](http://www.rodriguezycavellier.com/reportes/regimen_sancionatorio_ambiental.html) Página consultada el día 3 de agosto de 2010.

2. Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio:

Constituida esta sanción en el artículo 44 de la Ley 1333, donde se dispone que dicho cierre puede ser de carácter temporal o definitivo: temporal si solamente se cierra durante un tiempo o plazo determinado y definitivo, se explica cuando el establecimiento, edificación o servicio se cierra sin indicación de límite de tiempo alguno.

Además dicho cierre también puede ser total cuando se cierra todo el lugar o parcial cuando sólo involucra a algunas de las actividades que realiza el infractor<sup>649</sup>.

3. Revocatoria o caducidad de licencia ambiental, autorización, concesión, permiso o registro:

Dicha sanción se encuentra reproducida en el artículo 45 de la Ley 1333 de 2009, en virtud de la cual se deja sin efectos los actos administrativos que concedieron licencia ambiental o concesión al infractor. Aquí queda claro que dicha medida sólo puede materializarse como consecuencia de haberse probado el incumplimiento por parte del beneficiario de dichos permisos ambientales, es decir, después de haberse terminado el proceso sancionatorio y como consecuencia directa de este.

4. Demolición de la obra:

En el artículo 46 de la Ley 1333 de 2009, se dispone al respecto que la destrucción de la obra a costa del infractor debe realizarse bajo parámetros técnicos establecidos por una autoridad administrativa competente. La demolición de la obra implica que el infractor quede obligado a realizarla en forma directa y si este no accede lo deberá hacer la autoridad ambiental quien repetirá en contra del infractor por los gastos en los cuales esta incurra.

5. Decomiso definitivo:

En este supuesto, consagrado en los artículos 40 y 47, dispone que podrán encontrarse dentro de esta medida el decomiso de productos, elementos, medios o implementos que se utilizaron con el fin de infringir las normas ambientales. El problema que puede vislumbrarse a partir de la lectura de este artículo es la omisión de incluir también el

---

<sup>649</sup> Oscar Darío Amaya Navas y María del Pilar García Pachón. (Comp.). Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2010. p 268

decomiso de especies o especímenes de fauna y flora que el infractor pudo obtener con objeto de la realización de su conducta.

6. Trabajo comunitario:

Se vincula al infractor ambiental de forma temporal, a programas, proyectos o actividades de tipo ambiental con el fin de incidir en el interés del infractor en la preservación del medio ambiente<sup>650</sup>.

7. Disposición final de especímenes de especies de fauna y flora silvestres restituidos:

Se entiende la disposición final como un ejercicio legítimo en cabeza del Estado con el fin de restablecer el dominio de los especímenes de fauna y flora silvestre, ello por medio de la imposición del decomiso y particularmente por la aprehensión preventiva<sup>651</sup> por la explotación de forma ilegal de los recursos ambientales.

El artículo 48 de la Ley 1333 define también a la restitución de especímenes de especies silvestres como la aprehensión material y el cobro del costo de todo el proceso que resulte necesario para lograr la restitución satisfactoria de especímenes o muestras de especies silvestres que pertenecen al Estado, las cuales se hayan aprovechado, movilizado, transformado y/o comercializado sin la autorización ambiental respectiva o violando las disposiciones impuestas sobre la materia.

De la restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres, se pueden desprender además los siguientes supuestos<sup>652</sup>:

- a) Disposición provisional sobre la aprehensión de especímenes de especies de fauna y flora silvestres: al realizar el decomiso preventivo, la autoridad ambiental muchas veces no cuenta con la infraestructura necesaria para mantener de manera idónea a los especímenes de fauna y flora decomisados, por ende debe ubicarlos en lugares acordes, con la colaboración de las demás entidades públicas según el caso.

---

<sup>650</sup> *Ibidem.* p. 279.

<sup>651</sup> El artículo 41 de la Ley 1333 de 2009 prohíbe expresamente la devolución al infractor de especímenes silvestres, siempre y cuando este haya aprovechado, comercializado, movilizado, importado o exportado estos recursos sin los permisos o autorizaciones del caso.

<sup>652</sup> Oscar Darío Amaya Navas y María del Pilar García Pachón. (Comp.). *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental*. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2010. P. 312.

- b) Destrucción o inutilización: este caso se aplica cuando los especímenes ya sean estos de fauna o flora silvestres, o los elementos objeto de aprehensión, representan un riesgo latente para la salud humana, animal o vegetal o amenazan gravemente al medio ambiente. Por ende estos últimos deben destruirse o inutilizarse.
- c) Disposición final de los especímenes de flora y fauna silvestres decomisados o aprehendidos: una vez decomisados o aprehendidos los especímenes antes referidos, estos podrán por medio de acto administrativo, ser puestos a disposición de la autoridad ambiental competente ya sea para liberarlos en centro de atención, valoración o rehabilitación, destruirlos, inutilizarlos, entregarlos a zoológicos, etc.

Aunado a lo anterior, vale la pena decir en este punto que la disposición final de especímenes necesita de mayor regulación normativa, ello con el fin de otorgarle a la administración la potestad de liberar a los especímenes de fauna y flora silvestres, siempre y cuando dicha opción se analice por medio de un cálculo de *“menor valor del perjuicio de la especie y del entorno al que se pretende introducirla”*. Ya en el caso de no poder liberarse dichos especímenes, estos podrán ser entregados a los centros de atención, valoración y rehabilitación.

Excepcionalmente, si los especímenes tampoco pueden ser entregados a los centros de atención, valoración y rehabilitación, la ley dispone que serán puestos a disposición de los zoológicos, centros de red de amigos de la fauna, fundaciones o entidades públicas que adelanten investigaciones y educación ambiental.

- d) Disposición final de especímenes de flora y fauna silvestres restituidos: cuando se impone la restitución de estos especímenes, la autoridad ambiental competente cuenta con la facultad de disponer de estos últimos según los procedimientos enunciados en el numeral anterior. Es del caso anotar además que la restitución de especímenes significa su aprehensión material, siendo estos de propiedad del Estado.
- e) Entrega de los especímenes a los infractores en calidad de tenencia: este supuesto se aplica siempre y cuando la autoridad ambiental competente determine que la aplicación de una medida de decomiso o aprehensión resulta ser mucho más gravosa.

- f) Por último se establece por parte de la norma, que los especímenes también pueden ser liberados en semi – cautiverio, siempre y cuando se encuentren solamente en estado de carencia o mengua física, pero con óptimas condiciones de salud.

Como conclusión respecto a los tipos de sanciones dispuestos por la Ley 1333 de 2009, en primer lugar resulta imprescindible anotar que independientemente de la disposición que se le dará a los especímenes de flora y fauna silvestres por parte de la autoridad ambiental competente, de estos debe hacerse un análisis previo en virtud del cual se determinen las condiciones básicas, técnicas y biológicas necesarias para garantizar su bienestar<sup>653</sup>.

Además de ello, se puede deducir que la normatividad sancionatoria ambiental se fundamenta en un dispositivo sancionador, donde también confluyen elementos de naturaleza preventiva. En este sentido lo que pretende esta normatividad ambiental es buscar que por conducto de la utilización de normas jurídicas de amenaza o represión, se evite la presentación de supuestos de hecho que configuran de manera plena la imposición de una determinada sanción. De esta manera, es necesario que la amenaza sea causada previamente a la realización del hecho, toda vez que si se llega a convenir en una de causación “*a posteriori*” probablemente en materia ambiental, esta será ineficaz.

La justificación que debe dársele a este fenómeno nace por motivo de la causación de daños medioambientales que son la mayoría de los casos, tan graves e irreparables que difícilmente podría llegarse a pensar en compensarlos y, si llegase el caso en que se imponga la compensación, esta última de todas maneras resultará siendo escasa en comparación con el daño causado, precisamente por la imposibilidad de cuantificar económicamente cada daño hecho al medio ambiente. No sólo se pueden cuantificar los que resultan de forma actual, sino también los que podrían resultar de una tasación a posteriori, pensando en las generaciones futuras<sup>654</sup>.

Es del caso anotar que esta situación antes referida, genera a su vez dentro de los agentes contaminantes un examen de costo-beneficio, concluyendo erróneamente que es mucho más rentable pagar la respectiva multa a cesar con la comisión de la conducta causante del riesgo o del daño.

---

<sup>653</sup> *Ibidem.* p. 324.

<sup>654</sup> Silvia Jaquenod de Zsogon, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Monografías del MOPU, Madrid-España. 1986, p. 352.

Por esta razón, debe promoverse la utilización de acciones que permitan prevenir y reprimir cualquier tipo de degradación ambiental en lugar de limitarse nada más a verificar e intentar reparar los perjuicios después de la ocurrencia del daño.

### **3.1.2. Soluciones a la tasación de daños ambientales.**

Existen algunas teorías de tasación cuantitativa de la responsabilidad, las cuales pueden ser aplicables no sólo para reparar los daños ocasionados, sino además como mecanismo idóneo de prevención por medio del análisis de costo-beneficio por parte del sujeto activo.

Por ende, resulta evidente la necesidad de imponer limitaciones cuantitativas a los regímenes de responsabilidad, esto con el fin de poder prever una proyección por parte del sujeto activo, dirigida esta a operar con certidumbre en la generación del costo-beneficio<sup>655</sup>.

Esta estrategia cuantitativa de regulación del régimen de responsabilidad no vulnera de manera alguna los derechos de las víctimas, como en un principio pudiese pensarse, ello por lo siguiente:

- 
1. El derecho de propiedad de la víctima, el cual en teoría podría potencialmente verse afectado por los daños sufridos, cuantificando además lo que esta debió sufragar para poder restablecer su "*statu quo*", en definitiva no se ve vulnerado, toda vez que la cuantificación del daño al derecho de propiedad siempre será el que asigne la ley.
  2. El derecho del individuo que fue vulnerado de manera injusta siempre va a ser reparado de forma incompleta, independientemente si se fijan o no límites a la tasación del perjuicio.

El equilibrio entre el dolor y el dinero, o la frustración de no poder seguir gozando de algunos bienes específicos de la vida, siempre va a ser una estimación de tipo racional la cual nunca coincidirá con la verdadera realidad de las cosas, y esta compensación en dinero surge precisamente de la imposibilidad por parte del operador jurídico de volver las cosas al estado anterior al que se encontraban antes de la ocurrencia del daño. De esta manera, fijar límites cuantitativos al sistema de reparación se transformaría en una cuestión que no afecte de manera sustancial la posibilidad de reparar con dinero un daño que nunca podrá ser reparado con ello, indiferentemente de su cuantía.

---

<sup>655</sup> Atilio Aníbal Alterini, Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad. "Lecciones y Ensayos". N\_ 72/73/74. Buenos Aires-Argentina. 1998/99

3. El hecho de utilizar como norma jurídica, límites cuantitativos a la responsabilidad, no implica necesariamente que se evitará llegar a la asunción del caso por parte del juez, toda vez que los jueces se mueven bajo el imperio de la ley, además que dichas indemnizaciones siempre están sujetas a la autonomía de la voluntad, ya que en última instancia la reparación puede ser negociada entre las partes.
4. Por otro lado, plasmar como normatividad, límites fijos a la responsabilidad implicaría además una disminución significativa de los litigios al respecto, toda vez que con base en la utilización de criterios fijos de tasación de responsabilidad, las partes podrán predecir con una mayor exactitud cuál será el monto que probablemente el juez impondrá al caso concreto y con base en dicha cuantificación, las partes en vez de entrar a un litigio que podría llegar a durar un plazo indefinido, acudirán por móviles de economía a los métodos alternativos de solución de conflictos.

Ahora bien, para llegar a una base de arreglo sin tener que acudir a los estrados judiciales, obviamente las partes deben partir de un monto que incremente el bienestar para cada uno de ellos, intentando además ceder un poco para poder llegar a un acuerdo que resulte razonable y equilibrado, pero partiendo siempre del supuesto que necesariamente de hecho según el cual, los riesgos y tasaciones que estos hagan deban ser atribuidos con justicia y claridad.

Los doctrinantes que apoyan la aplicación de criterios cuantitativos a los límites de responsabilidad plantean que esta técnica jurídica beneficia a los sujetos activos que tienen propensión a causar daños, para que así tomen los seguros de responsabilidad que resulten para el caso. Estos topes también sirven especialmente como mecanismo de prevención, toda vez que con montos altos pero exactos, que permitan a su vez estimar por parte del sujeto activo el costo-beneficio de causar el daño, implicaría que este se esmere en tomar las precauciones del caso, para no incurrir en mayores costos por causa de la causación de los perjuicios<sup>656</sup>.

Respecto a la cuantía del tope indemnizatorio, si esta se estima lo suficientemente alta, constituirá un incentivo más para que el explotador de la actividad o cosa peligrosa adopte las medidas necesarias de carácter preventivo para evitar así los daños que potencialmente puedan producirse.

Por último, sobre este tema cabe resaltar que respecto a la cuantificación de los daños, resulta necesario que el legislador regule este tema imponiendo reglas específicas de tasación de perjuicios tal y como sucede en otros países. Por el contrario, el caso

---

<sup>656</sup> *Ibíd.*

colombiano está regido por lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en donde se dispone que deben tomarse en cuenta dos principios de valoración de daños: reparación integral y reparación en equidad<sup>657</sup>.

De esta manera, se ve como una necesidad que el legislador proporcione certeza respecto a los montos máximos de indemnización, tal y como la Corte Constitucional le ha hecho mención: en la sentencia de la Corte C- 965 de 2003 se expresa que la cuantía que deba asumir el Estado por indemnizaciones a particulares puede ser regulada por el legislador:

*“No obstante, en la medida en que la Constitución política no define ni precisa el concepto de reparación integral, es al Congreso de la República, en desarrollo de la libertad de configuración política, a quien compete regular técnicamente ese régimen de responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los métodos para cuantificarlo.”*

De esta manera, si la administración tuviese claro en que eventos debe responder por los daños causados a los particulares, podrían ajustar sus conductas con el fin de prevenir la causación de estos daños y además crear modelos de conciliación más ágiles<sup>658</sup>.

Por otro lado, el problema se agrava para la tesis de la tasación anticipada de perjuicios, si pensamos por ejemplo en la utilización de sustancias químicas no identificadas que provienen de actividades de investigación, desarrollo o de enseñanza. Los avances jurídicos en esta materia han establecido que para este caso particular, en primer lugar deben estimarse los beneficios que producen estas actividades de investigación, desarrollo o enseñanza, posteriormente se puede obtener un daño marginal neto el cual puede ser producido por dicha actividad realizada sobre el medioambiente, ya después se podrá calcular la base.

Pero a su vez esta situación puede verse aun más problemática si se tiene en cuenta que muchas de las sustancias son desconocidas, y en este punto sería prácticamente imposible calcular con exactitud el daño a producir<sup>659</sup>. Nos quedaría siempre un problema sin solución frente a la incertidumbre de las consecuencias reales respecto a la utilización que

---

<sup>657</sup> Jaime Vidal Perdomo, Viviana Díaz Perilla y Gloria Amparo Rodríguez (ed.). Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo. Primera Edición. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá – Colombia. 2005. p. 307

<sup>658</sup> *Ibidem*. p. 309

<sup>659</sup> José Luis Serrano Moreno. Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica. Editorial Comares. Biblioteca comares de ciencia jurídica. Granada-España. 1992. p 176.

ciertas sustancias tendrán en los ecosistemas hacia el futuro. Pero aún en el peor de los escenarios, si resulta que la evaluación de costos ambientales respecto a un daño determinado se hace imposible de medir, siempre será posible recurrir como última medida a una cláusula que pueda obligar al productor o sujeto activo a hacerse cargo de su propio residuo<sup>660</sup>.

El sentido general de la responsabilidad, debe transformarse dirigida ya no hacia la reparación de los daños e indemnización a víctimas por los daños ambientales causados, sino para prevenir la producción de nuevos daños y de víctimas. Este enfoque de responsabilidad viene acompañado de un objetivo adicional: no buscar impedir la contaminación sino lograr un nivel óptimo de contaminación, es decir “*un nivel justificado y tolerable de contaminación*”<sup>661</sup>.

Y siguiendo con esta dirección, las decisiones judiciales deben basarse también en un criterio de búsqueda de niveles óptimos o permisibles de contaminación, y no buscando la erradicación completa, dado que sus costos económicos serían prácticamente inviables. Es así como el esquema de decisión judicial frente a un caso de contaminación debe actuar de la siguiente manera:

*“...no consiste en pensar que A contamina a B y que eso es ilícito, sino que consiste en pensar de la siguiente manera: si A y B han entablado un conflicto ambiental se debe a que no han procedido a negociar un acuerdo. Tal vez los costes de transacción del acuerdo sean demasiado grandes, por que exijan una información técnica de la que B no dispone. Tal vez A sea un poder público cerrado a toda transacción*

*(...)*

*Si por una u otra razón el acuerdo no se ha alcanzado lo que debe hacer el derecho no es imponer la voluntad de uno sobre otro, sino más bien suplantar la escasa racionalidad o la escasa determinación de derechos de A y/o de B y actuar como hubiese actuado el mercado. La decisión judicial se piensa pues a sí misma como un impacto jurídico en el mundo económico y se autoregula de la manera que, pensando en las consecuencias económicas que conllevará, se limita a establecer la solución más eficiente, el grado óptimo de contaminación de A sobre B.”*<sup>662</sup>

---

<sup>660</sup>“De hecho, esta filosofía de cerrar los ciclos productivos lleva camino de imponerse en los países capitalistas avanzados: En Alemania, a partir de 1994, quien venda nuevos equipos electrónicos estará obligado por ley a aceptar y reciclar las viejas máquinas de los clientes”. Ver Jorge Riechmann, José Manuel Naredo y otros, De la Economía a la Ecología. 1992. Editores Trotta. Madrid-España. 1995. p. 12.

<sup>661</sup> José Luis Serrano Moreno. Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica. Editorial Comares. Biblioteca comares de ciencia jurídica. Granada-España. 1992. p 191

<sup>662</sup> *Ibíd.* p. 192

Si lo que busca el Estado es disminuir en forma real los niveles de riesgo dentro de la sociedad, necesariamente traerá como resultado el aumento precipitado en los niveles de prevención, aunque el costo de los accidentes seguirá ejerciéndose, si dichos costos se convierten en prohibitivos, las actividades tenderán a desaparecer<sup>663</sup>:

*“El primer objetivo es responsabilizar al contaminador por los daños que causa. Si quienes contaminan se ven obligados a sufragar los costes relacionados con el daño causado, reducirán sus niveles de contaminación hasta el punto en que el coste marginal de la descontaminación resulte inferior al importe de la indemnización que habrían tenido que abonar. De este modo, el principio de la responsabilidad ambiental hace posible la prevención de los daños y la internacionalización de los costes ambientales...”<sup>664</sup>”.*

Según la sentencia del Juez HAND, de la Jurisprudencia anglosajona<sup>665</sup>, es necesario adelantarse a los hechos riesgosos atribuyendo responsabilidades conforme al grado de diligencia que haya tenido el sujeto activo, determinando el número de daños que pueden producirse por medio de un análisis de la probabilidad de su ocurrencia.

Este deber de diligencia que debe ser evaluado por parte del juez se determina precisamente revisando los deberes de precaución que debió observar el sujeto activo causante del daño (probabilidad “*ex ante*” de que tuvieran lugar los daños multiplicados por la cuantía de los mismos), el sujeto activo que va a ser un potencial causante de daños debe exigírsele que invierta precisamente en precaución haciendo un análisis juicioso entre los costos que invertirá en precaución y los que invertirá en compensar los daños. Esta obligación implicaría como consecuencia que, llegándose a tomar las medidas de precaución que se imponen, y presentándose de todas maneras el daño, podría producir como consecuencia la absolucón total del sujeto pasivo como autor y causante del daño<sup>666</sup>.

Por lo anterior, el juez tiene la posibilidad no sólo de ordenar la reparación de los daños sufridos por las víctimas, sino también ordenar la prevención de futuros perjuicios para esta víctima en caso de que el daño aún no ocurra, puesto que los daños ambientales tendrán un carácter prácticamente irreversible<sup>667</sup>. Se exige al juez que no esté de manos atadas frente a

---

<sup>663</sup> Patricia Guzmán Aguilera. Introducción al Análisis Económico del Derecho Ambiental. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2006. p. 100

<sup>664</sup> Comisión Europea. Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental, Bruselas, 9 de Febrero de 2000.p.14. Ver [http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el\\_full\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_es.pdf) Página consultada el día 13 de julio de 2010

<sup>665</sup> Juez reconocido por el enfoque de negligencia que implementó en la jurisprudencia de la materia. 1872-1961.

<sup>666</sup> Patricia Guzmán Aguilera. Introducción al Análisis Económico del Derecho Ambiental. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2006. p. 103.

<sup>667</sup> Universidad Externado de Colombia. Justicia Ambiental. Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente. Jornadas Internacionales en Derecho del Medio Ambiente. Bogotá-Colombia. 2001. p. 526-527.

los peligros esperando a que ocurra el daño, sino que se debe propender para que este actúe anteriormente:

*“Estas acciones en justicia se han utilizado con éxito con fines ambientales en otros países, como Colombia, antes de que allá se generalizara el uso de la acción popular y de la acción de tutela en la materia. Pero en Venezuela la falta de creatividad forense aunada a la usencia de consciencia ambiental, prácticamente las han puesto en desuso a estos fines<sup>668</sup>”.*

### **3.1.3. Teorías sobre la regulación de la protección del medio ambiente por medio de la atribución de responsabilidad.**

Son varias las teorías que configuran la idea de regular normativamente las medidas de protección hacia el medio ambiente, ello con el fin de lograr jurídicamente una efectividad en la norma, entre ellas encontramos las siguientes:

#### **A. Teoría del riesgo creado.**

Cuando el sujeto activo se encuentra realizando una determinada actividad peligrosa, se presume la culpa de este, esta presunción continua a menos que se pueda comprobar que existió un eximente de responsabilidad configurado en la fuerza mayor o en el caso fortuito, dentro del cual podría caber el error en la conducta de la víctima. Algunas legislaciones específicas han establecido “*presunciones de causalidad*” para así evitar que la víctima sea la que deba probar quien ha sido el autor material e intelectual de la contaminación, por ejemplo, en el Japón el ordenamiento jurídico ordena que quien vierta sustancias tóxicas en una zona determinada, debe tomarse al causante de este como el responsable directo de todo el daño producido a la salud pública y al ecosistema que se cause dentro de la zona así sea por conducto de sustancias tóxicas análogas<sup>669</sup>.

Aunado a lo anterior, con mucha frecuencia los daños causados superan diametralmente los medios financieros del agente responsable de estos, por lo tanto se buscan crear los llamados “*fondos de garantía mutuos*” donde por medio de estos, los daños que causa un determinado agente activo se distribuyen los costos equivalentemente entre las empresas que se dediquen a la misma actividad y a los sistemas de garantía que proporciona el Estado, y por este medio los riesgos excepcionales se cubren también con fondos públicos.

---

<sup>668</sup> *Ibíd.* p. 528.

<sup>669</sup> Yesid Ramírez Bastidas. *El Derecho Ambiental en Colombia*. Segunda edición. 1996. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá-Colombia. p. 172.

Sin embargo, esta solución posee una gran dificultad para llegar a un equilibrio entre los intereses económicos de las industrias a no asumir la totalidad de los riesgos y el interés de la víctima quien busca obtener una reparación integral de los perjuicios causados.

### **B. Teoría de la responsabilidad civil.**

Es una de las herramientas más importantes para contribuir al desarrollo de la teoría del riesgo, en este sentido muchas de las actividades enmarcadas como peligrosas, se concretizan en daños reales que afectan a terceros, que como en el caso de los daños ambientales se manifiesta como fenómeno de “*etiología colectiva*” es decir anónima e incapaz de generar un vínculo jurídico hacia sujetos concretos.

Para desarrollar este tema es necesario partir desde los llamados derechos colectivos o también denominados difusos, y frente a los cuales su protección se satisface por medio de las acciones populares. Este tipo de responsabilidad puede concretarse a su vez contractual y extracontractualmente.

La Unión Europea también ha estado realizando esfuerzos para armonizar las normas respecto a la responsabilidad causada por daños ambientales<sup>670</sup>. Busca legitimar a los poderes públicos y asociaciones de interés público, delimitando el concepto de daño ambiental, de evaluación de daños, medidas reparadoras, imputación a los diferentes sujetos que intervienen en el proceso de reproducción de los residuos y del daño, concurrencia de culpas y delimitación objetiva o culposa de la responsabilidad, además de la prueba del nexo causal, prescripción de las acciones, etc.<sup>671</sup>. Por último, se establece que una vez delimitados los criterios anteriormente expuestos, será difícil poder establecer daños de otro tipo y perjuicios del medio ambiente.

### **C. Teoría de la culpa extensiva.**

El sujeto activo se hace responsable no solamente por los hechos propios sino también por los hechos dañosos que causen a las personas, animales, plantaciones, casas y demás elementos que se encuentren bajo la guarda del sujeto. Este tipo de responsabilidad se aplica tanto a daños ambientales como a responsabilidad civil extracontractual<sup>672</sup>.

---

<sup>670</sup> DOCE C 251/3, del 4 de Octubre de 1989, DOCE C 192/6 del 23 de Julio de 1991. Comisión Europea.

<sup>671</sup> Enrique Alonso García. El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. Vol. II. Primera edición. Editorial Civitas S.A. Madrid-España. 1993. p. 182.

<sup>672</sup> Pedro Morcillo Méndez. Aspectos Legales e Institucionales del Ambiente y Los Recursos Naturales de Colombia. Escuela superior de administración pública - ESAP. Edición príncipe. Bogotá-Colombia. 1991 p. 68.

Respecto a la indemnización que se deriva por daños, es necesaria la implementación por parte de los Estados de medidas relativas a la responsabilidad e indemnización de víctimas de la contaminación y de otros daños. La falta de certeza absoluta de tipo científico sobre la existencia de potenciales peligros que produzcan daños graves e irreversibles, no se constituye como una razón de peso para postergar normas consideradas como necesarias para impedir eficazmente la degradación. Y esto debe realizarse por medio de un sistema de evaluación de impactos ambientales, además de la inmediata información interestatal sobre desastres u otras situaciones de emergencia que tengan efectos en uno y otro Estado<sup>673</sup>.

#### **D. Teoría de la responsabilidad en la contratación Estatal.**

Este régimen de responsabilidad es aplicable en forma concreta para los funcionarios públicos y para los particulares que cumplen funciones de carácter público y que en virtud de las obligaciones de hacer o no hacer derivadas de un contrato estatal se cause un daño al medio ambiente o a la salud humana.

En primer lugar, para entender el significado de esta atribución de responsabilidad resulta necesario traer a colación la normatividad constitucional colombiana como norma primaria de atribución de responsabilidad, la cual establece frente a los servidores públicos lo siguiente:

- Según el artículo 6. *“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”.*
- De acuerdo al artículo 91. *“En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta...”*
- De conformidad con el artículo 123 *“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. (...)”.*
- Según el artículo 124 *“La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.*

---

<sup>673</sup> Yesid Ramírez Bastidas. El Derecho Ambiental en Colombia. Segunda edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá-Colombia. 1996. p.156.

Ahora bien, dentro de la Ley 80 de 1993 se establecen también como elementos de responsabilidad de los servidores públicos, los siguientes<sup>674</sup>:

- Artículo 26. Principio de responsabilidad: en virtud de este principio los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Los servidores públicos responderán: por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen; por haber abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones y/o términos de referencia los cuáles no pueden generar confusión; por formular propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato; por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa, etc.

La responsabilidad en los procesos de selección y desarrollo del contrato, estará en cabeza del jefe o representante de la entidad estatal o en quien el delegue<sup>675</sup>.

- Artículo 51. Responsabilidad de los servidores públicos:

*“El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley”*

- Artículo 56. Responsabilidad de los particulares que cumplen funciones públicas:

*“Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos”.*

Ahora bien, con fundamento en las disposiciones normativas anteriormente establecidas, en donde se pone de manifiesto la aplicación del principio de responsabilidad de los servidores

---

<sup>674</sup> Lesly Narváz Enríquez, Catalina Potevin S. Derecho Penal y el Servidor Público. Tesis. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá – Colombia, 2004. p. 15.

<sup>675</sup> Sentencia de la Corte Constitucional No. C-374 del 25 de Agosto de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

públicos el cual debe regular todas las actuaciones de estos últimos desde la etapa precontractual, contractual y posterior a la contratación estatal, pueden formularse diversas cláusulas las cuales pondrían de manifiesto la potencial causación de daños ambientales, o su realización inminente, ya sea por conducto de la estipulación de obligaciones de hacer o de no hacer por parte de la administración o de particulares que cumplen funciones públicas.

Desde este supuesto, puede verse reflejada la responsabilidad contractual hacia la entidad estatal que figura como parte contractual al estipular en un contrato estatal, cláusulas relacionadas con obligaciones de hacer o no hacer dirigidas estas hacia la causación de daños ambientales.

### **E. Teoría de la responsabilidad en el régimen disciplinario.**

En virtud de las disposiciones contenidas en la Ley 734 de 2002, se establece el procedimiento y conducta de los funcionarios públicos, prohibiendo además el uso de todo tipo de responsabilidad que se torne únicamente objetiva.

Dentro de esta normatividad que rige el direccionamiento disciplinario de los funcionarios públicos, se pone de manifiesto como constituyente de falta gravísima al hecho de proferir actos administrativos con violación a las disposiciones constitucionales o legales referentes a la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente<sup>676</sup>.

Por lo anterior, puede verse la necesidad de protección y preservación de los recursos naturales del Estado colombiano por parte de los funcionarios públicos, so pena de incurrir en una causal constituyente de falta gravísima.

#### **3.1.4. Otras nociones de responsabilidad ambiental en Colombia.**

En Colombia, si el causante de daños ambientales resulta siendo el Estado colombiano, el sustento normativo de su responsabilidad se encuentra cobijado bajo el artículo 90 de la Constitución, en virtud del cual su actuación puede provenir de prerrogativas que le son

---

<sup>676</sup> “Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: ...37. Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente”. Ley 734 de 2002 – Código Disciplinario Único.

propias como administración o cuando actúa como si fuese un particular, interviniendo en actividades de tipo comercial o industrial, o también cuando se encuentra probado el incumplimiento de sus obligaciones de tutela, control o sanción sobre las actividades que vallan en contra del medio ambiente por parte de los particulares. Esta última se configura en una corresponsabilidad entre la administración y los mismos particulares, como por ejemplo la concesión de licencias de funcionamiento sin que se hayan probado las garantías necesarias o la no realización de controles de contaminación<sup>677</sup>.

Ahora bien, las dificultades se agravan cuando la víctima quiere obtener una indemnización respecto a la responsabilidad de un Estado extranjero, ya que el acceso a los Tribunales del lugar donde se produjo el daño se encuentra obstaculizado por el beneficio de inmunidad de jurisdicción con el cual goza el Estado autor de dicho daño o de sus órganos. Ante este ambiente tan hostil, a la víctima únicamente le queda recurrir a instancias internacionales y solicitar la protección diplomática de su Estado.

Podría derivarse también una responsabilidad de naturaleza fiscal por la causación de daños ambientales como se habló en apartes anteriores. Dentro del artículo 267 de la Constitución de Colombia, desarrollado a su vez por el artículo 8° de la Ley 42 de 1993 mencionándose alrededor de este tema que:

*“La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la Administración, en un periodo determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados, que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales, y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos<sup>678</sup>”.*

Es por este motivo que el supuesto de la responsabilidad fiscal se basa principalmente en el detrimento ambiental creado principalmente por las acciones Estatales o por sus agentes cumpliendo con sus funciones administrativas.

---

<sup>677</sup> *Ibíd.* p. 173.

<sup>678</sup> *Ibíd.* p. 93-94.

Aunado a lo anterior, por medio de la Ley 23 de 1973, en su artículo 16 se consagra concretamente la habilitación legal para establecer la responsabilidad en cabeza del Estado por los daños que este último cause al medio ambiente:

*“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...”*

Por motivo de tratarse de daño al medio ambiente no puede pensarse de ninguna manera que estamos hablando de un marco regulatorio general del daño, por lo tanto debe precisarse con exactitud si estamos o no frente a una situación de daño y posteriormente a ello entrar a evaluar otros aspectos propios del marco regulatorio tales como la cuantía<sup>679</sup>. Entonces encontramos que este artículo 16 ha establecido una de las fuentes de responsabilidad tanto de la administración como para los particulares, cuando por motivo de sus acciones se causa detrimento en el medio ambiente.

Según estos preceptos, ESCOBAR GIL establece respecto al daño que:

*“...en el lenguaje corriente la expresión daño significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza<sup>680</sup>”.*

Frente a esta situación, es claro que la norma analizada refleja una situación de responsabilidad objetiva en contra de la Administración, en la cual esta última, por medio de su accionar ha generado contaminación o destruido de alguna manera al medio ambiente, por lo tanto es su obligación el responder por los daños que este ocasione. Aunque vale la pena decir que respecto a esta norma, se guarda un silencio que termina en mutismo sobre la indemnización y reparación en sí de los daños causados<sup>681</sup>, por lo tanto, debe aplicarse el régimen general para la indemnización de perjuicios, es decir el daño emergente y el lucro cesante.

---

<sup>679</sup> Instituto de Estudios del Ministerio Público. Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2000. p. 20.

<sup>680</sup> Rodrigo Escobar Gil, Responsabilidad Contractual de la Administración Pública. Editorial Temis, Bogotá-Colombia. 1989. P. 165.

<sup>681</sup> Instituto de Estudios del Ministerio Público. Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2000. p. 24.

### 3.1.5. Responsabilidad por daño transfronterizo.

Se han establecido una serie de obligaciones internacionales para proteger y prevenir los daños que resulten por conducto de hechos que traspasen las fronteras estatales, por ello se ha traído a colación algunas de ellas, que mencionaré a continuación:

- En primer lugar, la obligación de prevenir tiene que ver con que el Estado “*fuentes*” o causante del daño o peligro, el cual debe tomar todas las medidas precautorias que permitan evitar un riesgo de daño dentro de otro Estado.
- En segundo lugar, la obligación de información se ve establecida cuando el Estado “*fuentes*” le brinda al Estado “*afectado*” toda la información que sea relevante respecto a una posible afectación de este último por motivo de una actividad desarrollada en el Estado “*fuentes*”.
- En tercer lugar, la obligación de negociación corresponde a que bajo ciertas circunstancias, los Estados implicados pueden entrar en negociaciones respecto a determinada situación.
- En cuarto lugar, el deber de reparar el daño causado es la principal causa de responsabilidad internacional del Estado “*fuentes*” ya que las tres primeras no constituyen por mutuo propio un acto ilícito.

En este sentido, también es del caso anotar que el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación<sup>682</sup>, estipuló respecto a responsabilidad transfronteriza que deben continuar desarrollándose tecnologías ambientalmente racionales para generar al mínimo desechos peligrosos. Para lograr esto se imponen como obligaciones a los Estados Parte la posibilidad de prohibir la importación o exportación de desechos peligrosos.

---

<sup>682</sup> República de Colombia-Ministerio del Medio Ambiente-Oficina Asesora de Negociación Internacional. Manual de Tratados Internacionales en Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Bogotá-Colombia. 1998. p. 223.

En este Convenio además se establece que cada Parte debe velar porque el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos se reduzca al mínimo, promoviendo la compatibilidad de estos procedimientos con el manejo ambientalmente racional y eficiente de esos desechos.

El Convenio señala también la necesidad de exigir información a los Estados interesados sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos, con el fin de que estos declaren en forma abierta cuales son los efectos de dicho movimiento sobre la salud humana y el medio ambiente.

Se podrá además prohibir la importación de desechos peligrosos siempre que existan razones de peso para deducir que estos no serán sometidos a un plan de manejo ambiental, para cumplir con esto se otorgan a las Partes facultades de prevención y represión de estos actos.

En caso de que el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos no se dé conforme a las disposiciones del contrato con el Estado de exportación, estos deberán ser devueltos al Estado exportador por este último.

Para cumplir con todos los propósitos establecidos en este Convenio deben darse procedimientos de cooperación para la aplicación de nuevas tecnologías ambientalmente racionales y que a su vez generen pocos desechos, como también para informar sobre accidentes ocurridos durante la ejecución de movimientos transfronterizos de desechos peligrosos que representen riesgos en la salud humana o en el medio ambiente

Por último, es del caso anotar que este Convenio insta a las Partes a que en el caso hipotético de presentarse peligros por conducto de desechos que no se conozcan plenamente todavía y si además tampoco existen pruebas para hacer una apreciación profunda de sus elementos, estas deben realizar investigaciones mucho más profundas.

### **3.1.6. El dolo social.**

Se ha determinado que en la mayoría de los supuestos realizados en las acciones “*ecocidas*” no hay una participación activa y directa del dolo en forma individual del sujeto activo. En vez de la causación de este dolo, se ha establecido una propensión a buscar tecnologías que intervienen en el ecosistema y en modelos sociales de producción y consumo, dentro de los cuales su ideología concreta ha sido ajena a evaluación ambiental

alguna<sup>683</sup>. Es así como se ha creado el “*dolo social*”, dentro del cual se aprueba por parte de la sociedad ya sea tácita o expresamente las acciones en contra del medio ambiente.

Desde la creación de las bases del dolo social, se considera como una necesidad replantear los fundamentos de la punitividad en los individuos que causan perjuicios dentro del medioambiente. El poder punitivo y sancionatorio en general se ciñe en contra de las acciones que perjudican al medio ambiente, pero estas últimas se constituyen a su vez como una consecuencia del uso de un determinado mecanismo tecnológico, o de aplicación de un procedimiento productivo y es así como el poder punitivo estatal al intentar proteger el medio ambiente, reprime y sanciona sólo hasta el final del proceso, el cual inició previamente con el diseño de la tecnología que se utilizó.

La normatividad represiva se insta al sancionar al usuario final de los productos tecnológicos que potencialmente pueden ser peligrosos y olvida que también debería ser sancionado el diseñador o productor de esta<sup>684</sup>.

Frente a este problema probatorio respecto al dolo, los doctrinantes plantean que se establezca un sistema de responsabilidad exclusivamente objetiva. En este caso el juez no necesita la demostración previa del dolo o la intención voluntaria de causar el daño al medio ambiente, simplemente se establece un vínculo de responsabilidad demostrándose el daño causado al ecosistema.

Este sistema de responsabilidad objetiva de los daños ambientales es visto con buenos ojos dentro de los países del sistema jurídico anglosajón, pero ya dentro de la cultura jurídica de países romano-germánicos, la adopción de dichos mecanismos cuenta con serios inconvenientes prácticos. Establecen estos últimos que la responsabilidad penal debe radicar principalmente en la demostración de la culpa o dolo del sujeto activo.

---

<sup>683</sup>José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, Una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. El Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 257.

<sup>684</sup>Dentro de la Declaración de Menton (1971) la cual fue suscrita por más de 3000 científicos de todo el mundo se aprobó “*una moratoria en innovaciones tecnológicas no probadas que no sean esenciales a la supervivencia humana. Obviamente esto no sólo incluirá los nuevos sistemas de armas, sino también una veda del transporte supersónico, de nuevos plaguicidas, de nuevos plásticos, el establecimiento de vastos proyectos de fuerza nuclear, etc., hasta que sus efectos ambientales probables hayan sido completamente explorados*”. María Margarita Martínez Alier (Comp.) Ecodesarrollo, El Pensamiento del Decenio, Editado por INDERENA. Bogotá-Colombia.1983, p. 50

### 3.1.7. Prevención y responsabilidad de crímenes ecológicos.

En la actualidad puede pensarse en el hecho de que determinados atentados de tipo ecológico, puedan resultar especialmente graves, mostrándose la necesidad de regular estas situaciones por medio de la aplicación de un régimen de responsabilidad que resulte proporcional a la gravedad del asunto. Ante estas amenazas ecológicas, el derecho ha respondido por medio de la creación de la figura del “*crimen ecológico internacional*”<sup>685</sup>. Es así como se comienza a ver al medio ambiente como una reserva para el desarrollo sostenible de la sociedad, por esta razón no es posible asimilar un crimen que tenga mayor gravedad que el hecho de la degradación del ecosistema por motivo de la comisión de actos ilícitos cometidos ya sea por los particulares o por la misma administración.

En este sentido, la noción de crimen ecológico se plantea como un grave atentado en contra de la equidad intergeneracional, la cual es hasta el día de hoy el gran paradigma medioambiental, configurándose como una necesidad la creación de un programa general de prevención de “*ecocidios*” que intervenga en los siguientes aspectos:

1. Dentro del derecho ambiental puede intentarse unificar los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados, por eso el derecho ambiental debe velar para que se posea una buena instrumentación tecnológica que permita evitarse así riesgos y acciones ambientalmente negativas.
2. Por el otro lado, las acciones populares, por lo menos dentro del ordenamiento jurídico colombiano deben mutar para poderse extender al proceso penal, así se dará oportunidad a organismos privados para que estos a su vez actúen como parte civil o de representación de víctima cuando exista una demanda por indemnización de lesiones ambientales causadas, de tal manera que sin ser víctimas directas pueden hacerse parte del proceso que se inicia con la acción popular<sup>686</sup>.

La Comisión de derecho internacional, al afirmar que “*se ha formado o se están formando en la costumbre internacional reglas no escritas*”, añadió también respecto a los crímenes ecológicos que:

---

<sup>685</sup> José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. El Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. pp. 265- 282.

<sup>686</sup> *Ibidem*. p. 282.

*“El Derecho internacional contemporáneo ha llegado a condenar definitivamente las practicas que anteceden o pongan gravemente en peligro la protección y la conservación del medio humano. La comunidad internacional en su conjunto, y no solo alguno de sus componentes, estima ahora que tales hechos infringen principios solemnemente enunciados en la Carta y, aun fuera de esta, principios que actualmente están tan profundamente arraigados en la conciencia universal, que se han convertido en normas especialmente esenciales del Derecho internacional general. Por eso, parece indiscutible que las normas de Derecho internacional general existentes en esta materia, y las que entraran necesariamente a formar parte de ellas en el futuro, solo pueden presentarse en gran medida, para la comunidad internacional en su conjunto, como normas “imperativas...”<sup>687</sup>.*

Por lo anterior, es necesario también plantear que algunos de estos actos ilícitos en contra del medio ambiente pueden llegar en algún momento a constituirse como un “*crimen internacional*” por causa de la concurrencia de algunas circunstancias especiales, entre estas encontramos la violación de una obligación de “*importancia esencial*” para la salvaguardia y la protección del medio humano. En este sentido, la noción de importancia puede cobijar también la gravedad de la situación. Por ejemplo cuando la obligación que se violó pertenece al núcleo esencial y normativo del mismo Derecho internacional del medio ambiente.

Y como último requisito para la constitución de un crimen ecológico internacional, debe presentarse una situación de gravedad de carácter subjetivo, sobre todo caracterizado por la intención antijurídica que debe tener el Estado que busca la producción de ese hecho masivo al medio ambiente, o también llamado este punto “*dolo específico*”. Este es el elemento a la vez mas importante, porque indica concretamente si nos encontramos o no frente a un crimen de proporciones internacionales, como por ejemplo el caso de la planta nuclear de Chernobyl o el derramamiento de petróleo en el Golfo de México el 20 de abril de 2010, en donde no existió la intención de producción del daño causado. Por esta razón, en este caso concreto no puede pensarse en la imputación de un crimen internacional, sino en el establecimiento de un error o negligencia.<sup>688</sup>

Algunas actividades pueden no ser contrarias al derecho internacional pero producen un daño concreto imposible de medir, constituyendo también un crimen, estas se constituyen como actividades que comportan diferentes niveles de peligro o de riesgo, y hasta pueden

---

<sup>687</sup> *Ibidem*.

<sup>688</sup> Giuseppe Palmisano. *Revue Générale de Droit International Public – RGDIP*. “Les causes d’aggravation de la responsabilité des États et la distinction entre “crimes” et “délits” internationaux”, No. 3. Paris-France. 1994, pp. 662 - 663.

ser situaciones en las que se constituyan como una amenaza, así sea a largo plazo para la seguridad del planeta y de sus habitantes<sup>689</sup>.

Otro ejemplo puede ser cuando los Estados no aplican normas de prevención ambiental en sus industrias, entonces pueden causar una grave contaminación atmosférica contribuyendo además a la propagación de ácidos, o aquellos en los cuales por una razón o por otra tienen como objetivo principal la creación de centrales nucleares causando cantidades considerables de radioactividad y demostrando como una situación de hecho verdaderamente latente la posibilidad de una catástrofe a nivel global.

Es así como toda la humanidad necesita de formulas precisas para tomar acciones respecto a estas situaciones y sancionar así dichas actividades. El hecho de mostrar a la naturaleza como una herramienta al servicio del ser humano y con recursos ilusoriamente ilimitados ha manifestado como consecuencia final la total ausencia de culpabilidad respecto al uso desproporcionado de esta. En este sentido, los llamados “*ecocidios*” de comunidades vegetales, de cuerpos de aguas, o exterminio de formas vivientes son vistos culturalmente como ajenos a un acto de culpabilidad, y sólo han llegado a verse como el precio necesario que debe pagarse para así lograr el progreso y el desarrollo de la humanidad<sup>690</sup>.

Frente a la insuficiencia que resulta de la utilización de mecanismos institucionales, la Resolución que ha adoptado el IHLADI en su sesión de Mérida (Venezuela) en septiembre de 1980, sobre el tema del acaecimiento de hechos ilícitos en contra la comunidad internacional, se ofrecieron una serie de soluciones que podrían significar un adelanto significativo respecto al caso de los crímenes ecológicos internacionales, veamos<sup>691</sup>:

*“1. La violación grave por un Estado de una obligación establecida por una norma imperativa de Derecho internacional, aceptada y reconocida como esencial por la Comunidad Internacional en su conjunto constituye un hecho o acto ilícito contra la comunidad internacional;*

*2. El hecho o acto ilícito contra la Comunidad internacional, cuyas consecuencias jurídicas no se limitan necesariamente a la restitución o a la indemnización, genera nuevos deberes para el Estado o Estados directamente perjudicados, y derecho y deberes respecto*

---

<sup>689</sup>Michel Prieur et Claude Lambrechts. Les Hommes et L'Environnement Mankind and the Environment. En Hommage á Alexandre Kiss. Editions Frison-Roche, Ouvrage Puclié avec le Concours de L'Université Robert Schuman de Strasbourg. Paris-France, 1998. p. 300.

<sup>690</sup>José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. El Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 62.

<sup>691</sup>José Juste Ruiz, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Segunda Edición, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. 1999. Madrid – España. p. 115.

*de los Estados terceros. En consecuencia, todo Estado puede legítimamente exigir la responsabilidad que se derive de los hechos o actos ilícitos contra la Comunidad internacional.*

*3. Sin perjuicio de las competencias que correspondan a órganos internacionales, universales o regionales, en orden al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, o el arreglo pacífico de controversias, toda controversia que surja acerca de la existencia de un hecho o acto ilícito contra la Comunidad internacional debe ser sometida a la Corte Internacional de Justicia, a otros tribunales internacionales o al arbitraje.*

*4. Los deberes del Estado responsable del hecho o acto ilícito contra la Comunidad internacional, así como los derechos del Estado o Estados directamente perjudicados, y los derechos y deberes de los Estados terceros, serán determinados por la sentencia internacional, el laudo arbitral o, en su caso, por la resolución que válidamente adopte un órgano internacional competente;*

*5. La sentencia internacional o el laudo arbitral que determinen la comisión de un hecho o acto ilícito contra la Comunidad internacional podrán establecer igualmente, de acuerdo con el Derecho internacional y en los casos en que aquel revista especial intensidad, la responsabilidad penal internacional del individuo o individuos, que en nombre del Estado imputado hubieran decidido el comportamiento u omisión, calificados como hecho o acto ilícito contra la Comunidad internacional”.*

Como se ve, estas propuestas se vislumbran dentro de un marco de efectividad, proponiendo que no sólo se queden en meras cartas de intención, sino que sean puestas en práctica por cada Estado con el fin de promover la protección jurídica ambiental.

### **3.1.8. La conexión entre la normatividad de protección ambiental penal con el derecho administrativo sancionatorio.**

Los tipos penales que protegen a los derechos ambientales han enfrentado serios problemas para la tipificación de las acciones lesivas al medio ambiente:

- En primer lugar cuando se plantea la necesidad de criminalizar las conductas “*ecocidas*” de los derechos ambientales, la norma penal sólo puede operar por medio de mecanismos punitivos. El establecer cuándo una conducta deja de ser tolerable para llegar a ser punible, está determinada por los límites máximos permisibles que establezcan las disposiciones de la administración.

- Por otro lado, frente al momento en que se configura el delito ambiental. Se ha establecido que estos únicamente se crean siempre y cuando se atiende a una reglamentación de tipo administrativo, esto se ve en el caso de solicitud de las correspondientes autorizaciones pero quebrantando los límites que establecen dichos reglamentos.

Por esta razón, intentar que el sistema penal acabe por sí solo con la problemática del dolo social dentro de los actos en contra del medio ambiente resulta imposible, dada la existencia de una cultura arraigada en la sociedad que conduce hacia un descuido de los factores ecológicos (dolo social), razones de peso para pensar en la inexistencia de una conciencia ambiental por parte de la sociedad, entre otras razones por la incompatibilidad existente entre esta y los modelos económicos actuales.

Así las cosas, resulta siendo una utopía pensar que el sistema penal por sí solo puede por medio de su aparato punitivo y represivo modificar la tendencia antiecológica de la sociedad al “*dolo social*” anteriormente referido. Aun frente al caso de una victoria parcial del aparato punitivo tendiente hacia el cambio de pensamiento cultural de la sociedad, el sistema penal “*per se*” resulta siendo ineficiente frente a nuevos desafíos tales como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, o la posibilidad de identificar por medios técnico-científicos al autor del daño ambiental, o que se llegase a esclarecer cual es la cadena causal que existe entre todos los agentes que pueden tener incidencia en determinado hecho. Entonces resulta necesario no sólo acompañar el tratamiento penal con otro tipo de mecanismos contenidos en el derecho administrativo, sino también renovar los sistemas normativos, para poder elaborar normas que resulten acordes con el sistema ecológico<sup>692</sup>.

### **3.1.9. Estrategias precautorias de naturaleza penal aplicables al derecho administrativo sancionatorio.**

La técnica preventiva dentro de la normatividad penal con la cual la mayoría de los Estados hace frente a este tipo de infracciones ambientales ha sido muy similar, en primer término se utiliza la multa o también puede utilizarse la pena privativa de la libertad por medio del tipo penal que más se adecue a la conducta punible ambiental<sup>693</sup>. Sobre las primeras se ha demostrado su gran ineficacia a la hora de prevenir y controlar la producción de daños

---

<sup>692</sup> *Ibidem*. p. 265.

<sup>693</sup> *Ibidem*. p. 269.

ambientales y por parte de la segunda, también se ha demostrado que si no se adecua la conducta penal a los nuevos supuestos de hecho que plantea la norma ambiental es imposible que pueda determinarse con certeza al autor del hecho punible, mostrando a este sistema penal como ineficaz a la hora de mostrar resultados.

Ahondando mas en el tema de estas dos formas de coerción de las conductas ambientalmente negativas podemos establecer:

La multa, que se considera como una medida de apremio, pero con carácter eminentemente punitivo, esta es independiente al concepto de perjuicios. La Corte Constitucional plantea sobre el tema de las multas que<sup>694</sup>:

*“Para la sala la administración tiene competencia para imponer unilateralmente sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el artículo 64 del Decreto 01 de 1948 a todos los actos administrativos”.*

Así las cosas, por medio de la remisión al derecho civil-comercial que hace el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, tenemos que en virtud de lo establecido en los artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, las multas pueden ser aplicables en la contratación estatal, además de las otras normas complementarias que apoyan dicha aplicación como por ejemplo el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo donde se menciona que<sup>695</sup>:

*“Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejercer de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados”.*

Respecto de la finalidad de las multas, estas tienen una función de apremio, es decir de constreñimiento principalmente al contratista para que este a su vez cumpla con sus obligaciones pactadas. El Consejo de Estado, al respecto señala<sup>696</sup>:

*“Tienen una finalidad de constreñimiento, de coerción, de coacción para presionar o apremiar al contratista a darle cumplimiento a sus obligaciones, cuando en los términos y*

---

<sup>694</sup> Sentencia del Consejo de Estado, del 4 de junio de 1998, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos. Expediente. 13988

<sup>695</sup> Adriana Navarro y Ana María Rivera. Instituciones del Derecho Privado en la Contratación Estatal. Tesis. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá – Colombia. 2001. p. 105

<sup>696</sup> Sentencia del Consejo de Estado del 5 de Septiembre de 1996, Sección Tercera. C.P. Daniel Suarez. Expediente 10265.

*desarrollo del contrato, se observó que aquel no está al día en sus obligaciones, que se encuentra en mora o retardo para satisfacer oportunamente conforme al plazo pactado, los compromisos contractuales asumidos”.*

También es necesario señalar que las multas pueden imponerse, por un lado por medio de disposiciones de tipo administrativo, pero además en virtud de la aplicación de los tipos penales. En cualquier caso la multa debe cumplir una finalidad disuasiva de la conducta contaminante, pero para lograr este cometido esta debe ser lo suficientemente alta como para provocar en el sujeto activo su disuasión efectiva<sup>697</sup>. Si por el contrario, no se establece una pena de multa lo suficientemente alta como para disuadir al sujeto activo, el fenómeno que producirá será la asimilación de esta como un costo adicional que el autor debe pagar pero que de ninguna forma causa un desbalance en sus operaciones económicas, por lo tanto el efecto preventivo de la multa carecerá de poder, neutralizándolo.

La multa puede constituirse principalmente como

- **Multa-diaria:** en este supuesto la sanción es indeterminada, depende del tiempo que el sujeto que recibe la multa emplee para poder cumplir con el mandato, ya sea este de tipo administrativo o judicial. La efectividad de esta modalidad de multa se evidencia frente al sujeto activo, cuando este considera que debe cumplir el mandato lo más pronto posible, de lo contrario se seguirá causando la multa diaria.

El Comité Europeo sobre Problemas Criminales ha recomendado que los gobiernos implementen dentro de sus ordenamientos jurídicos el sistema de multas diarias, teniendo en cuenta la situación económica concreta de cada individuo (1978).

- **Multa-capacidad económica:** la pena pecuniaria se calcula por medio de una operación matemática teniendo en cuenta la capacidad económica del multado pero en correspondencia con la gravedad de la acción realizada. Las sumas de dinero obtenidas por motivo de las multas pagadas por los sujetos contaminantes pueden ser utilizadas para crear un fondo especial cuya finalidad sea la reparación de estas lesiones ambientales.

---

<sup>697</sup> *Ibíd.*

Otros castigos diferentes a las multas o a la privación de la libertad aplicables en el derecho administrativo sancionatorio resultan eficaces a la hora de prevenir las conductas contaminantes. Entre estos métodos sustitutivos podemos encontrar<sup>698</sup>:

- Reparación del daño causado mediante la restauración al estado original en que se encontraba el ecosistema antes de la intervención del sujeto activo. En este caso se obliga al sujeto activo de la conducta a volver las cosas al estado anterior al que se encontraban antes de su intervención, o también se autoriza a la institución ambiental del caso para que ejecute las reparaciones que resulten necesarias a expensas del sujeto activo causante del daño o peligro.
- Trabajos en beneficio de la comunidad. Se obliga al sujeto activo a que trabaje en servicios comunitarios o de beneficio común.
- Publicación del fallo sancionatorio o resolución. Esta medida posee un gran efecto disuasivo puesto que posee efectos estigmatizantes dentro de una sociedad que lo castigará por infringir las normas ambientales.
- Condena condicional y detención durante fines de semana, como otro de los mecanismos efectivos para poder reducir y prevenir los niveles de riesgos. Aunque en este punto vale la pena mencionar que debe ser proferido por una autoridad la cual posea la competencia para lograr la privación de la libertad.

---

<sup>698</sup>José María Borrero Navia. Los Derechos Ambientales, una Visión Desde el Sur. Publicación de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente. FIPMA. El Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994. p. 271.

## CONCLUSIONES.

La sociedad de nuestra actualidad comporta una consecución de posibilidades de creación de peligros prácticamente ilimitada, lo cual se traduce en la transformación radical de nuestros paradigmas socio-jurídicos y como consecuencia de ello resulta creándose una comunidad que vive día a día con peligros de toda índole, tolerándolos y hasta asumiendo su presencia como un elemento necesario para su desarrollo. De ello se desprende que al derecho administrativo le corresponde el papel de regulador de esta relación individuo-peligro, creando límites al desarrollo mismo del potencial de riesgo.

Partiendo de esta conclusión de carácter general y con fundamento en los conceptos analizados a lo largo de este trabajo investigativo puede plasmarse como síntesis final los siguientes argumentos:

- La administración posee las herramientas técnico-jurídicas imprescindibles para regular eficazmente los paradigmas medioambientales relacionados con los riesgos que se presentan dentro del contexto social actual, aunque también es clara la necesidad de una revisión exhaustiva de algunas instituciones jurídicas administrativas específicas como por ejemplo en las funciones y las capacidades de los organismos encargados de la protección del medio ambiente, no sólo dentro de los países industrializados, sino también como una prioridad para los que se encuentran en vías de desarrollo, donde evidentemente estos últimos necesitan de mayor asistencia en el fortalecimiento de sus instituciones.

El caso colombiano es un ejemplo de ello, en donde se está gestando un proceso normativo de transformación socioeconómica a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, también conocida como Constitución Ecológica, así como también gracias a lo dispuesto en la Ley 23 de 1973, el Decreto 2811 de 1974, la Ley 99 de 1993, la controvertida la Ley 1333 de 2009 y demás normatividad relativa al tratamiento, prevención, vigilancia y sanción de riesgos ambientales, promoviendo así la utilización más eficiente y obviamente a largo plazo de los recursos medio ambientales, con el fin de brindar seguridad jurídica a la administración respecto a la regulación de los peligros potenciales en materia ambiental, otorgándole así herramientas claras de control y vigilancia en la materia.

Además de ello, pudo concluirse que resulta necesario un cambio radical en el actuar de la administración pública, con el fin de estimularla hacia la creación de más elementos normativos de prevención y protección de la diversidad biológica, basándose dichos

esfuerzos en la cooperación soportada entre la administración, el sector privado, los demás Estados y la sociedad en general, evaluándose exhaustivamente todas y cada una de las prioridades dentro del Estado Social de Derecho respecto al tema medioambiental.

Pero a su vez, dicho estímulo de creación de normatividad relacionada con la prevención y protección de la diversidad biológica, la cual hace parte del desarrollo mismo del derecho administrativo, debe estar basada principalmente en presupuestos que identifiquen las normas jurídicas compatibles con el desarrollo sostenible del medio ambiente y la mitigación de los impactos ambientales, más que en situaciones dispuestas sólo a analizar en forma excluyente la eficiencia económica y de mercado.

Esto se logra con base en el enfoque de criterios ecológicos que intervengan activamente en el diseño normativo para regular el tema tecnológico e industrial, junto con la interposición de fronteras claras e interdisciplinarias, especialmente de índole ético-jurídicas.

- Debe buscarse un sistema de información sincero y transparente, pero además que estimule la participación ciudadana en procesos de toma de decisiones por parte de las autoridades estatales y a su vez se planteen también mecanismos efectivos para que los ciudadanos estén llamados a colaborar con los poderes públicos en la formulación de todas las acciones necesarias para la regulación y control social del riesgo para así proteger al medio ambiente. De esta manera, la concertación democrática para implementar mecanismos de evaluación de riesgos eficientes dará como resultado la legitimación jurídica de las técnicas analíticas y científicas de cuantificación del riesgo y de las decisiones de las instituciones gubernamentales al respecto.

Por ello, la importancia de implementar instrumentos de participación ciudadana en materia ambiental tales como la consulta previa, las acciones de grupo, populares, entre otras, estimulando de esta forma la inclusión de la comunidad en los procesos de toma de decisiones por parte de las autoridades estatales.

- Particularmente, en relación con la responsabilidad ambiental contemplada en la Ley 1333 de 2009 y sus disposiciones normativas complementarias, puede decirse que este régimen jurídico plantea conceptos novedosos y algunos traídos de normas anteriores y, que en suma si bien resulta un esfuerzo por parte del Estado colombiano para proteger bienes jurídicos dentro del medio ambiente, también cuenta con varias falencias, las cuales pueden ser resueltas en la práctica de la norma, principalmente hablando sobre la necesidad de complementar la norma con más conceptos jurídicos de corte preventivo,

también sobre el desequilibrio en el debido proceso por causa de la objetivización del régimen de responsabilidad sancionatorio ambiental, entre otros.

Así, e independientemente de las críticas al procedimiento, la Ley 1333 de 2009, como norma sancionatoria ambiental, es fundamentalmente un dispositivo sancionador en el cual confluyen diferentes aspectos, principalmente de naturaleza preventiva y represiva, propiciando de esta manera un análisis económico por parte del sujeto activo en donde este último identifique el beneficio y la rentabilidad de prevenir o de realizar el daño al medio ambiente

- Los estudios referentes al principio de precaución, deben enmarcarse en un contexto de evaluación del riesgo partiendo desde el estudio de la incertidumbre científica, poniendo a este principio como un direccionador de las decisiones de la administración respecto a la complejidad de los procesos tecnológicos. De esta manera, su aplicación por parte de la administración debe estar condicionada temporalmente como un acto posterior al procesamiento de la información disponible y donde se haya identificado previamente el problema, entendiéndolo como un mecanismo de auxilio para las estructuras jurídicas que puedan tener vacíos e indeterminación.

De esta manera, así como se denota el esfuerzo sectorizado de algunas fuentes del poder judicial para potencializar la utilización del principio de precaución, también pudo comprobarse cómo comienza a utilizarse este concepto jurídico con mayor fuerza, principalmente dentro de los documentos jurídicos internacionales que han servido como marco de regulación de la prevención y precaución de riesgos, máxime si es dentro del derecho internacional donde el derecho al medio ambiente recibe mayor protección, por ello se describió algunos de los más importantes tales como la Cumbre de la Tierra o Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo; la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano; la Recomendación 102 del Plan de Acción, etc.

- Frente a la protección jurídica de las obtenciones vegetales y de los organismos genéticamente modificados, la tendencia en el marco internacional se dirige hacia la diferenciación de regulación de la propiedad intelectual por cada ordenamiento jurídico estatal con base en un tronco común establecido por el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 1883, así como también para la protección de consumidores en razón al consumo de productos transgénicos con el fin de prevenir su victimización en diferentes niveles, evidenciándose así que existe una gran variedad de normas jurídicas, jurisprudencia y demás aportes del derecho administrativo referentes

a la protección y seguridad genética creadas tanto a nivel local, como también a nivel macro con el fin de permear al Estado de peligros potenciales de macrovictimización.

- Existen otras formas de atribución de responsabilidad tales como el riesgo creado, la responsabilidad civil y la culpa extensiva, pero particularmente se planean otras formas de responsabilidad dirigidas hacia los funcionarios de la administración la cual puede utilizarse como mecanismo de control de daños ambientales:

En contratación estatal por ejemplo, se analizó cómo los funcionarios públicos hacen responsable a la administración por sus actuaciones. Ello a través del principio de responsabilidad de los servidores públicos consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, en donde debe buscarse el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, consistentes en vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos ambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Ahora, en materia disciplinaria la situación no es del todo diferente, ello con base a que existe todo un régimen de responsabilidad disciplinaria basado en la aplicación de la Ley 734 de 2002, el cuál fue creado precisamente para evitar la comisión de situaciones prohibidas por las normas, por parte de los servidores públicos y demás particulares que ejerzan funciones públicas, principalmente refiriéndose a la violación de normas relacionadas con la protección del medio ambiente.

- Pudo explicarse con claridad que es imposible regular toda la extensión de posibilidades de causación de riesgos, máxime si se dirigen hacia otras áreas que no hayan sido aún reglamentadas. La única alternativa parece dirigirse hacia la priorización de los riesgos a cubrir por parte del ordenamiento jurídico, dándole prevalencia a los riesgos que en verdad impliquen verdaderos daños ecológicos. El objetivo es que el régimen de responsabilidad de riesgos valla avanzando hacia su cobertura y garantía universal, ello por ejemplo por medio de la creación de normas como la Ley 1333 de 2009 o demás normas que busquen el resarcimiento de perjuicios con base en el principio de solidaridad. El llamado es hacia lograr un estadio jurídico de cobertura total de los riesgos, por esta razón el actuar de la administración tendiente al control público debe encausarse a que el uso de los recursos naturales deba estar sometido a un límite de planificación que incentive la utilización racional de estos recursos por medio de técnicas de fomento, tales como los subsidios, exenciones tributarias, reducciones en tasas y demás beneficios.
- Pudo complementarse este trabajo investigativo con un análisis relacionado con la posibilidad de ajustar algunos conceptos jurídicos del derecho penal con el derecho

administrativo sancionatorio, proponiendo como una prioridad su complementación mutua, ampliando así la cobertura del sistema jurídico dentro del marco de los principios de prevención-prospección particularmente en temas ambientales. Esta propuesta partió de la imposibilidad para el derecho penal de modificar las tendencias de la sociedad hacia la comisión de conductas perjudiciales para el medio ambiente y hasta de crímenes ecológicos, por ende su actuación debe estar acompañada de un sistema de responsabilidad administrativo sancionatorio el cual complemente los vacíos que deja la norma penal.

## BIBLIOGRAFÍA

### REFERENCIAS DOCTRINALES:

- AGUILERA KLINK, Federico y ALCÁNTARA, Vincent (Comp.). De la Economía ambiental a la economía ecológica. Economía crítica. Primera edición. Icaría-Fuhem. Barcelona-España.1994.
- ALTERINI, Atilio Aníbal. Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad. “Lecciones y ensayos”. No 72/73/74. Buenos Aires-Argentina. 1998/99
- AMAT LLOMBART, Pablo, APARICIO GRAU, Jaime, CHANZÁ JORDÁN, Dionisio, LÓPEZ ARANDA, José Manuel, LLOMBART BOSH, Desamparados, OVIEDO ARANDA, Jesús, RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, SÁNCHEZ GIL, Olga, SOLER LERMA, Santiago, VILLARROEL LÓPEZ DE LA GARMA, Antonio. “La Propiedad industrial sobre obtenciones vegetales y organismos transgénicos”, Editorial tirant lo blanch, Valencia-España, 2007.
- AMAYA NAVAS, Oscar Darío y GARCÍA PACHÓN, María del Pilar. (Comp.). Nuevo régimen sancionatorio ambiental. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2010.
- AMAYA NAVAS, Oscar Darío, ARRIETA QUESADA, Liliana y otros. Lecturas sobre derecho del medio ambiente. Primera edición. Tomo IV. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. 2003
- ARDILA RAMÍREZ, Arturo y OTERO L., María del Pilar, La responsabilidad fiscal, caducidad o prescripción de la acción fiscal y de la responsabilidad fiscal. Tesis. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá – Colombia. 2000.
- ARTIGAS, Carmen. CEPAL. Serie recursos naturales e infraestructura. “*El principio precautorio en el derecho y la política internacional*”. Santiago de Chile-Chile, 2001.
- ÁVILA DE TISSOT, Esperanza. Licencias ambientales, “*Aproximación Práctica*”. Primera edición. Fundación Friedrich Ebert de Colombia – FESCOL. Bogotá – Colombia. 1996

- BALMACEDA HOYOS, Gustavo, CASTRO CUENCA, Carlos, HENAO CARDONA, Luis Felipe. Derecho penal y criminalidad postindustrial. Ediciones jurídicas de Santiago. Santiago-Chile. 2007.
- BARRY, J y ECKERSLEY R (eds). The State and the global ecological crisis. Cambridge, MIT Press, New-York-U.S.A. 2005.
- BECK, Ulrich. Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. Responsabilidad organizada, El Roure editorial. S.A. Primera edición. Barcelona-España. 1998.
- BECK, Ulrich. La Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Ediciones paidós ibérica. S.A. Barcelona-España. 1998.
- BIFANI, Pablo, Desarrollo y medio ambiente, Editorial presencia, Bogotá-Colombia. 1992
- BORRERO NAVIA, José María. Los Derechos Ambientales, Una visión desde el sur. Publicación de la fundación para la investigación y protección del medio ambiente. FIPMA. El Centro de asistencia legal ambiental, CELA. Cali-Colombia. 1994.
- BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La responsabilidad extracontractual del Estado. Primera edición. Editorial Leyer. Bogotá-Colombia. 1998.
- BLAUSTEIN, Albert P. y FLANZ, Gisbert H. “Constitutions of the countries of the world”, Ed. Oceana publications, Inc, New York-United States, 1990.
- CAMERON, James. y ABOUCHAR, Juli. “The precautionary principle: A fundamental principle for the protection of the global environment”. Boston college international and comparative law review 1. United States. 1991.
- CAPUTI, Claudia. Responsabilidad del Estado, sistematización y síntesis jurisprudencial. Ediciones rap S.A. Buenos Aires-Argentina. 2007.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho administrativo. Tomo I. Novena edición. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2009.

- CASTELLANO RAUSELL, Pedro (Dir.). La responsabilidad penal de las actividades de riesgo. Cuadernos de derecho judicial. Imprime Lerko Print. S.A. Madrid-España. 2002.
- CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia. El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica. Editorial Temis. Bogotá-Colombia. 1997.
- CUELLO IRIARTE, Gustavo, CUELLO HERMIDA, Adriana y PUERTO VALENCIA, Jenaro Andrés. El daño especial, como título de imputación de la responsabilidad del Estado. Procuraduría General de la Nación – Instituto de estudios del ministerio público – IEMP. Bogotá-Colombia. 2009.
- D'AMATO, Anthony. “Do we owe a duty to future generations to preserve the global environment Edith Brown Weiss, Lothar Gundling; American journal of international law, Vol. 84, United States. 1990.
- DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. Derecho agrario ambiental. Propiedad y ecología. Editorial Aranzadi. Pamplona-España. 1992.
- DE SADELLER, Nicolas. Environmental Principles: From political slogans to legal rules, Oxford University Press, Oxford-United Kingdom, 2002.
- DEVILLE, Adrian y HARDING, Ronnie. Applying the precautionary principle. The federation press Pty. Sydney-Australia.1997.
- Dirección General del Medio Ambiente y del Desarrollo. Nuestro Futuro Común. Mopu. Editorial Alianza. Madrid-España, 1988.
- DOUGLAS, Mary. Risk Acceptability According to the Social Sciences. Edition published by Routledge & Kegan Paul. London-UK. 1985
- DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Duckworth, London-UK. 1977.
- ESCOBAR GIL, Rodrigo, Responsabilidad Contractual de la Administración Pública. Editorial Temis, Bogotá-Colombia. 1989.
- ESTEVE PARDO, José. Técnica, Riesgo y Derecho. Tratamiento del Riesgo Tecnológico en el Derecho Ambiental. Editorial Ariel S.A. Barcelona-España. 1999.

- ESTEVE PARDO, José. Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario sistemático. Marcial Pons, Madrid-España. 2008.
- FISHER, Elizabeth. Risk Regulation and Administrative Constitutionalism. Oxford and Portland Oregon. Hart America. Hart Publishing. United States. 2007.
- FISHER, Elizabeth. “Precautionary Everywhere: Developing a “Common Understanding” of the Precautionary Principle in the European Community”. Maastricht Journal of European and Comparative Law. Vol. 7. United States. 2002.
- FISHER, Elizabeth, JONES, Judith y VON SCHOMBERG, René Von (Ed). “Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects”, Published by Edward Elgar Publishing Limited. United Kingdom. 2006.
- FOLCH, Ramón. Ambiente, Emoción y Ética. Actitudes ante la Cultura de la Sostenibilidad. Editorial Ariel. S.A. Barcelona-España.1998.
- FOLCH, Ramón. Sobre Ecologismo y Ecología Aplicada. Ketres Editorial. Barcelona-España. 1977.
- Fundación Friedrich Ebert de Colombia, y CEREC. Derecho y Medio Ambiente. Publicado por la Corporación Ecológica y Cultural “Penca de Sábila”, Serie Ecológica No. 4. Grupo Editorial 87. Editorial Presencia. Bogotá-Colombia. 1992.
- GALEANO, Juan Pablo. Hacia una política victimal colombiana. Caso de los alimentos transgénicos. Revista de Estudios Socio-jurídicos, enero-junio, año/vol.6, No. 001. Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2004. pp. 149-173
- GARCÍA, Enrique Alonso. El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. Vol. II. El contenido sustantivo de la legislación comunitaria de medio ambiente. Primera edición. Editorial Civitas S.A. Madrid-España. 1993.
- GARRIDO DÍAS, Juan Manuel y ZULETA JARAMILLO, Eduardo. Legislación Ambiental en Colombia. Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda. Baker y Mckenzie. Bogotá-Colombia. 1994.
- GIDDENS, Anthony. Consecuencias de la Modernidad. Alianza Editorial. Madrid-España. 1993.

- GIDDENS, Anthony. Sociología. Cuarta edición. Alianza Editorial. Madrid-España. 2004.
- GIDDENS, Anthony. Un Mundo Desbocado. Los Efectos de la Globalización en Nuestras Vidas. Grupo Santillana Ediciones S.A. España. 2000.
- GOLDENBERG, Isidoro y CAFFERATTA, Néstor. Daño Ambiental. Problemáticas de la determinación causal. Abeledo Perrot. 2001.
- GÓMEZ CÓRDOBA, Ana Isabel, GALEANO REY, Juan Pablo, CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, MONTAÑÉZ RUIZ, Julio César, SUÁREZ OBANDO, Fernando, SALGAR ESPINOSA, Lina María, VÉLEZ ORTÍZ, Germán Alonso, LÓPEZ GONZÁLEZ, Elizabeth, FRANCO SÁNCHEZ, Carolina, PÁEZ ROJAS, Paola Liliana. Genética, riesgo y derecho penal: una aproximación interdisciplinaria. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2010.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. La responsabilidad del médico. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 2003.
- GOMIS CATALÁ, Lucía. Responsabilidad por daños al medio ambiente, Pamplona Aranzadi S.A. 1998. pp. 73-74.
- GONZÁLEZ VILLA, Enrique. Derecho Ambiental Colombiano. Parte General. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. Julio 2006.
- GORZ, André. Ecología y libertad, Editorial 2001, Barcelona-España, 1979
- GUHL, Ernesto. Medio ambiente y desarrollo, Tercer Mundo Editores y Ediciones Uniandes, Bogotá-Colombia, 1992.
- GUATTARI, Félix. Las Tres Ecologías. Pre-textos. Valencia – España. 1989.
- GUZMÁN AGUILERA, Patricia. Introducción al Análisis Económico del Derecho Ambiental. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2006.
- GRAHAM, John D. Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process. National Academy Press, Washington DC-United States, 1983.

- GRASSET, Bernard. L'État providence, Paris-Francia. 1986.
- HARDING, R y FISHER, Elizabeth (eds). Perspectives on the Precautionary Principle. Anexo Uno. Federation Press, Sydney-Australia, 1999
- HENAO, Juan Carlos. El daño, Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 2007.
- HEY, Ellen, "The Precautionary Approach. Implications of the Revision of the Oslo and Paris Conventions", Marine Policy, vol. 15/4, United States. 1991.
- Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Consulta Previa: "principios, enfoque metodológico e instrumentalización", Experiencias compartidas y lecciones aprendidas. Bogotá-Colombia. 2008
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Banco Interamericano de Desarrollo. Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente. Seminario de Brasilia de 1992. 2ª Edición. San José de Costa Rica-Costa Rica. 1995.
- Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, La Contaminación Ambiental: nuevos planteamientos técnicos y jurídicos, Madrid-España, 1978.
- JAQUENOD DE ZSOGON, Silvia. El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores. Tercera Edición. Editorial Dykinson, S.L. Madrid-España. 1991.
- JIMÉNEZ HERRERO, Luis. Medio Ambiente y Desarrollo Alternativo. Gestión Racional de los Recursos para una Sociedad Perdurable. Editorial Iepala. Madrid-España. 1989.
- JORDANO FRAGA, Jesús. La Protección del Derecho a Un Medio Ambiente Adecuado. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona-España. 1995.
- JUSTE RUIZ, José. Derecho Internacional del Medio Ambiente, Segunda Edición, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid – España. 1999.
- JUSTE RUIZ, José, BLANC ALTEMIR, Antonio, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, CARBAJO VASCO, Domingo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis,

- MORALES PRATS, Fermín y MARTÍN MATEO, Ramón. La Protección Jurídica del Medio Ambiente. Editorial Aranzadi. S.A. España. 1997.
- KORMONDY, Edward J. Conceptos de Ecología. Alianza Editorial. Cuarta Edición. Madrid-España. 1985.
  - LASH, S y SZERSZYNKI, B (eds), Risk, Environment and Modernity: Towards a New Ecology. Sage Publications. London-UK. 1996.
  - LATOUR, Bruno. Politics of Nature: How to Bring the Sciences Into Democracy. Harvard University Press, Cambridge-United States, 2004.
  - LONDOÑO TORO, Beatriz. Manual. Nuevos Instrumentos de Participación Ambiental. Audiencias Públicas Ambientales y Consulta a Comunidades. Primera Edición. Consultoría Ambiental y Colectiva. Bogotá-Colombia. 1998.
  - LONDOÑO TORO, Beatriz. Entrevista realizada el día 29 de noviembre de 2010
  - LONDOÑO TORO, Beatriz, RODRÍGUEZ, Gloria Amparo, HERRERA CARRASCAL, Giovanni J. Perspectivas del Derecho Ambiental en Colombia. Primera Edición. Editores Académicos 1006. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2006.
  - LÓPEZ DÁVILA, Carlos Eduardo y LÓPEZ DÁVILA, Iván. Manual del Sistema Nacional Ambiental. Análisis y Propuesta del SINA. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2003.
  - LOZANO CUTANDA, Blanca. Derecho Ambiental Administrativo. 7ª Edición Actualizada. Editorial Dykinson, S.L. Madrid-España. 2006.
  - MACDONAGH, Oliver. “The Nineteenth Century Revolution in Government: A Reappraisal”. The Historical Journal, Cambridge University Press, New York - USA, 1958
  - MAJONE, Giandomenico. “What Price Safety? The Precautionary Principle and its Policy Implications” European University Institute. Journal of Common Market Studies, Vol. 40, No. 1. Scotland. 2002.

- MARGALEF, Ramón. *Perspectivas de la Teoría Ecológica*. Editorial Blume. Barcelona-España. 1981.
- MARTIN, G.J. *Precaution et evolution du droit*, Recueil Dalloz-Sirey. 39ème Cahier. Paris-France. 1995.
- MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I*. Editorial Trivium, Madrid,-España. 1991.
- MARTÍN PALMERO, Federico, GONZÁLEZ LAXE, Fernando, GONZÁLEZ LAXE, Fernanda, MIGUÉLEZ POSE, Fernanda, MENÉNDEZ PÉREZ, Emilio y DOPICO CASTRO, Jesús. *Desarrollo Sostenible y Huella Ecológica. Una Aplicación a la Economía Gallega*. Primera Edición. Netbiblo, S.L.A. Coruña-España. 2004.
- MARTÍNEZ ALIER, María Margarita (Comp.). *Ecodesarrollo, El Pensamiento del Decenio*, Editado por INDERENA. Bogotá-Colombia.1983.
- MARTÍNEZ VERGARA, Marianella y TRUJILLO HERNÁNDEZ, Sara Helena. Tesis. *Las Acciones Populares en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana, Departamento Procesal. Bogotá-Colombia. 2001.
- MARTÍNEZ, Víctor. *Ambiente y Responsabilidad Penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires-Argentina. 1994.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Primera Edición. Editorial Cívitas. Madrid-España. 2001.
- MESA CUADROS, Gregorio. *Derechos Ambientales en Perspectiva de Integralidad*. “Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado Ambiental de Derecho”. Primera Edición, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá-Colombia. 1997.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, organización, imputación y causalidad*. Primera Edición. Editorial Cívitas. Madrid-España. 2000.
- MORCILLO, Pedro Pablo. *La Legislación Ambiental de Colombia. Operancia y Aplicabilidad*. Primera Edición. Centro Editorial Universidad del Valle. Cali-Colombia. 1994.

- MORCILLO MÉNDEZ, Pedro Pablo. Aspectos Legales e Institucionales del Ambiente y Los Recursos Naturales de Colombia. Escuela superior de administración pública. ESAP. Edición príncipe. Bogotá-Colombia. 1991.
- MORENO MOLINA, José Antonio. La protección Ambiental de los Bosques. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid-España. 1998.
- MUÑOZ, Emilio. Biotecnología y Sociedad. Encuentros y Desencuentros. Organización de Estados Iberoamericanos. Primera Edición. Publicado por Cambridge University Press. Madrid-España. 2001.
- NARVÁEZ ENRIQUEZ, Lesly y POTEVIN S, Catalina. Derecho Penal y el Servidor Público. Tesis. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá – Colombia, 2004.
- National Research Council. Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process. National Academy Press, Washington DC – United States. 1983
- NAVARRO, Adriana y RIVERA, Ana María. Instituciones del Derecho Privado en la Contratación Estatal. Tesis. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá – Colombia. 2001.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos. Madrid-España. 2005
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. Ecoauditorias, Intervención Pública Ambiental y Autocontrol Empresarial. Monografías jurídicas, Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid-España. 2000.
- Organismo Internacional de Energía Atómica – OIEA. Boletín, vol. 35, No. 2, Viena-Austria. 1993.
- OVALLE BRACHO, Martha Lucia y CASTRO DE PÉREZ, Zelba Nidia. El Principio de Precaución. Tesis Inédita de la Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia. 2010.
- PADILLA HERNÁNDEZ, Eduardo. Tratado de derecho ambiental. Primera edición. Ediciones librería del profesional. 1997.

- PALMISANO, Giuseppe. Revue Générale de Droit International Public – RGDIP. “Les causes d’aggravation de la responsabilité des États et la distinction entre “*crimes*” et “*délits*” “*internationaux*”, No. 3. Paris-France. 1994.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Estudios Jurídicos, Universidad de Valencia, Instituto de Criminología, Segundo Volumen, Valencia-España. 1997.
- PARRA DUSSÁN, Carlos y RODRÍGUEZ, Gloria Amparo (ed.). Comunidades Étnicas en Colombia. Cultura y Jurisprudencia. Primera Edición. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia. 2005.
- PATIÑO POSSE, Miguel. Derecho Ambiental Colombiano. Primera Edición. Legis Editores. S.A. Bogotá-Colombia. 1999.
- PENGUE, Walter. Cultivos transgénicos: ¿hacia dónde vamos?, s.l. Editorial Unesco, 2000
- PÉREZ MORENO, A. “Las Bases de un Derecho Ambiental Europeo”, En Homenaje a Villar Palasí, Editorial Civitas. Madrid-España. 1989.
- PRIEUR, Michel, LAMBRECHTS, Claude. Les Hommes et L’Environnement Mankind and the Environment. En Hommage á Alexandre Kiss. Editions Frison-Roche, Ouvrage Puclié avec le Concours de L’Université Robert Schuman de Strasbourg. Paris-Francia, 1998.
- PRESTON, B. Environmental Litigation. Law Book Company Ltd. Sydney-Australia.1989.
- Programa de Gestión Urbana del Banco Mundial. Estrategias Ambientales Urbanas. Gestión Urbana Vol. 9. Primera Edición. Quito-Ecuador. 2000.
- Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente - PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Situación actual del Derecho Internacional en América Latina y el Caribe. Una publicación del Sistema de Información Ambiental del PNUMA, México D.F. – México. 1993.

- Programa de las Naciones Unidas para el medio Ambiente (PNUMA). Primera reunión del Comité Asesor Científico y Técnico Interino del Protocolo Relativo a las Áreas de Flora y Fauna Silvestres Espacialmente Protegidas en la Región del Gran Caribe, 1992.
- QUINTERO, Luis Eduardo. La producción y comercialización de granos y algodón en Colombia, Bolsa Nacional Agropecuaria. Le Print Club Express. Bogotá-Colombia. 1999.
- RAINAUD, Jean-Marie. Le droit nucleaire, Que sais-je?, Presses Universitaires de France - PUF. France. 1994.
- RAYNER, Steve y CANTOR, Robin. “How Fair is Safe Enough?: The Cultural Approach to Societal Technology Choice” Risk Analysis, Vol. 7, No. 1. 1987.
- RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. El Derecho Ambiental en Colombia. Segunda edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá-Colombia. 1996.
- República de Colombia-Ministerio del Medio Ambiente-Oficina Asesora de Negociación Internacional. Manual de Tratados Internacionales en Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Santafé de Bogotá-Colombia. Junio 5 de 1998.
- Revista Semana, Publicación noviembre 10 de 1992.
- Revista Ecológica, Publicación noviembre 10 de 1992.
- Rivista di Diritto Europeo. “*Tendenze evolutive de la política comunitaria dell’ambiente in relazione al Quinto Programa d’Azione*”, n° 1, enero-marzo de 1993.
- RIECHMANN, Jorge, NAREDO, José Manuel y otros, De la Economía a la Ecología. 1992. Editores Trotta. Madrid-España. 1995.
- ROBERTS, David. Victorian Origins of the British Welfare State. New Haven, Yale University Press. United States. 1960.
- ROBINSON, Nicholas A. International Trends in Environmental Impact Assessment, Boston College Environmental Affairs Law Review, Vol. 19, United States.1992.

- RODAS MONSALVE, Julio Cesar. Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano. Segunda reimpresión, Tercer mundo editores en coedición con ediciones Uniandes. Bogotá-Colombia. 1997.
- RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General Colombiano. Duodécima edición, Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 2000.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Hernán y VILLA GONZÁLEZ, Manuela. Nuevo régimen sancionatorio ambiental. Reporte Legal No. 5. Rodríguez y Cavelier. Bogotá-Colombia. 2009.
- RODRÍGUEZ ROJAS, Sandra Lucía y ALONSO BEJARANO, Naryan Fernando. Mecanismos jurídicos de la protección ambiental. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá – Colombia.
- ROJAS QUIÑONEZ, Claudia María. Evolución de las Características y de los Principios del Derecho Internacional Ambiental y Su Aplicación en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2004.
- ROJAS, Viviana. Entrevista realizada el día 29 de noviembre de 2010.
- ROMEO CASABONA, Carlos. Responsabilidad Penal y Responsabilidad de los Conceptos de la Negligencia y Riesgo. Perspectivas. Tomo 4. Diario la Ley. España. 1993.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. Genética y derecho, Astrea. Buenos Aires-Argentina. 2003
- ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho. Editorial Comares, Granada-España. 2004.
- ROZANSKI, K. y FLOWLER S.W. “Estudios oceánicos mundiales, el efecto invernadero y el cambio climático: investigación de sus interrelaciones”, United Nations Environment Programme – UNEP. 1989. The State of the World Environment, Nairobi-Kenia. 1989.
- RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad Extracontractual, Ecoe Ediciones, Bogotá-Colombia, 2008.

- SGUBBI, Filippo. “*Tutela penale di interessi diffusi*”, en la *Questione Criminale*, Bolonia-Italia, 1975.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Hernando. Código de Derecho Internacional Ambiental. Editorial de la Universidad del Rosario. Bogotá-Colombia. 2008.
- SÁNCHEZ SILVA, Mauricio. Aceptabilidad del riesgo como criterio para el desarrollo de la infraestructura y la competitividad” Fundación para la Promoción de la Investigación y la Tecnología. Informe Final. Proyecto No. 1228. Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. 2003.
- SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law. Second Edition.* Cambridge University Press. Cambridge-United Kingdom. 2005.
- SARMIENTO, Daniel. *El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración.* Editorial Thomson-Civitas. Madrid-España. 2007.
- SCMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Construcción Sistemática.* Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid-Barcelona-España. 2003.
- SCHEERER, Sebastián, *Los derechos fundamentales y la sociedad del riesgo*”, en *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, Gustavo Ibáñez-Universidad Libre, 2002.
- SERRANO MORENO, José Luis. *Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica* Editorial Comares. Biblioteca Comares de ciencia jurídica. . Granada-España. 1992.
- SCHEERER, Sebastián. “*Los derechos fundamentales y la sociedad del riesgo*”. *Derecho penal contemporáneo.* Gustavo Ibáñez. Bogotá-Colombia. 2002.
- SHUMACHER, E.F., y BLUME, Hermann. *Lo Pequeño es Hermoso.* Octava Impresión. Editorial Hermann. Madrid-España. 1986.
- SOLER LERMA, Santiago. *Las obtenciones vegetales y sus diferencias con otras modalidades de propiedad industrial.* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2007.

- SUNSTEIN, Cass R. Law of Fear: Beyond the Precautionary Principle. Cambridge University Press, Cambridge-United States, 2005
- STEIN, Paul L. “Are Decision-Makers too Cautions with the Precautionary Principle?” Supreme Court of New South Wales, Sidney-Australia. 2000.
- STEWART, Richard B. “The Reformation of American Administrative Law” 88`Harvard Law Review. United States. 1975.
- STEVER, Donald W. The law of Chemical Regulation & Hazardous Waste, Clarck Boardman Co. United States.1991.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, tomo II, “De los perjuicios y su indemnización” Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1986.
- TEROL BECERRA, Manuel José. Espacios Naturales Protegidos y Medio Ambiente. Sobre la Sustantividad de las Materias Competenciales. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid-España, 2002.
- Universidad Externado de Colombia. Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo VI. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2005.
- Universidad Externado de Colombia. 15 Años de la Constitución Ecológica de Colombia. Primera Edición. Bogotá-Colombia. 2006.
- Universidad Externado de Colombia. Justicia Ambiental. Las Acciones Judiciales para la Defensa del Medio Ambiente. Jornadas Internacionales en Derecho del Medio Ambiente. Bogotá-Colombia. 2001.
- VERA JURADO, Diego José. La Disciplina Ambiental de las Actividades Industriales. Editorial Tecnos, S.A. Madrid-España. 1994.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Undécima edición. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia. 1997.
- VIDAL PERDOMO, Jaime, DÍAZ PERILLA, Viviana y RODRÍGUEZ, Gloria Amparo (eds). Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo. Primera Edición. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá – Colombia. 2005.

- VON MOLTKE, K. “*The Vorsorgeprinzip in West German Environmental Policy*”, Institute for European Environmental Policy, Bonn-Germany. 1987.
- WIESNER, Roberto. Desastre y derecho, monografías jurídicas, Editorial Temis. Bogotá-Colombia. 1992.
- WOLF, Paul. “*Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. Una intervención iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad*”, Barcelona-España, 1990.
- YTURRIAGA BARDERÁN, José Antonio. Anuario del Instituto Hispano Luso Americano sobre Derecho Internacional, No. 4, Madrid-España, 1973.
- ZAPATER ESPÍ, M. Marco jurídico internacional y comunitario de la protección de nuevas obtenciones vegetales. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2007.

#### **REFERENCIAS DE INTERNÉT**

- <http://www.ecologismo.com/2010/04/27/derrame-de-petroleo-en-el-golfo-de-mexico/>  
Página consultada el día 21 de julio de 2010
- [https://www.ucursos.cl/derecho/2008/1/D126D07107/6/material\\_docente/previsualizar?id\\_material=170376](https://www.ucursos.cl/derecho/2008/1/D126D07107/6/material_docente/previsualizar?id_material=170376). Página consultada los días 14 y 15 de Julio de 2009.
- [http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2000/com2000\\_0001es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2000/com2000_0001es01.pdf). Página consultada el día 6 de octubre de 2005.
- <http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>. Página consultada el 21 de Enero de 2010.
- <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm> Página consultada el 21 de Enero de 2010.
- <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/paraguay/para1992.html> Página consultada el 01 de Julio de 2010.
- <http://www.analitica.com/BITBLIO/anc/constitucion1999.asp> Página consultada el 21 de Enero de 2010.

- <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/paraguay/para1992.html> Página consultada el 01 de Julio de 2010
- <http://www.constitution.org/cons/brazil.htm> Página consultada el 01 de Julio de 2010
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> Página consultada el 01 de Julio de 2010
- <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm> Página consultada el 01 de Julio de 2010
- <http://www.panama1.com/constitucion.php> Página consultada el 01 de Julio de 2010
- <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Nica/nica95.html> Página consultada el 01 de Julio de 2010
- [www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada...10.../ley\\_15\\_94.pdf](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada...10.../ley_15_94.pdf). Página consultada los días 14 y 15 de Julio de 2009.
- [http://ecoevo.uvigo.es/Convenios\\_Internacionales/biodiversidad.htm](http://ecoevo.uvigo.es/Convenios_Internacionales/biodiversidad.htm), Página consultada los días 14 y 15 de Julio de 2009.
- <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000402/0000.pdf> Página consultada el día 13 de julio de 2010.
- <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:ES:PDF> Página consultada el día 13 de julio de 2010.
- [www.ocyt.org.co/leg/LEY%2099%201993.pdf](http://www.ocyt.org.co/leg/LEY%2099%201993.pdf). Página consultada los días 14 y 15 de Julio de 2009.
- [http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/library/pub/pub07\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub07_en.pdf) Página consultada el día 12 de julio de 2010
- <http://www.consultorsalud.com/biblioteca/documentos/2008/El%20ABC%20de%20la%20norma%20ISO.pdf> Página consultada el 27 de Febrero de 2010.
- [http://www.nps.gov/history/local-law/fhpl\\_ntlenvirnpolcy.pdf](http://www.nps.gov/history/local-law/fhpl_ntlenvirnpolcy.pdf) Página consultada el día 12 de julio de 2010

- [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Derogadas/r5-rdleg1302-1986.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r5-rdleg1302-1986.html) Página consultada el día 12 de julio de 2010
- [http://www.nps.gov/history/local-law/fhpl\\_ntlenvirmpolicy.pdf](http://www.nps.gov/history/local-law/fhpl_ntlenvirmpolicy.pdf) Página consultada el día 12 de julio de 2010.
- <http://www.unescap.org/drpad/vc/document/compendium/au1.htm> Página consultada el día 12 de julio de 2010
- [http://www.claytonutz.com/publications/news/200407/26/nsw\\_opens\\_floodgates\\_of\\_water\\_reform.page](http://www.claytonutz.com/publications/news/200407/26/nsw_opens_floodgates_of_water_reform.page) Página consultada el día 12 de julio de 2010
- <http://ntn.org.au/wp-content/uploads/2010/02/precautionaryprinciplegetreal.pdf> Página consultada el día 12 de julio de 2010.
- [http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el\\_full\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_es.pdf) Página consultada el día 13 de julio de 2010
- <http://www.biotech.bioetica.org/d139.htm> Página consultada el día 13 de julio de 2010
- [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/convemar\\_es.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf) Página consultada el día 12 de julio de 2010.
- <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=I1----&x=20156105> Página consultada el día 8 de agosto de 2010.
- [http://www.portafolio.com.co/opinion/blogs/post.php?id\\_blog=3826213&id\\_post=450019045](http://www.portafolio.com.co/opinion/blogs/post.php?id_blog=3826213&id_post=450019045) Página consultada el día 3 de agosto de 2010
- [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc\\_sc\\_nf/2010/c-401\\_1910.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2010/c-401_1910.html#1) Página consultada el día 3 de agosto de 2010
- [http://www.rodriquezycavelier.com/reportes/regimen\\_sancionatorio\\_ambiental.html](http://www.rodriquezycavelier.com/reportes/regimen_sancionatorio_ambiental.html) Página consultada el día 3 de agosto de 2010.
- <http://www.secretariadeambiente.gov.co/sda/libreria/pdf/CIRCULAR%20INSTRUCTIVA.pdf> Página consultada el día 4 de agosto de 2010.

- [http://www.superservicios.gov.co/basedoc/consejo\\_estado](http://www.superservicios.gov.co/basedoc/consejo_estado) Página consultada el día 4 de agosto de 2010.
- <http://groups.google.com.co/group/alimentos-transgenicos-/web/victimologia-universidad-del-rosario?hl=es> Página consultada el día 4 de agosto de 2010.
- <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=e1b1--&x=46044> Página consultada el día 29 de agosto de 2010
- [semil@attglogal.net](mailto:semil@attglogal.net) Página consultada el día 29 de agosto de 2010
- [www.who.int/foodsafety/publications/biotech/biotech\\_sp.pdf](http://www.who.int/foodsafety/publications/biotech/biotech_sp.pdf) Página consultada el día 29 de agosto de 2010
- <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/> Página consultada el día 29 de agosto de 2010
- [http://www.organicconsumers.org/ACO/articulos/article\\_9099.cfm](http://www.organicconsumers.org/ACO/articulos/article_9099.cfm) Página consultada el día 29 de agosto de 2010
- <http://quadrelli.blogspot.com/2009/05/bordenave-sofia-s-mandamus-exhibicion.html> Página consultada el día 29 de agosto de 2010

## **REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES**

- Corte Constitucional, Sentencia T-411 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz
- Corte Constitucional, Sentencia C- 214 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell
- Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

- Corte Constitucional, Sentencia T-230 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional, Sentencia C-073 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional, Sentencia C-328 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional, Sentencia T-066 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional, Sentencia T-379 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell
- Corte Constitucional, Sentencia C-626 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández G.
- Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-442 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara
- Corte Constitucional, Sentencia C-243 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz
- Corte Constitucional, Sentencia C-054 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell
- Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell
- Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional, Sentencia C-1512 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis
- Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández G.
- Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional, Sentencia C-204 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy C.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 293 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-506 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy

- Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis
- Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre L.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis
- Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2004. M.P. Humberto Antonio Sierra P.
- Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2004. M.P. Humberto Antonio Sierra P.
- Corte Constitucional, Sentencia T-737 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis
- Corte Constitucional, Sentencia T-331 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil
- Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez
- Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio.
- Corte Constitucional, Sentencia C-472 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Corte Constitucional, Sentencia C-703 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Corte Constitucional, Sentencia C-596 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo
- Consejo de Estado. Sentencia del 28 de octubre de 1976. Sección Tercera, C.P. Jorge Valencia Arango. Expediente 1482.
- Consejo de Estado. Sentencia del 16 de febrero de 1979. Sección Tercera. expediente No. 2305.
- Consejo de Estado. Auto del 20 de marzo de 1980. Sección Tercera. Proceso Sociedad Rascovsky y Roldán. Expediente. 1379.

- Consejo de Estado. Sentencia del 2 de febrero de 1984. Sección Tercera. C.P. Eduardo Suescun Monroy. Expediente 2744.
- Consejo de Estado. Sentencia del 8 de marzo de 1984. Sección Tercera. C.P. Eduardo Suescun Monroy. Expediente 2846.
- Consejo de Estado. Sentencia del 27 de junio de 1985. Sección Tercera. C.P. Jorge Valencia Arango. Expediente 3507.
- Consejo de Estado. Sentencia del 20 de febrero de 1989. Sección Tercera. C.P. Antonio J. De Irisarri Restrepo. Expediente 4655.
- Consejo de Estado. Sentencia del 17 de mayo de 1991. Sección Tercera. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 6175.
- Consejo de Estado. Sentencia del 25 de octubre de 1991. M.P. Daniel Suárez Hernández. Expediente 6103.
- Consejo de Estado. Sentencia del 31 de octubre de 1991. Sección Tercera. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Expediente. 6515
- Consejo de Estado. Sentencia del 22 de noviembre de 1991. Sección Tercera C.P. Julio César Uribe Acosta. Expediente 6784.
- Consejo de Estado. Sentencia del 9 de abril de 1992. Sección Tercera. C.P. Julio César Uribe Acosta. Expediente 6805.
- Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 1992. Sección Tercera. C.P. Julio César Uribe Acosta. Expediente 7130.
- Consejo de Estado. Sentencia del 17 de junio de 1993. Sección Tercera. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente. 7303.
- Consejo de Estado. Sentencia del 28 de enero de 1994. Sección Tercera. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente. 6336.

- Consejo de Estado. Sentencia del 24 de junio de 1994. Sección Tercera. C.P. Julio César Uribe Acosta. Expediente. 6639.
- Consejo de Estado. Concepto No. 665 de 1995. Sala de Consulta y Servicio Civil.
- Consejo de Estado. Sentencia del 23 de febrero de 1996. C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez. Expediente No. 3360.
- Consejo de Estado. Sentencia del 15 de marzo de 1996. Sección Tercera. Expediente. 9992.
- Consejo de Estado. Sentencia del 5 de Septiembre de 1996. Sección Tercera. C.P. Daniel Suarez Hernández. Expediente 10265.
- Consejo de Estado. Sentencia del 10 de marzo de 1997. Sección Tercera. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Expediente. 10038.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Augusto Trejos Jaramillo. Radicado 974 del 29 de Mayo de 1997.
- Consejo de Estado. Sentencia del 4 de junio de 1998. Sección Tercera. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Expediente. 13988
- Consejo de Estado. Sentencia del 20 de mayo de 1999. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Juan Alberto Polo Figueroa. Expediente. 5380
- Consejo de Estado. Auto AP-0022 del 28 de febrero de 2002. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
- Consejo de Estado. Sentencia del 19 de octubre de 2004. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. Expediente IJ-25000-23-25-000-2001-00022-02.
- Consejo de Estado. Sentencia del 24 de octubre de 2004. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza. Expediente 25000-23-24-000-1996-6978-01(4027).

- Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente. 16530
- Consejo de Estado. Sentencia del 19 de noviembre de 2009. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Rafael E. Ostau de la Font Planeta. Radicado: 68001-23-15-000-1999-02524-01.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de septiembre de 1970. M.P. Eustorgio Sarria
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de marzo de 1980. Sala 4a. Referencia No. 2249.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda, Subsección B. Acción Popular AP – 312. Auto del 4 de octubre de 2001.

## ANEXO 1

### **ENTREVISTA REALIZADA EL DÍA 29 DE NOVIEMBRE DE 2010, AL DR. LUIS FERNANDO MACÍAS GÓMEZ – SOCIO DE LA FIRMA MACÍAS GOMEZ Y ASOCIADOS**

#### **1. ¿Cuál es el papel de la participación ciudadana como método de prevención de riesgos ambientales?**

**R:** A mi juicio, habría que mirar un poco el papel de la participación ciudadana más allá del método de prevención de riesgos, porque es que cuando en la participación ciudadana se deriva realmente de una comunidad, o una ciudadanía cercana al problema, puede aportar mucho, pero cuando la participación es orientada ideológicamente, políticamente, es difícil que aporte algo a la prevención de riesgos, es decir, sobre todo respecto a la participación ciudadana en aquellos casos en los cuales estamos en espacios geográficos donde existe una comunidad organizada y no necesariamente urbana, mas rural, porque ahí se puede prevenir un riesgo ambiental.

¿Pero eso nos llevaría a definir qué es un riesgo ambiental, este es natural? O es el riesgo ambiental derivado de la industria o de la actividad económica, son dos tipos de riesgos creo yo, digamos para esto habría que mirar como es el tema del riesgo, es un riesgo del sistema natural o es un riesgo derivado de una carretera que está desestabilizando los suelos o de un edificio que va a generar una afectación al lado de otras casas o es un riesgo porque se van a afectar por esa actividad minera los acuíferos, entonces habría que mirar el riesgo para que realmente la comunidad se entere. A mi juicio la participación ciudadana debe ser una forma de prevenir los riesgos. Es importante además que la participación se dé metodológicamente y organizadamente y realmente ligada al sitio donde se puede producir el riesgo.

#### **2. ¿Qué opina usted sobre la premisa que responde a que la necesidad de que la comunidad esté informada, resulta siendo un requisito necesario para esa participación respecto a las decisiones de manejo de riesgos ambientales?**

**R.** Claro, mire cómo las comunidades se organizan para prevenir inundaciones, es fundamental la información ¿Qué pasó en Armero?, la gente estaba desinformada, y la poca información que hubo fue manipulada obviamente, entonces es fundamental la información.

**3. ¿Cuál es el papel del derecho internacional a la hora de prevenir riesgos ambientales en nuestro país?**

**R.** Yo diría que mucho porque a nivel internacional, por ejemplo hay un tratado sobre desastres, igualmente todos los tratados internacionales generalmente incluyen unos principios de prevención y de precaución, que aportan u obligan al Estado colombiano a tomar acciones, y el derecho internacional hoy por hoy es fundamental.

**4. ¿Como se maneja la política de seguridad genética en nuestro país?**

**R:** Yo le devuelvo la pregunta, que entiende usted por seguridad genética? R: Creería yo que es el manejo que se le da a todo el tema del desarrollo del genotipo y del tema del desarrollo genético humano, de obtenciones vegetales nuevas y desarrollo animal para mejoramiento genético. R. Pues volvemos al derecho internacional, está el Tratado sobre Bioseguridad suscrito en Cartagena, donde ahí se toman todas las prevenciones del caso para el tema, pero, en nuestro país, nosotros no somos un país desarrollado tecnológicamente, aquí no tenemos ese riesgo, aquí vienen a aplicar lo que en otra parte ya hicieron, pero ese sería otro problema, entonces, yo diría que el país, en la medida en que no investigue, no requerirá de esta regulación.

El problema del país es que se pudo haber avocado con el tema de los Organismos Modificados Genéticamente – OMV, este es un tema que toca también al consumidor. Entonces, hay que dirigir este tema para desarrollar la parte de seguridad genética, aquí se trabaja bien pero también debe verse qué uso le damos nosotros a los Organismos Modificados Genéticamente – OMG. Y si hablamos del genoma humano, eso ya es más complicado, es que no se lleven las características de nuestras culturas, de nuestra raza.

**5. ¿Usted qué opina sobre el tema de las patentes que se han estado llevando aquí en Colombia?**

**R.** De lo que es de tecnología, yo eso lo traslado a la concepción política del Estado, miremos una sociedad de mercado, donde todo se privatiza, donde todo es posible que tenga un valor económico, y ese es el problema, es decir, el problema del mercado en el cual vivimos, donde está la sociedad, busca que todo tenga un derecho y una propiedad privada, entonces, desde ese punto de vista, cuando uno cuestione esto, lo que debe cuestionar es la concepción filosófico-política del tema, es válido patentar, modificaciones de ciertas plantas, o de ciertos animales, o de ciertos productos que salen, por ejemplo se han patentado bacterias que han surgido de otras producidas artificialmente, es decir, la vida artificial, es posible patentarla?, pues en el modelo que tenemos hoy, uno puede no estar de acuerdo filosóficamente, pero es lo que tenemos.

## **6. Es el principio de precaución uno de los principios fundamentales para el tratamiento jurídico ambiental en Colombia?**

**R:** El principio de precaución está mal entendido, el problema es hasta donde este principio es de carácter jurídico o por el contrario es un principio de política, cuando uno mira los tratados internacionales, lo que hace es que se incorpora en el tratamiento internacional, pero porque los Tratados obligan a los Estados a tener en cuenta ese principio de precaución política, como vinculante, claro, cuando usted lo mira en Colombia, que lo que hacen es transcribir lo prescrito en la Declaración de Río, colocándolo en el artículo 1° de la Ley 99 de 1993, entonces ese principio se introduce también como orientación de la política, pero no me podría servir como un principio jurídico, digamos, hay un principio jurídico reconocido como el que dispone que nadie puede alegar su propia culpa, y ese es aceptado, pero el principio de precaución, es cuál es su efecto jurídico, si nos atenemos al sentido literal del principio decimos que usted no podría hacer nada, porque lo confunden con el principio de prevención que es distinto, el principio de precaución parte de la necesidad de la investigación científica, y que una vez haya certeza científica de que no hay certeza, pues indudablemente se aplica el principio de precaución, pero este es distinto al principio de incertidumbre científica que es un principio propio de la ciencia, que eso es distinto, no es un problema de probabilidades, en cambio usted en el principio de prevención usted ya sabe que algo puede pasar, ya se ha hecho todo y usted lo aplica.

Entonces el principio de precaución aplicado jurídicamente es peligrosísimo, la Corte lo ha declarado constitucional, y ha dado ahí como unos tips de interpretación y de aplicación, pero aquí lo aplican para todo, la pregunta es ¿se puede iniciar un proceso sancionatorio por principio de precaución como lo hacen las autoridades?, No, ¿Se puede sancionar en virtud del principio de precaución, entonces convencemos a la gente al tratamiento del principio de precaución, entonces el principio de precaución es un principio muy bueno, pero peligrosísimo para la libertad y las garantías individuales.

Entonces le imputan a usted conductas que no son, distinto es que un principio de política, usted diga que es necesario que el Estado legisle en esta materia aplicando el principio de precaución, eso es diferente y eso si es importante, y para los franceses el principio de precaución es más un principio de política que un principio jurídico. Así como principio de política es indudable que es muy importante, pero como principio jurídico no.

**7. ¿Una aplicación extensiva de este principio de precaución en materia penal, podría legitimar algunos delitos ambientales de peligro?**

**R.** El principio de precaución plantea que en caso de falta de certeza científica absoluta, no es excusa para tomar las acciones tendientes a la protección, entonces es tanto como criminalizar el pensamiento, usted puede pensar, opinar, ¿eso lo convierte en delincuente?, no necesariamente, a veces la opinión, ligada a otras manifestaciones físicas, genera un riesgo, pero no por el solo hecho de opinar usted ya se vuelve un delincuente. Eso es fanatismo, por una razón específica, los nasis estuvieron soportados en los movimientos ecologistas de la época, las primeras leyes ambientales que se expiden de protección de la naturaleza, se expiden bajo el régimen naci en Alemania, por lo tanto esa parte del ambientalismo hay que mirarla con cuidado, esto se ha estudiado, ya se ha escrito sobre el tema, y hay que tener cuidado sobre el tema del ambientalismo.

**8. ¿Qué papel cumplen los permisos y la licencia ambiental para prevenir los daños al medio ambiente?**

**R:** Muchos, hay un fallo de la Corte Constitucional que dijo que la licencia ambiental es el instrumento jurídico que tenía el Estado para garantizar el derecho colectivo a un ambiente sano, porque parte del principio de prevención.

**9. ¿Existen mecanismos económicos que logren incentivar la prevención de daños que puedan causarse en el medio ambiente?**

**R:** Si, aquí en Colombia hay una cantidad de incentivos tributarios, por ejemplo para incorporar tecnología ambiental, mejorar sitios. Yo que soy partidario del Estado y que creo que el Estado debe existir, para mí los incentivos económicos no son mas, son apenas la decoración para hacer que la gente proteja el ambiente, pero no son instrumentos fundamentales, entonces yo lo miro que desde mi perspectiva no son importantes, y habría que medir el impacto de esto en el medio ambiente, porque ha servido para que algunas empresas que no cumplan, cumplan la Ley, en ese sentido sí, pero yo no soy de las personas que piensan que hay que darle plata para que cumpla la ley, la ley se cumple por el principio propio de que es ejercicio del poder y por nada mas, que lo incentiven a uno, pueda que haya un pequeño incentivo que haga ver como necesarios los instrumentos económicos, pero no son lo esencial. Entonces en Colombia habría que mirarlos, en términos costo – beneficio a nivel ambiental, para ver la eficacia.

**10. ¿Como está la normatividad colombiana en comparación con la del resto de la región, respecto al tratamiento de daños ambientales?**

**R:** Colombia está adelantada en ciertas cosas, está atrasada en su implementación, aquí no existe una cultura jurídica, la sociedad colombiana es una sociedad que no le gusta el derecho, a ella le gusta la ley para legitimar sus conductas, no importa cuál sea, pero no le gusta respetar el derecho, nuestra sociedad no es una sociedad de cultura jurídica, somos buenos leguleyos, técnicos del derecho, porque para eso somos muy buenos, pero los principios jurídicos Colombia está muy atrasada, hay otros países que tienen menos pero están mejor, por ejemplo comparados con países de Latinoamérica habría que ver, en Brasil no adelanta en muchas cosas, frente a otros países, de pronto Chile, estamos avanzados, frente a Argentina ahí vamos, Bolivia tiene legislación más moderna que la nuestra, lo que pasa es que no la aplican casi, hasta ahora la están aplicando, en las Constituciones de Bolivia y de Ecuador son mucho más ecológicas que la nuestra. Este tema es relativo, tenemos mucha legislación, pero el punto está en cómo se aplica esa legislación en Colombia y como se respeta el orden jurídico, yo como abogado defendiendo el orden jurídico así no lo comparto.

**11. ¿Es el proceso sancionatorio ambiental dispuesto por la Ley 1333 de 2009, el medio idóneo para ejercer control social respecto a la protección del medio ambiente?**

**R:** Esta ley es una ley que le han hecho decir lo que no dice, y que además dice lo que no dice el derecho, es una ley que yo la califico mas bien de un talibanismo ambiental que producto de una reflexión jurídica, y desafortunadamente la Corte Constitucional, por el activismo judicial que hay en Colombia en materia ambiental, ha confundido en Colombia la responsabilidad administrativa sancionatoria con la responsabilidad civil, y yo quiero ver cómo va a ser esa ley frente a los tratados de libre comercio, con Canadá, con Europa y con Estados Unidos, cuando eso pase, hablaremos

**12. ¿Respecto a la presunción de dolo que se maneja dentro de este régimen sancionatorio ambiental de la Ley 1333 de 2009?**

**R:** La ley 1333 confundió la responsabilidad civil donde siempre se ha presumido el dolo y la culpa de actividades peligrosas, la presunción de dolo y culpa en materia punitiva. Ahí nos trasladamos al derecho punitivo, al derecho penal, entonces ahí usted no puede presumir el dolo y la culpa, y lo que hizo la ley fue casi que transcribir el tema de la responsabilidad administrativa - punitiva del Estado, la traslado a la responsabilidad puramente penal, si a usted lo sancionan donde presumen el daño, por que el daño también lo presume la ley, lo que pasa es que lo hace indirectamente, la autoridad ambiental dice,

presumo el dolo, y usted produjo el daño, presumiendo el dolo presumo el daño, entonces lo sanciono, como hace usted para exonerarse del proceso penal?, no se puede. Y eso lo ve uno mucho, si ocurrió antes, es decir, la Corte Suprema de Justicia, con plena prueba de peritazgo, a un concepto técnico del proceso sancionatorio ambiental, que no fue controvertido en este último, porque no es posible controvertirlo, toda vez que el mismo funcionario que abre la investigación, es el mismo funcionario que hace el concepto técnico, es el mismo funcionario que determina si es pertinente o no su objeción al concepto técnico, y es el mismo funcionario que lo sanciona, se rompió todo el principio de imparcialidad.

Por eso creo que hay un ambientalismo mal entendido, y los problemas que hay de fondo no los estamos viendo, mientras eso pasa, estamos mercantilizando la naturaleza, que es más grave, entonces por eso para mí, la ley 1333 es propia de regímenes autoritarios, es una confusión total de la responsabilidad civil, y combinada esta con una ley sancionatoria, porque si hay leyes sobre daño ambiental, donde hay la responsabilidad civil donde se presume el dolo y se presume la culpa, es obvio, porque son naturaleza jurídica distinta, no es lo mismo la culpa civil que la culpa penal o la culpa sancionatoria.

**13. ¿Es necesaria la cooperación entre Estados para prevenir los daños al medio ambiente?**

**R.** Indudablemente, los Estados tienen que cooperar respecto a todos los daños transfronterizos, el comercio de especies, el comercio de residuos peligrosos, todo esto hecho de manera ilícita, porque lícitamente sí se puede hacer también, por ejemplo, el comercio de especies en vía de extinción no está prohibido, tanto así que existe el CITE, entonces digo yo al comercio ilícito, y si los Estados no cooperan, pero pues, los Estados tienen más problemas, y obviamente el tema ambiental no es su prioridad.

**14. ¿Qué opina usted sobre la efectividad que han tenido herramientas normativas de carácter coercitivo o de sanción en materia ambiental?**

**R.** Yo creo que ha funcionado, hoy en día, la gente trata de respetar las normas ambientales para evitar la sanción impuesta por la Ley 1333, eso funciona, es que eso de creer que todo se maneja con instrumentos económicos no sirve, se necesita el garrote, cosa curiosa, cuando más se aumenta el control sancionatorio por parte de las autoridades, mayor preocupación hay de cumplir con la ley, y ahí si las personas se asustan, el Estado es necesario, y las normas coercitivas son necesarias, ello sin llegar al autoritarismo, eso es autoridad, pero no en los términos que la usan en Colombia, la autoridad hace parte esencial de la democracia, no estoy hablando de arbitrariedad ni nada de esas cosas.

**15. ¿Frente a mecanismos de participación ciudadana tales como la consulta previa, la acción popular u otros mecanismos, considera usted que estos han sido efectivos hoy en día para la prevención de daños ambientales?**

**R.** La acción popular en algunos casos, y algunos casos de participación ciudadana, tal vez algunos de consulta previa, yo creo que en ocasiones se han distorsionado, y no han permitido realmente que estos mecanismos sean efectivos para la prevención de daños ambientales, porque a la gente no le interesa eso, pero es indudable, si usted me dice a mí que han sido efectivas las acciones populares, yo creo que si, después vienen otros mecanismos de participación, la consulta previa también, lo que pasa es que hay que circunscribirla a ciertas comunidades como las negras e indígenas. Entonces para esos casos, yo sí creo que se han evitado problemas producidos a los impactos sociales, culturales, a pesar de que se ha distorsionado.

**16. ¿Cree usted que deberían reformularse algunos conceptos respecto a la consulta previa y su procedimiento, y la acción popular?**

**R.** La consulta previa en Colombia es muestra de una sociedad racista y clasista como la nuestra, yo creo que la consulta previa es necesaria, es útil, buena, y en eso Colombia está muy avanzada por ejemplo, frente a otros países latinoamericanos con presencia indígena, pues obviamente cada institución es susceptible de mejorar, pero el problema es la práctica, el cuchillo per sé no es un arma, es el uso que se le dé a este cuchillo, la consulta, pues sí, a veces se abusa de ella por la comunidad, y a veces se abusa de ella por el que va a consultar, ahora, el problema de la acción popular es que aquí en Colombia creemos en derechos colectivos, pero nunca hemos analizado cuál es su contenido, decimos que es democrático, pero que tipo de democracia es, adonde voy yo, a que nos hemos olvidado que hay derechos fundamentales de trascendencia social, entonces nos hemos olvidado de los otros derechos individuales.

entonces la acción popular se ha utilizado para proteger derechos individuales con incidencia ambiental, es decir con incidencia colectiva, si a usted le estaban colocando un bar al lado de su casa, eso no tiene nada de derecho colectivo, eso no es nuevo, no necesitamos la constitución, eso está desde la Ley 153 de 1987, desde el código civil, el interés general prima sobre el particular, porque es una violación a su derecho individual a la intimidad y a su posesión, la posesión debe ser ejercida de forma pacífica y activa y nadie me la puede perturbar, entonces aquí la acción popular se utiliza para ver temas que son de derechos individuales de incidencia colectiva, entonces ahí se ha distorsionado la acción popular, pero por la ausencia de mecanismos jurídicos de protección de derechos individuales.

Los colombianos tenemos supuestamente una tendencia de derecha, es paradójicamente la sociedad que más habla de colectivo en América Latina, uno no entiende esa dicotomía, entonces la acción popular se ha distorsionado por esa razón, yo no diría entonces que habría que acabar esas cosas, sino lo que habría que hacer es crear mecanismos de protección de derechos individuales con incidencia ambiental, por ejemplo, fortalecer las acciones posesorias, eso es importante, y establecer procedimientos ágiles para la protección de la posesión, lo que pasa es que aquí en Colombia creemos que la posesión solamente se interrumpe cuando llega un tercero a tratar de sacarlo por la fuerza, no, la posesión también se me afecta cuando no puedo estar en mi inmueble tranquilo, lo mismo que llamaban los españoles derechos de vecindad, entonces, ahí yo sí creo que la acción popular debería especificar un poco más los derechos colectivos a proteger, o en qué casos esos derechos colectivos son colectivos y crear mecanismos jurídicos ágiles para proteger derechos colectivos, que estarían entre la tutela y la acción popular.

## ANEXO 2

### ENTREVISTA REALIZADA EL DÍA 30 DE NOVIEMBRE DE 2010, A LA DRA. BEATRÍZ LONDOÑO TORO, COORDINADORA DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO.

#### **1. ¿Cuál es el papel de la participación ciudadana como método de prevención de riesgos ambientales?**

**R.** Yo creo que es un papel muy importante, tal vez descuidado socialmente, la prevención de riesgos es la etapa principal para evitar vulneraciones a los derechos, forma parte de los principios que actualmente trabajamos en materia ambiental. La participación ciudadana es la que puede advertir con mayor certeza, cercanía y claridad los posibles riesgos ambientales, más que un funcionario en su escritorio, así, son los ciudadanos del común la que puede advertir y plantear alternativas. Ahora, yo creo que no es solo un papel de la participación ciudadana, el tema de la prevención de riesgos debe abordar a todos los sectores sociales porque hay riesgos que tenemos la incapacidad de advertir y esos son los riesgos de altísima dificultad de percepción por la gente, son tipos de riesgos que requieren de estudios científicos y soporte académico y técnico, y pienso que la comunidad por más participación que quiera hacer no tendría las herramientas suficientes.

#### **2. ¿Piensa usted que la comunidad debe estar informada, el derecho a la información es necesario para la participación ciudadana?**

**R.** Claro, en el ejercicio que hemos hecho con la comunidad, encontramos que el acceso a la información para la comunidad es muy limitado, tiene poco tiempo para examinar, incluso se le permite el acceso a la información ambiental pero se envía ocho (8) días antes de una audiencia, si es que los envían para que la gente los consulte. Entonces, acceso a la información parece una teoría muy bonita pero en la práctica es muy difícil, y además el acceso a la información cualificada puede que te la envíen pero si no tienes capacidad de análisis de esa información, pues tampoco se detectarán los problemas. Yo encuentro en algunos casos que hemos tenido, que la participación ciudadana en temas de información ha sido interesante, por ejemplo encuentro que en algunos estudios no se han tenido en cuenta temas de agua, equivocaciones en temas de población, etc.

### **3. ¿Cuál es el papel del derecho internacional a la hora de prevenir riesgos ambientales en nuestro país?**

**R.** El derecho internacional lo que ha formado son los estándares, los límites, ha sido muy importante en la construcción de una normatividad de prevención, pero la actuación corresponde a los Estados, indudablemente el derecho internacional, debe estar acorde con las autoridades ambientales, y las que corresponden al Estado las que deben actuar en primer lugar.

### **4. ¿Como se maneja la política de seguridad genética en nuestro país?**

**R.** En mi sentir, la política de seguridad genética es bastante desconocida, en segundo lugar, esa falta de información sobre el tema de seguridad genética hace que la gente no participe en el tema, salvo algunas ONG's que han hecho algunos esfuerzos en temas de biodiversidad, y de semillas. Por eso, esta es una intervención tan cualificada que exige tener unos conocimientos muy profundos de los temas de la intervención. Entonces uno habla de participación ciudadana como un género pero la participación cualificada, pienso que a futuro tendrá que ser con el apoyo de ONG's que tengan capacidad en el tema, que tengan expertos y la academia. Yo pienso que la academia ha estado muy alejada en temas de intervención de política pública, y mientras los académicos y científicos no se tomen en serio que su papel es muy importante, veo que no habrían muchas posibilidades de lograr una verdadera participación.

### **5. ¿Es el principio de precaución uno de los principios fundamentales para el tratamiento jurídico ambiental en Colombia?.**

**R.** Por supuesto, el principio de precaución y concretamente en Colombia, más que una consideración meramente normativa, ya ha irradiado a varios sectores y legislaciones. Por ejemplo todo el tema de medidas cautelares que se están instaurando en las acciones populares, está inspirado en el principio de precaución, y eso es importantísimo, desafortunadamente los jueces poco lo aplican, los jueces de acción popular, vemos que los jueces al decretar la medida cautelar está aplicando el principio de precaución aunque no lo mencione, en el fondo es evitar que un riesgo se agudice o que al momento de fallar el derecho colectivo que estamos protegiendo quede en una mayor vulnerabilidad con el paso del tiempo.

El caso de la población Guayú, de un resguardo llamado el Limoncito, nosotros hicimos una acción popular porque en el resguardo se construyó una laguna de oxidación del municipio de Maicao, y todas las aguas hervidas del municipio iban a parar al resguardo

indígena contaminando así sus aguas subterráneas, enfermando a los niños, etc., y en esta situación lo que encontramos es que la mayor necesidad era el tema del acceso al agua potable, entonces hicimos una petición dentro de la medida cautelar, correspondiente al suministro de agua potable durante todo el tiempo que el proceso durase, fue una medida cautelar espectacular, porque evitó la agudización en el derecho al acceso al agua potable que era el derecho principal de esa comunidad.

El fallo se dio cinco (5) años después, entonces si no se hubiera decretado esa medida cautelar, no nos imaginamos como pudiera haber sido la vida de estas personas durante cinco años, esperando una reubicación de esa laguna de oxidación. Entonces desde nuestra perspectiva el principio de precaución debería seguir irradiando y sobre todo hacerse más cercano a los jueces, porque está muy del lado de los científicos, de la academia, y en el derecho internacional, pero habría que explicarle a los jueces que significa el principio de precaución y darles más herramientas para que entiendan que es su tarea, es decir que está en sus manos utilizarlo.

#### **6. ¿Qué papel cumplen los permisos y la licencia ambiental para prevenir los daños al medio ambiente?**

**R.** yo siempre he sido una defensora de este concepto de licencias ambientales, desde la defensoría del pueblo hicimos todo tipo de acciones para que no se eliminen estos sistemas que en nuestro criterio son unos sistemas de protección y bienestar de derechos ambientales, hay una gran campaña a nivel nacional para bajar los estándares de protección de los derechos ambientales y por ende lo que primero atacan son las licencias y los permisos ambientales, tratando de eludirlos, de cambiarles de nombre, de bajarles el rigor y las exigencias y eso no es de ahora, lo que yo he observado es que ya llevamos quince años tratando de recuperar el valor y la importancia que tienen estas dos figuras, pero por supuesto el sector al cual se le imponen, permanentemente trata de que normativamente, jurisprudencialmente, se ataquen estas figuras.

#### **7. ¿Existen mecanismos económicos que logren incentivar la prevención de daños que puedan causarse en el medio ambiente?**

**R.** Yo creo que no, en la práctica me parece que nosotros estamos muy atrás en este tema, en otros países si funciona, en Estados Unidos, en Alemania, entiendo que hay unos avances significativos, en Colombia veo muy atrás esta opción, se ha tratado de hacer algunos tipos de campañas, pero los incentivos económicos creo que no funcionan.

**8. ¿Como está la normatividad colombiana en comparación con la del resto de la región, respecto al tratamiento de daños ambientales?**

**R.** La normatividad colombiana tiene avances muy significativos, desafortunadamente ha tenido etapas de crisis y de incoherencias, en mi sentir todos estos cambios que se han dado con las licencias ambientales han dado un mensaje bastante equívoco a quienes protegen el medio ambiente, pero creo que esta es una de sus principales debilidades, y la incidencia de los sectores económicos en debilitar los estándares de protección ambiental, pero el gran avance que Colombia tiene es en mecanismos de protección de derechos ambientales, que Colombia, comparado con los otros países de la región, son muy débiles, yo pienso que las acciones de tutela funcionaron y sirvieron muy bien un tiempo mientras surgieron las nuevas acciones populares, el derecho ambiental en Colombia ha sido jalonador de todo tipo de acciones de protección del derecho al ambiente y uno ve que la gente por acciones populares, acciones de inconstitucionalidad, acciones de tutela, acciones de grupo y acciones de cumplimiento, incluso, han buscado la protección del derecho al ambiente, y eso no es usual en otros países, es decir, en Colombia hay el mayor desarrollo en materia constitucional respecto al desarrollo de esas instituciones de protección.

**9. ¿Es el proceso sancionatorio ambiental dispuesto por la Ley 1333 de 2009, el medio idóneo para ejercer control social respecto a la protección del medio ambiente?**

**R.** No lo ha logrado, esa evolución en materia sancionatoria en Colombia fue muy dura, pero todavía el proceso sancionatorio ambiental uno lo ve ejercido es por los jueces, es decir uno ve que el juez es mas arriesgado en toma de medidas en decisiones que perfectamente podría hacer la autoridad ambiental. Pero no veo cambios sustantivos en que la autoridad ambiental le demuestre por ejemplo a los jueces, que ya han sancionado, que ya han logrado tomar las medidas en distintos casos. Por ejemplo dentro de algunas de las investigaciones que hemos hecho en derecho ambiental, en materia de acciones populares, el tema ambiental es el derecho que mas solicita la gente, entonces es una relación muy directa entre seguridad social y la búsqueda de alternativas para la protección, y la gente ve con mejores ojos la garantía judicial que la garantía administrativa.

**10. ¿La política ambiental colombiana ha sido eficaz frente a su papel de protección de los recursos naturales?**

**R.** La política ambiental colombiana ha tenido altibajos, ha tenido épocas de mucho compromiso y seriedad, pienso que en los últimos años no ha sido una política ambiental eficaz, ha estado demasiado influenciada por todos los otros sectores, uno ve un Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, gran error es escindir en sus funciones con una misión multiplicada con otros campos que no eran propios de lo ambiental, entonces,

creo que ha sido muy débil su papel en los últimos años, yo pienso que cuando surgió la Ley 99 de 1993, en los primeros años de la ley tuvimos una política ambiental muchísimo mas fuerte, tuvimos un Ministerio muchísimo mas comprometido con su misión, pero se ha disgregado la función del Ministerio y que se ha disgregado su tarea.

**11. ¿Considera usted que es necesaria la cooperación entre Estados para prevenir los daños al medio ambiente?**

**R.** Por supuesto, sobre todo un tipo de daños que no se ha trabajado que son los daños transfronterizos, y en ese escenario la cooperación debe ser vital, tenemos muchísimos casos con Venezuela, con Ecuador, con Perú, pero no se dan acuerdos de cooperación que se apliquen realmente y que busquen esas prevenciones, no solo la reparación de los daños cuando ya el ambiente se ha deteriorado.

**12. ¿Usted considera que han sido efectivos para la prevención de daños ambientales, tanto la consulta previa, la acción popular y demás mecanismos de participación?**

**R.** Los que han estado en manos de la comunidad sí han sido efectivos, sobre la consulta previa tengo muchas, digamos, es un instrumento importantísimo, que se ha fortalecido, pero desafortunadamente como se ha aplicado la consulta previa, creo que hay grandes falencias, y la principal falencia es que encuentro a veces en los mismos sectores sociales, que no hay claridad sobre la consulta, hacia donde debe ir, y también muchos intereses particulares, no solamente las empresas que buscan omitir la incidencia de las consultas, sino también en los mismos grupos indígenas o afro colombianos que, manipulados a veces por ciertos intereses, llegan a suscribir acuerdos absolutamente irrisorios, absolutamente desconocedores de los derechos, entonces pareciera la negociación particular y no un tema de derechos colectivos y del ambiente sano, entonces creo que los ejes de la consulta previa a veces en mi sentir se han perdido, es un instrumento increíble, maravilloso, importantísimo, pero no se le ha dado la seriedad del rigor.

### ANEXO 3

#### **ENTREVISTA REALIZADA EL DÍA 29 DE NOVIEMBRE DE 2010, A LA DOCTORA VIVIANA ROJAS, ASESORA DEL VICEMINISTRO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL.**

**1. ¿Cuál es el papel de la participación ciudadana como método de prevención de riesgos ambientales?**

**R:** El tema de la participación es en el sector ambiental, la constitución política trae una serie de mecanismos de participación, pero es en el sector ambiental donde se han desarrollado a través de la ley 99 de 1993, otra cosa ya es medir la efectividad o no, es decir la eficacia de esa participación, si esta es una participación real o no, el tema de dar respuestas a la problemática. Creo yo que al decir que se ha avanzado, en la participación es donde más se ha consolidado, donde mas organizaciones no gubernamentales se tienen trabajando en el tema de veedurías ciudadanas constituidas, para hacer seguimiento a proyectos, participación directamente de la comunidad a través de audiencias públicas, el tema de la consulta previa con las comunidades indígenas, y afro descendientes, es también otro de los mecanismos donde se ve una amplia participación de estas comunidades, entonces creo yo que ha sido un buen desarrollo de la participación, no tanto como quisiéramos ya en la esencia de las decisiones finales, pero es poco a poco que se ha ido desarrollando esa cultura de la participación en el tema ambiental.

**2. ¿Respecto a la información que debería tener la ciudadanía sobre estos métodos de participación ciudadana, cree usted que esta información es esencial para que estas personas accedan a los mecanismos?**

**R.** Quien tiene la información, tiene el poder, y las comunidades tienen mecanismos para acceder a la información. Hay problemas, sí, en el sentido que hay información de carácter muy técnico que hace muchas veces difícil para las comunidades entrar a depurarla y analizarla conforme a conceptos técnicos, jurídicos claros y coherentes. Pero vemos como las comunidades se han asesorado muy bien de Universidades, de algunos grupos de presión que conocen de estos temas, pero por supuesto que estas serán las que más conozcan de algún riesgo en un proyecto, una obra o una actividad, puedan afectarlos.

**3. ¿Cuál es el papel del derecho internacional a la hora de prevenir riesgos ambientales en nuestro país?**

**R:** Es muy importante el papel del derecho internacional, Colombia a jugado en algunos temas, es un papel líder, ejemplo, en todo lo que es el protocolo a la Decisión de Cartagena, todo lo que tiene que ver con responsabilidad y compensación por daños ambientales causados por Organismos Vivos Modificados Genéticamente – OVM, Colombia fue el que lideró y ya hoy podemos celebrar poder tener un Protocolo en ese tema, y por supuesto, la participación activa de países como Malasia, pero Colombia, fue líder en el tema. Pues el Protocolo de Goya que fue hace menos de un mes, se está surtiendo todo el trámite internacional para acceder a todo lo que el Protocolo dice y obliga a los Estados en materia de Organismos Vivos Modificados Genéticamente – OVM.

**4. ¿Cómo se maneja la política de seguridad genética en nuestro país?**

**R.** Ese tema lo puedes profundizar, no soy experta en el tema, no obstante yo participé a nivel internacional, en las discusiones que se dieron para el Protocolo suplementario sobre la responsabilidad y compensación en materia ambiental sobre los OVM, y se trata de una parte, toda vez que la temática genética implica muchísimo, entonces se tiene todo un sistema de acceso a los recursos genéticos, los permisos, todo eso lo trabaja la Dirección de Licencias y Trámites Ambientales, a través de la Doctora Aleida Martínez, es bióloga experta en el tema.

**5. ¿Es el principio de precaución uno de los principios fundamentales para el tratamiento jurídico ambiental en Colombia?.**

**R.** Considero que en todo el tema de licenciamiento, de permisos, gestión, autorización, etc., sí debería ser un principio fundamental, de hecho está consignado en nuestra Ley 99 de 1993 como uno de los más importantes, pero creo que no hay absoluta claridad en la aplicación del principio de precaución, la Corte Constitucional se ha manifestado a través de algunos fallos y ha generado unas líneas jurisprudenciales en el tema, algunas de estas han sido acogidas por autoridades ambientales, otras no han sido bien interpretadas, entonces falta mucho, falta depurar y decantar la aplicación del principio de precaución en nuestro país.

**6. ¿Qué papel cumplen la licencia ambiental y demás permisos ambientales, a la hora de proteger los bienes y derechos ambientales?**

**R.** La licencia ambiental es un instrumento de control de seguimiento, es un mecanismo muy interesante, no fue inventado en Colombia, es un mecanismo aplicado en muchos países del mundo, y yo creo que en nuestro país, en cuanto a lo técnico se ha alcanzado, los estudios de impacto ambiental se ha alcanzado cierto grado de seriedad y rigurosidad por parte de algunas empresas, que serán el documento base para generar la licencia, y las licencias también se analizan mucho desde lo técnico y lo jurídico para otorgar o negar las licencias, pero hay distorsiones al esquema, entonces hay presiones políticas, económicas, y no me refiero a cosas no tan santas, sino a situaciones del mismo esquema que nos hemos dado, entonces siempre habrán sectores encontrados, tenemos al sector minero con el sector ambiental, el sector agrícola, por que el sector ambiental siempre ve la licencia ambiental como un trámite mas, y como política de Estado se tiene que las licencias ambientales no es simplemente un trámite, si analizamos los Decretos anti tramites, siempre tocan el tema de la licencia, desde mi punto de vista personal este criterio es errado, la licencia ambiental no es un trámite mas, es un instrumento de planificación del territorio en el cual se toma la decisión de hacia dónde vamos a generar industria, hacia donde irá cierto tipo de actividades, entonces se está distorsionando un poco este tipo de mecanismos.

**7. ¿Frente al nuevo Decreto 2820 de 2010, cómo ha sido la experiencia que ha tenido el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en particular para su aplicación?**

**R.** Este Decreto está recién expedido, entonces se está empezando a analizar su aplicación, considero que era necesario dar un proceso de cambio en la normatividad en cambio a licencias ambientales, este Decreto está demandado, por ende está a la espera del resultado de esa demanda, pero del lado del Ministerio, se trabajó mucho para lograr hacer un Decreto coherente.

**8. ¿Existen mecanismos económicos que logren incentivar la prevención de daños que potencialmente se causen al medio ambiente?**

**R.** Como Estado tenemos la obligación de proteger, de administrar, de gestionar los recursos naturales, que son propios del Estado, hay muchos instrumentos para esto, tenemos los instrumentos de carácter coercitivo – sancionatorios, al que no cumpla, acarreará la infracción normativa ambiental y hay también los incentivos, como los tributarios, que van a contribuir al mejoramiento ambiental. Aquí se analizan esas solicitudes de incentivos tributarios y se dará la certificación si aplica o no, si ese producto,

ese bien que vas a ingresar al país para la industria, en efecto va a contribuir a la calidad ambiental, entonces va a haber una exención en cuanto al IVA por ejemplo. Entonces esos son los incentivos que se han venido manejando, yo creo que sí contribuyen.

**9. ¿Cómo está la normatividad colombiana en comparación con la del resto de la región, respecto al tratamiento jurídico de los daños ambientales?**

**R.** Yo creo que estamos rezagados porque no tenemos, por ejemplo un régimen de responsabilidad objetiva en materia ambiental, entonces el Congreso está en mora, la Constitución Política de Colombia en el artículo 88 dio la orden al Congreso de la República de reglamentar tres aspectos, las acciones populares, las acciones de grupo y casos de responsabilidad civil objetiva en materia de derechos colectivos, se reglamentó a través de la Ley 472 de 1998 los dos primeros y se dejó de lado la responsabilidad civil objetiva, entonces no tenemos un régimen de responsabilidad civil objetiva, estamos rezagados totalmente, países de la región, para no compararnos con la Unión Europea la cual lleva mucho tiempo trabajando en el tema y tiene ya un régimen de responsabilidad de este tipo, países como Costa Rica, Venezuela, tienen un régimen de responsabilidad objetiva en materia ambiental y Colombia no, se ha satanizado el tema, el Congreso de la República ante el mero asomo de hablar de responsabilidad civil objetiva en materia ambiental, ya resulta imposible dar la discusión en el Congreso de la República, entonces es grave, y nos rezaga totalmente.

**10. ¿Es el proceso sancionatorio ambiental dispuesto por la Ley 1333 de 2009, el medio idóneo para ejercer control social respecto a la protección del medio ambiente?**

**R.** Pues tanto como control social no creo, es un control porque está bajo la potestad sancionatoria de la administración pública, entonces será la administración pública la que va a ejercer ese mecanismo coercitivo para que ellos no cometan infracciones a las normativas, a las órdenes de las autoridades ambientales, pero creo que se ha avanzado, el nuevo régimen sancionatorio ambiental me parece muy interesante, la Corte Constitucional se ha pronunciado en sus sentencias sobre los temas más álgidos, la presunción de dolo o culpa, la caducidad de la acción sancionatoria ambiental, medidas preventivas.

Frente al anterior régimen ha habido muchas mejoras, por ejemplo el tema de la caducidad de la potestad sancionatoria, anteriormente la teníamos en tres (3) años, ahora la tenemos en veinte (20), ya la Corte Constitucional se pronunció y declaró exequible ese término de veinte años, eso es positivo, porque no se puede condenar a perder un recurso natural sencillamente porque se venció una acción en el tema administrativo, entonces el Estado va a tener más posibilidad de iniciar y culminar estos procesos sancionatorios dirigidos hacia

la protección de los recursos naturales y a buscar quienes fueron los infractores y los que causaron el impacto ambiental.

También me parece positiva la presunción de dolo o culpa, esto no le gustaba a algunas personas, particularmente el sector regulado consideraba que atentaba contra el derecho de defensa, debido proceso y la Corte se pronunció alegando que es una potestad autónoma del Legislador, establecer este tipo de presunciones, dado que lo que se busca proteger aquí es el medio ambiente, un derecho colectivo, de toda la comunidad, pues están llamadas a prosperar la inclusión en la Ley de ese tipo de presunciones, tiene aplicación en la carga de la prueba, eso para la protección ambiental me parece acertado.

Me parece acertado el tema de la dosimetría de las sanciones, una de ellas es la multa por ejemplo, y se tenía antes una dispersión de metodologías para aplicar esa multa, que cualquier autoridad ambiental en diferentes partes colocaba lo que consideraba daños o impactos similares, podrían ser sancionados con multas muy bajas y en otros casos con multas muy altas, pero eso ya está reglamentado por el Ministerio, la metodología para el cálculo de estas multas, esto me parece muy positivo, el hecho de modificar esas metodologías. Además el nuevo proceso sancionatorio ambiental es un régimen moderno, no podemos seguir con un régimen del año 84 que ni siquiera había sido permeado por la Constitución Política, donde están los derechos constitucionales?, entonces era necesario esa actualización.

#### **11. ¿Es necesaria la cooperación entre Estados para prevenir los daños al medio ambiente?**

**R.** Por supuesto, este no es un tema que se pueda fragmentar, decir hasta aquí la frontera y hasta aquí es nuestro, no se puede, el tema ambiental trasciende fronteras, si en algo se puede hablar de globalización es en el tema ambiental, la afectación en cualquier país del mundo, vemos el tema del cambio climático, la afectación en un país afecta a todos, por supuesto que debemos actuar mancomunadamente, el derecho internacional está actuando a pasos agigantados, porque es necesario.

#### **12. ¿Qué opina sobre la efectividad que han tenido las herramientas normativas de carácter coercitivo o de sanción en materia ambiental?**

**R.** Yo creo que la Ley 1333 es importante en ese sentido porque hace reflexionar en torno a la aplicación de ese mecanismo, considero que se venía haciendo una aplicación inadecuada, el tema de que política coercitiva en materia ambiental queremos darnos, entonces se aplica mucho las multas como sanción, pero entonces, que buscamos con la

sanción, cual es la finalidad de una sanción, de una multa de este tipo, entonces no puede ser ni tan baja que pueda ser incluida en los costos de la empresa, que diga yo infrinjo la normativa ambiental y pago, porque es tan bajo que no importa, la ubico en mi contabilidad, etc., pero tampoco tan alta para que sea impagable, sino que toca buscar el término medio de acuerdo a la capacidad económica del infractor. Por eso se dan una cantidad de circunstancias para que la multa tenga este fin persuasivo, es decir de que no se vuelva a infringir la normatividad, y quienes aún no son infractores, pues se abstengan de dañar, porque de acuerdo a la normatividad ambiental, saben que van a ser sancionados.

Es también la capacidad de detección de las autoridades ambientales, en la medida en que no se detecte el factor multa, pues va a seguir sacando la madera por la misma zona durante años, porque sabe que ninguna autoridad ambiental se va a dar cuenta, entonces se amplía la capacidad de detección de las autoridades ambientales, entonces también va a ser un mecanismo disuasivo para el infractor, entonces no voy a cometer la infracción porque sé que el porcentaje de posibilidad de que me sancionen es muy alto.

### **13. ¿Han sido efectivos para la prevención de daños ambientales, la consulta previa, la acción popular y demás mecanismos de participación ciudadana?**

**R.** Las acciones populares me parece a mí, que han sido efectivas, ese mecanismo viene para la protección de los derechos colectivos y el medio ambiente es un derecho colectivo. Preocupa mucho la actitud de la rama judicial frente a los actores populares, el tema de los incentivos ha hecho que se genere una satanización de la acción popular y ya cuando llega la acción popular a un despacho judicial ya se considera que es el caza recompensas, que quiere obtener un lucro personal, y no busca un fin altruista, y eso tampoco es cierto. Si bien ha habido un abuso de las acciones populares, ya hay la figura del actor popular ausente, que no responde por eso, también hay actores populares muy rigurosos, muy serios, y hay acciones populares muy interesantes que han logrado la protección de los derechos.

Frente a la consulta previa, este también es un mecanismo que tiene origen internacional, es un mecanismo muy complejo, y yo creo que debe dársele un proceso de capacitación y pedagogía tanto a los funcionarios públicos que participan en todo el proceso de consulta pero también a las comunidades. No estoy de acuerdo cuando las comunidades se niegan a participar en los procesos de consulta, entonces están desconociendo el sistema y no se trata de eso, y además también hay funcionarios que utilizan el mecanismo de manera acertada. Por ello ahorita están en unas discusiones muy serias entorno al mecanismo de la consulta previa

**14. ¿Y frente a la imposibilidad de imponer el veto por parte de estas comunidades a los diferentes proyectos de la Administración?**

**R.** Imposibilidad es decir una posición total y la potestad que tienen las autoridades para decir “se hace el proyecto”. Por eso mismo, por la distorsión que se le ha dado al mecanismo de la consulta, cuando se rompe el mecanismo del diálogo, cuando una comunidad dice “yo ni siquiera participo”, no reconozco a quien está al frente como legítimo para ejercer el mecanismo, o lo mismo las autoridades hacia las comunidades, se rompe el dialogo y se pierde todo el sentido de la consulta y es cuando se ocasionan situaciones tan extremas y sucede que yo como Estado tomo la decisión sin importar lo que se piense por parte de las comunidades y eso tampoco es el deber ser, entonces como lograr plantear diálogos abiertos, respetuosos, y teniendo en cuenta que es la Constitución Política la que nos reconoce tanto a los funcionarios públicos, pero también a las comunidades en todo este tema, y eso en conclusión ha sido lo complicado, llegar a ese punto de equilibrio y ponderación.

