



FORO

REFLEXIONES SOBRE VALORACIÓN DE COSTOS AMBIENTALES

[CONFLICTOS Y COMPETENCIAS]

Lunes 02 de diciembre de 2013
Centro de convenciones Recinto Quirama
Carmen de Viboral, Antioquia

MEMORIAS

Laura Emilse Marulanda Tobón

Auditora General de la República..... 2

Carlos Mario Zuluaga Gómez

Director de la Corporación Cornare 8

Óscar Darío Amaya Navas

Procurador Delegado para Asuntos Ambientales 12

Eduardo Montealegre Lynett

Fiscal General de la Nación 17

Luz Elena Sarmiento Villamizar

Ministra de Ambiente y Desarrollo Sostenible..... 30

Enrique Gil Botero

Magistrado del Consejo de Estado 38

Luis Javier Toldra Bastida

Departamento de Urbanismo del Ayuntamiento de Barcelona 52

Uriel Amaya Olaya

Asesor de la Auditoría General de la República 63

SÍGUENOS EN LA REDES SOCIALES



/auditoriageneral



@auditoriagen



Laura Emilse Marulanda Tobón Auditora General de la República

He sabido que la Constitución Política estructura el control fiscal, a partir no solo de una composición de sistemas de control que le agregan un componente técnico-jurídico, delineado con ingredientes de tipo económico y otros propios de la administración de empresas, el control de gestión a los resultados financieros y de legalidad, sino que además le añade unos principios que le sirven al control como parámetros de medida de la gestión fiscal, los cuales permiten determinar el grado de efectividad global de las organizaciones públicas o privadas sujetas de dicha vigilancia fiscal por parte de las contralorías.

Esa efectividad, a su vez implica la medición de la efectividad interna de dichas organizaciones, determinada a través de los principios de eficacia, eficiencia y economía, y de igual modo la efectividad externa de la misma, categoría esta que se pondera a partir de los principios de la equidad, medición del impacto social de la gestión fiscal y de la ecología de valoración de los costos ambientales, medición del impacto ambiental de la misma.

La equidad y la ecología, valoración de costos ambientales, son por lo tanto dos principios, cuya proporción enmarca a su vez el concepto de desarrollo sostenible. Concepto este que según la clásica definición ofrecida por el informe Brundtland, corresponde a aquel que “satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. Pero a su vez tal dimensión del componente ambiental, endosado al control fiscal, se complementa con otras herramientas que deben ser planteadas y aplicadas en forma sistémica. Pues justamente la razón de ser de aquella competencia evaluativa del componente ambiental, implica un análisis de la problemática en forma integral.

En tal sentido a los contralores y a las contralorías les compete; primero: la señalada valoración de los costos ambientales. Es decir, la función de “cuantificar el impacto por el uso o el deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente, y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y



explotación de los mismos”; segundo: presentar un informe anual a la respectiva corporación pública de elección popular de nivel nacional, departamental y distrital o municipal sobre el estado de los recursos naturales y el medio ambiente; tercero: reglamentar la obligatoriedad para las entidades vigiladas, de incluir en todo proyecto de inversión, convenio, contrato, autorización de explotación de recursos, la valoración en términos cuantitativos del costo beneficio sobre conservación, restauración, sustitución, manejo en general de los recursos naturales y degradación del medio ambiente. Así como su contabilización y el reporte oportuno a la Contraloría; cuarto: determinar el grado de cumplimiento de la normatividad ambiental, esto es el control de legalidad; quinto: vigilar la exploración, explotación, beneficio o administración de las mismas; sexto: cuantificar los daños ambientales provocados en el ejercicio de la gestión fiscal ambiental para entre otros efectos, determinar eventualidades en responsabilidad fiscal.

Pues bien, este fundamento normativo de control fiscal en el ámbito ambiental principalmente aquel basado en la postulación de la valoración de los costos ambientales como principio del control fiscal, implica a su vez tales postulados principalistas del control y se convierten en principios de la propia gestión fiscal.

En efecto, la gestión fiscal es entendida como el conjunto de actividades económico-jurídicas, relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo o disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines de este y realizados por los órganos o entidades de naturaleza jurídica o pública o personas naturales o jurídicas de carácter privado. En la medida en que las contralorías evalúan la eficacia, la eficiencia, la economía, la equidad y la ecología, variación de costos ambientales de esta gestión fiscal de las personas públicas o privadas o sujetas a su vigilancia, aquellos principios de control fiscal se añaden a la gestión fiscal con este grado, pues es evidente que las personas públicas y privadas sujetas al control fiscal, las deben incorporar como parámetros gerenciales de aquellas actividades propias, descritas en el concepto de gestión fiscal.

Partiendo de este enfoque el control fiscal ambiental es asumido bien bajo la perspectiva del nivel macro proyectado sobre la evaluación del componente



ambiental en el marco de las políticas públicas, reflejado especialmente en los informes sobre el estado los recursos naturales y el medio ambiente. O bien, en el nivel micro, proyectado sobre las propias organizaciones públicas de un lado, si tienen competencia de gestión ambiental, para el efecto de verificar los resultados obtenidos en ese ámbito funcional. Gestión de protección, conservación, y uso y explotación de los recursos naturales y del medio ambiente.

Y otro para evidenciar de forma integral las acciones realizadas por las personas de derecho público o privadas según el caso, tendientes a asegurar el cumplimiento a aquellos principios del control fiscal frente al medio ambiente y del mismo modo efectuar una cuantificación física de los impactos ambientales y su valoración económica. De igual manera en el plano de las denominadas auditorías de segundo orden la Constitución Política le asigna a los contralores la atribución de conceptuar sobre la calidad de ciencia y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado; Artículo 268, numeral 6 de nuestra Constitución Política. Control interno que entre varios principios complementarios detallados en la ley se funda “la valoración de los costos ambientales”, Artículo primero de la ley 87 de 1993. Tales competencias del control fiscal en materia ambiental, adicionalmente tienen un estatus institucional en el marco del Sistema Nacional Ambiental, SINA, en el componente referido a las entidades estatales con competencia ambiental y en la categoría de los órganos de control, junto con el Departamento Nacional de Planeación (DNP), los ministerios con competencias ambientales y demás entidades estatales no adscritas a ninguna autoridad ambiental.

Pues bien, el control fiscal tanto en el nivel macro como micro, se encuentra estrechamente asociado a una variable metodológica que le permite, entre otros aspectos relevantes en la materia, realizar una valoración de los costos ambientales físicos, sociales y económicos de naturaleza ambiental, en el terreno de la gestión fiscal asociada a dicha actividad. Por lo tanto, lo primero que habría que precisar bajo la premisa anterior es que tratándose por ejemplo de los informes sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente, que las contralorías deben estructurar y remitir al Congreso de la República, o a las asambleas departamentales y concejos distritales y municipales, según sea el caso, se encuentran condicionados al modo instrumental, técnico y científico con que se analiza la problemática y



ese enfoque produce perspectivas analíticas y conceptuales que inciden en los resultados ofrecidos.

En el caso del proceso auditor, es decir la auditoría ambiental como herramienta de aplicación técnica y especializada en control fiscal, es aún más notoria aquella situación, pues del mismo modo dependiendo de la metodología que se utilice para efectuar la valoración del impacto ambiental, producido por la gestión fiscal, pueden surgir conclusiones de distintos talantes y alcances. Y si a ello se le agrega el alto grado de sectorización y especialización de la gestión pública y eventualmente privada, sujeta de control fiscal y con incidencia en terreno ambiental, el grado de complejidad aumenta. Además de ello, es decir, la necesidad de contar con instrumentos metodológicos que no solo posean validez, consistencia técnica y científica, se adicionan a la necesidad de disponibilidad institucional, que deben las contralorías para atender adecuadamente esta tarea, en términos de personal capacitado, recursos físicos y financieros. Pero adicionalmente a lo ya planteado es necesario reflexionar justamente sobre los modelos y las herramientas que permiten efectivizar aquella función, en el entendido de que la metodología para efectuar la valoración de los costos ambientales, con sus correspondientes indicadores debe ser un modelo uniforme en términos no solo técnicos y económicos sino sobre todo institucionales y de gobierno frente a los principales agentes fiscales como sujetos del control fiscal como en el entorno de las contralorías.

La proliferación de disímiles herramientas metodológicas para producir aquellas tareas en distintos escenarios institucionales y de control, conlleva a lecturas no uniformes de la problemática y muchas veces incluso contradictorias en la visión y en su enfoque. Tal circunstancia, y sin perjuicio de las múltiples competencias que respecto a la materia se encuentran adscritas también a múltiples autoridades, incluyendo por supuesto al Ministerio de Medio Ambiente y a las corporaciones ambientales y regionales, es necesario avanzar en la construcción y adopción de una metodología específica y ajustada a las necesidades de un control fiscal integral que tenga una aplicación real y efectiva, tarea esta que es un objetivo asumido por la Auditoría General de la República, con el fin de coadyuvar a la integralidad y eficacia de la función ambiental asignada a las contralorías del país.



Por ello, además es necesario entender que tal documento metodológico es parte integrante de la metodología del proceso auditor, cuyo desarrollo es una de las funciones que la ley 1474 del 2011, le ha asignado a la Contraloría General de la República en el marco del Sistema Nacional del Control Fiscal, Sinacof, con el concurso de todas las contralorías, Artículo 130 de la ley 1474 del 2011 sujeta a la vigilancia por parte de la Auditoría General de la República. Pero además de lo anterior es necesario reflexionar sobre las causas adicionales que inciden negativamente en el ejercicio de aquella importante tarea, factores que reclaman ajustes, no ya en el plano de las metodologías o entornos normativos, sino el de los procedimientos y los sistemas de control públicos y de información.

Me refiero a la coexistencia de variados organismos estatales, que si bien tienen competencias verificadas y autónomas frente al tema ambiental, es necesario que articulen dichas funciones en el entendido de la visión sistémica que tiene el control público, con el fin de maximizar y hacer más eficaz su ejercicio, así como tener una capacidad de respuesta proactiva, coactiva, preventiva, oportuna e integral.

Qué decir de los sistemas de información surtidos en base de datos comportamentales también variadas bases de datos institucionales, aspecto este cuyo ideal es proteger con un gran sistema de información ambiental, focalizado y administrado en una plataforma única que permita depurar, cualificar y alimentar la información con toda su intervención que sobre la materia produzcan distintos factores, bien sean institucionales, supranacionales, académicos o cualquier otro de cualquier orden clasificado por la relevancia.

La Auditoría General de la República tiene la disposición para promover esta herramienta orgánica y funcional, dada su vital relacionamiento con las tareas propias del control fiscal, además de apoyar a las contralorías en la puesta en escena de tan importante función. De otra parte la valoración de los costos ambientales tiene plena incidencia en otras competencias colaterales al control fiscal, asignando a las contralorías como una función complementaria, cuál es la de determinar la responsabilidad fiscal por daños producidos al patrimonio público por parte justamente de los agentes públicos o privados habilitados para administrarlo. Es obvio que el componente ambiental tiene un rango jurídico en este estatus patrimonial,



claramente delimitado, lo cual supondría un alto nivel de acciones procesales adelantadas para resarcir daños producidos al patrimonio ambiental, que en la práctica se frustran por la ausencia de capacidades institucionales para asumir de manera técnica y objetiva una cuantificación económica de tales daños además de la configuración de la gestión fiscal como tipicidad de las conductas que lo provocan.

Las anteriores inquietudes son en esencia parte de la motivación institucional para promover foros de discusión y análisis como el presente, organizado en forma conjunta entre la Auditoría General de la República y Cornare, justamente con el propósito de promover los escenarios que permitan acercarnos a ese propósito de propiciar ejercicios de control ambiental conjuntos, articulados institucionalmente y de promover ajustes que permitan la adopción de herramientas de control no solo válidas, consistentes técnica y científicamente, sino sobre todo uniformes y comunes para la aplicación por parte de las distintas entidades competentes para ejercer dicha vigilancia.

Con estas inquietudes y el diagnóstico meramente referencial de la problemática planteada dentro del contexto funcional del control fiscal, reitero la necesidad de que las eventuales soluciones y mejoras que surjan dependerán en gran medida de la voluntad y el empeño de todas las autoridades que confluyan en la regulación, control y gobernabilidad en torno al medio ambiente en el entendido siempre explícito y ya un lugar común, que en correcta racionalidad y actitud institucional construirán el presente y producirá beneficios tangibles en las generaciones futuras.



Dr. Carlos Mario Zuluaga Gómez Director de la Corporación Cornare

Enmarcan ustedes con mucha satisfacción institucional, estos treinta años de vida de Cornare, treinta años que se han desarrollado en torno a un legado que nos dejaron nuestros fundadores. Cornare se fundó por un movimiento ciudadano, un paro cívico del Oriente Antioqueño. ¿Qué reclamaban los habitantes? Redistribución de los recursos que en ese entonces la ley 56 daba por las generaciones de energía, las grandes obras de infraestructura, y ese legado ciudadano 30 años después no solamente lo conservamos, lo validamos, sino que lo llevamos como estandarte institucional.

El quehacer ambiental sin medio ambiente, el quehacer ambiental sin hombres, el quehacer ambiental sin gente, el quehacer ambiental sin campesinos no tiene razón ni tiene fundamento. Y si en algo podríamos decir en medio de la dispersión de normas, en la dispersión de competencias de este país y en algo podríamos estar de acuerdo, es en el tema medio ambiental, tema que a todos nos compete, a los alzados en armas, a los juristas, al ciudadano del común. Quién no puede estar de acuerdo en torno a conservar el agua, el aire limpio, los recursos naturales, y en torno a ello hoy queremos en compañía de la Auditoría hacer este foro de análisis, este foro de reflexiones, este espacio académico en torno a los 30 años de Cornare.

Y buscar cómo desde esas alianzas interinstitucionales, no seguir simplemente buscando culpables frente a los hechos que se dan en torno a los daños ambientales, sino cómo hacer alianzas, como hacer sinergias, cómo entender que el Estado es uno solo a la hora de actuar, cómo no buscar culpables cuando hay inviernos, cuando hay inundaciones. Cómo no buscar culpables, sino cómo buscar alternativas y soluciones y cómo desde la Fiscalía seguir apoyando un trabajo que en el Oriente hemos hecho articulado con la delegada para los temas ambientales en torno a lo que es la minería criminal, donde podemos hablar si bien las cifras no son muchas, pero son importantes, de más de nueve personas con condenas ante un juez porque hemos podido llegar a las últimas instancias sin que los procesos se



queden en el camino. Porque le hemos salido adelante a los que saben cómo hacer la maña, porque hemos aprendido en torno a una articulación institucional. Pero igualmente, cómo no pensar entonces en esos campesinos que hoy están en el dilema del retorno y del conflicto medio ambiental.

El Oriente Antioqueño fue una zona del país donde más desplazados hubo, y durante diez años se fueron de sus fincas, y el Estado con un esfuerzo muy grande, los retornó. ¿Y qué encontraron? Que la naturaleza hizo su trabajo, que volvieron los animales, que volvió la flora, que volvió la fauna, pero desafortunadamente estos campesinos encontraron su primera instancia de supervivencia en el recurso natural. Y la ley dice que hay que cumplir una normatividad y que hay que decomisarles esas maderas y que hay que ir allá donde están haciendo un uso irracional e indiscriminado. Y la respuesta de estos campesinos es: “¿cómo es posible que los grupos armados me desplacen, que el Estado me retorne y ahora el estado me quiera desplazar también por hambre?”. Y quiero simplemente hacer esta reflexión porque si bien el medio ambiente es importante, si bien los costos ambientales son importantes para el país, si bien sabemos que la Unidad de Política para el Medio Ambiente (Upme) dice que para el 2050 el problema en Colombia no va a ser capacidad instalada, ni hidroenergía, sino el recurso. Es decir, vamos a tener muchas instalaciones para generar energía pero no vamos a tener el agua. Eso lo tenemos que cuidar desde ahora y lo venimos diciendo desde hace muchos años y cada vez que hay problema lo volvemos a decir. Pero hay que cuidarlo con campesinos adentro Ministra y usted bien lo dijo ahora con el tema de Santurbán: campesinos adentro pero no haciendo la tarea que nos corresponde a nosotros, de cuenta de ellos, porque el tema medio ambiental ha terminado volviéndose mucha moda y cada que hablamos del medio ambiente es muy bonito pero muy poquitas veces nos comprometemos y creemos que el tema del medio ambiente es del otro y creemos que la responsabilidad del medio ambiente es de otro.

Solamente en Medellín en una encuesta hecha por Empresas Públicas encontró que el 60% de los ciudadanos dicen: “¿de dónde sale el agua?”, de la llave. El 20% de EPM y el otro no sabe o no responde y no entienden que el agua está en la parte alta donde un campesino históricamente la ha cuidado y conservado a costa de su patrimonio, a costa de las oportunidades económicas para él. Hace 20 años con la ley 99 del 93, Artículo 111, hablaba de destinar el 1% de los ingresos propios de los entes territoriales. Veinte



años después con el decreto 953 se reglamenta, donde se habla de cómo utilizar esos recursos.

La pregunta es: hoy el presupuesto de Bogotá de recursos propios son cerca de 5 billones de pesos, ese 1%. Presupuesto de ciudades como Medellín, Cali, de departamentos, ese 1%. Qué importante el decreto por lo menos que facilite y posibilite el pago por servicios ambientales. Pero Ministra dice que en 5 años habrá que comprarle a esos campesinos o hacerles expropiación por vía administrativa. Yo creo que y es un mensaje para ustedes que tienen las posibilidades, no puede el Estado terminar pareciéndose a lo que tanto ha combatido. No podemos con el hecho del medio ambiente empezar a desplazar campesinos que están en esta zona, que han estado históricamente. Hay que pagarles, sí, pero hay que dejarlos allí. ¿Dónde están los predios que hoy han comprado el Estado, los municipios y los departamentos? ¿Dónde está ese inventario predial? ¿Quién los cuida? ¿Quién los conserva? Será que hacen ya parte otra vez de la cantidad de baldíos, de la cantidad de tierras que el Estado tiene y ni siquiera las conoce. Qué mejor guardián del recurso natural que un campesino que nació, creció, corrió, vivió, soñó, en esos campos. Paguémosle muy bien y eso hay que hacerlo de una forma justa y equitativa y con seguridad esos costos ambientales los volvemos costos sociales pero para que conserven y cuiden.

Hoy en el Oriente lo estamos haciendo. Tenemos nuestro proyecto Banco 2; cerca de 120 campesinos con 5.000 hectáreas en conservación, pago por servicios ambientales, para que el país cada vez que hay un gran invierno no tenga que salir a buscar culpables y destine 10, 11, 12 billones de pesos para conservar y para proteger y no solo para mitigar los daños. Hagámoslo con la gente que está allí, que Santurbán, que La Colosa, que el páramo de Sonsón, efectivamente se conserven y se protejan, con gente adentro.

No volvamos desplazados a los que hoy están haciendo una labor muchas veces de subsistencia y de economía y que ese conflicto que vivimos a diario en este Oriente entre el retornado y el desplazado y entre el retornado y el medio ambiente, no sea un conflicto sino que sea una gran oportunidad para que en esta era de posconflicto, hoy que estamos hablando de opciones y alternativas de paz, no sean las que se firmen en una mesa en La Habana, sino que las construyamos todos los días a partir de una equidad con nuestros campesinos a partir de ser justos desde el medio ambiente, y hoy el



debate del medio ambiente en torno a la paz es fundamental porque definitivamente la apuesta medio ambiental es fundamental, es importante.

El paro agropecuario habla del agro y lo pecuario ¿y dónde estaba lo rural? Después del paro ganó para el agro, para el sector pecuario. Yo quiero también pongamos Ministra el tema la ruralidad, de aquellos campesinos que están en las zonas altas donde lo único que tienen es su gran riqueza: aguas, bosques y biodiversidad, donde no hay opciones ni de cultivos, donde no hay opciones de ganadería, donde su mayor riqueza es cuidar nuestras riquezas.

Bienvenidos a este foro, bienvenidos al Oriente Antioqueño, bienvenidos a Cornare y que estos espacios de reflexión y estos puntos para que la agenda y el debate se enriquezcan, ojalá sean para que este Oriente, esta Antioquia y este país definitivamente avancen por caminos de equidad, de reconciliación y que el medio ambiente efectivamente sea bueno pero no dé cuenta de los más pobres.



Óscar Darío Amaya Navas

Procurador Delegado para Asuntos Ambientales

Volver a aportar con un Ministerio dedicado al tema ambiental, y fortalecer técnicamente a las entidades que inspiran al Sistema Nacional Ambiental ha sido una bandera repetida de la Procuraduría General de la Nación durante los últimos 4 años de actividades. El permanente recorrido de procuradores judiciales, agrarios y ambientales y de asesores de la Delegada para Asuntos Ambientales por la extensa geografía del país nos muestra la importancia de estas entidades en el desarrollo de las regiones, pero también la enorme debilidad que el esquema, en sí, tiene, frente a los retos que debe afrontar. Para desarrollar la misión de control a la gestión ambiental, la Procuraduría cuenta con el respaldo de los artículos 277 y 278 de nuestra Carta Política, así como por el decreto ley 262 del 2000.

Este marco normativo señala que en lo ambiental y también en lo agrario, nos corresponde vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, proteger los intereses de la sociedad y defender los intereses colectivos en especial el ambiente. Para el logro de estas funciones el modelo constitucional y legal colombiano, supone que debe ser ejercida por el señor Procurador General de la Nación por sí mismo, o por intermedio de los procuradores delegados, atendiendo criterios de especialidad. Para la protección al medio ambiente delegó estas funciones en la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, que tiene un carácter preventivo, que ejerce funciones de control de gestión en las entidades que tienen funciones ambientales. Qué realiza también intervención ante autoridades administrativas y judiciales, y que por excepción, solo por excepción, adelanta funciones disciplinarias bajo la figura del funcionario especial.

La delegada ambiental hace presencia en el país con 33 procuradores judiciales y un equipo de profesionales en diferentes temas y áreas del conocimiento. En temas esenciales y de gran actualidad como son el de la minería, por ejemplo, nos corresponde adelantar el trámite de las quejas presentadas contra funcionarios públicos que hacen parte del Sistema



Nacional Ambiental, de las entidades que integran el sistema minero del país; también evaluar las actuaciones de contenido ambiental de las administraciones municipales y departamentales y velar entre otros por la protección de las áreas de especial importancia estratégica para las regiones y para el país.

Si se quisiera proponer un rápido balance de la gestión de las entidades del sistema nacional ambiental, con ojos de Ministerio Público habría que decir lo siguiente:

Primero: que todas las entidades que integran el sistema nacional ambiental sin excepción, cumplen funciones esenciales para el desarrollo de las regiones, para la administración, protección y conservación de estos recursos naturales.

Segundo: que el régimen económico y de financiación de las actividades de las entidades del SINA, es altamente inequitativo como quiera que cuenta con el porcentaje del impuesto predial, como principal fuente de recursos. Qué decir por ejemplo de regiones de baja población como la Amazonia, La Mojana, el Sur de Bolívar, en donde la situación predial es deficitaria pero las cargas ambientales son enormes.

Tres: que el ordenamiento del territorio se ha desarrollado a espaldas de los recursos naturales, en muchos casos, inclusive en contra de los mismos. Una herramienta fundamental como es la del ordenamiento territorial POT, EBOT o GOT, no ha sido lo suficientemente implementada en su componente ambiental, conforme lo demandan las expectativas sociales o económicas de las comunidades.

Cuatro: para que el Sistema Nacional Ambiental sea operativo, funcional, eficiente y se convierta en el futuro, adecuado para que el Estado cumpla las responsabilidades ambientales que sean asignadas por la Constitución y la ley, debe lograr una articulación y armonización efectiva entre los elementos que lo integran. Cada elemento debe cumplir un papel estratégico que finalmente contribuya a un ideal en común, como es alcanzar la sostenibilidad en el manejo de los recursos naturales renovables.

Cinco: los principios ambientales de carácter nacional e internacional consagrados en la Constitución Política y en la ley 99, así como en extensos tratados y convenios internacionales, son las bases que sostienen el Sistema



Nacional Ambiental. Se trata de una serie de principios que deben ser consultados y aplicados permanentemente por la administración pública, especialmente cuando contamos con una legislación desactualizada y que no está leyendo las necesidades y realidades de las regiones y de la población. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible debe consolidarse como la cabeza del SINA, sin que por ello invada la autonomía de las demás autoridades ambientales. Sus directrices y políticas deben marcar el direccionamiento de la gestión ambiental del país y por tanto debe fungir como órgano de consulta de la administración pública ambiental.

Siete: es esencial fortalecer la función del Ministerio, relacionada con la expedición de políticas ambientales la cual debe estar en permanente actualización atendiendo la movilidad de la oferta ambiental, su implementación y aplicación en el territorio nacional.

Ocho: es importante también fortalecer la capacidad técnica científica de las corporaciones autónomas regionales, de las de desarrollo sostenible, de los distritos, áreas metropolitanas y de las autoridades ambientales urbanas, atendiendo las necesidades de las regiones y su población. Los requerimientos ambientales de un país que se está desarrollando, que está creciendo, son cada día más altos y no están siendo atendidos adecuada y oportunamente por la institucionalidad.

Nueve: si la legislación ambiental es un elemento transversal en el sistema como garante del principio de legalidad, urge su integración y su actualización en un solo cuerpo que acabe con la atomización normativa ambiental, garantice la calidad de diligencias y ofrezca seguridad jurídica al destinatario final.

Diez: es fundamental el empoderamiento de la gestión ambiental por parte de los entes territoriales, a quienes la Constitución Política y la ley 99 del 93 les establecieron funciones ambientales principales y no accesorias respecto del cuidado y defensa de los recursos naturales renovables. En este sentido es importante que la descentralización en el manejo de los recursos naturales del país, sea concreta y efectiva dotando a departamentos, municipios, distritos, áreas metropolitanas de suficientes recursos y capacidad operativa y técnica para cumplir su papel preponderante en la administración y protección de los recursos naturales.



Once: la participación ciudadana en la gestión ambiental debe consolidarse dentro del SINA, como un proceso esencial en la adopción de políticas, toma de decisiones y expedición de cuerpos normativos lo cual implicaría que los momentos de ésta, sean oportunos y concretos al inicio del proceso o actuación correspondiente. Así las cosas deben diferenciarse con claridad los conceptos de participación y de socialización. Son dos cosas distintas. Planteada en esos términos la participación ciudadana permite hacer eficaz el modelo de estado social de derecho y de democracia participativa y provee a la sociedad de vías legítimas y no reactivas en la defensa de sus derechos e intereses colectivos. Es necesario empezar a hablar de un estado social y ambiental de derecho.

Doce: la educación ambiental es un componente dinámico creativo y eficaz dentro de la gestión ambiental y condición necesaria para lograr los objetivos de sostenibilidad y defensa del medio ambiente. Como bien lo presentó en su orden cronológico, el Código de Recursos Naturales, la Constitución Política del 91 y la misma Ley 99 de 1993. En ese sentido es importante impulsar el trabajo de las entidades y organizaciones que hacen parte del Sistema Nacional Ambiental y fortalecer el trabajo en redes de las mismas, frente a la comunidad, para darle coherencia, ganar credibilidad e identidad en las acciones que estas emprenden a partir de unos mecanismos y herramientas que la política de educación ambiental ofrecen.

Trece: respecto de las fuentes y recursos económicos que conforman el SINA, es importante que el cobro de tasas y demás instrumentos se extiendan al uso y aprovechamiento de otros recursos naturales renovables tan importantes como el hídrico, el cual sin duda ha sido el más regulado desde la perspectiva económica. De otra parte, si el daño sigue siendo un tema complejo en el gestor ambiental, se destaca la implementación que ha hecho el Ministerio del manual para la asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad, como metodología necesaria para determinar la verdadera compensación que debe hacerse por los procesos ambientales, el territorio específico donde se debe ejecutar esa compensación y el procedimiento para hacerlo.

Catorce: si el sistema sancionatorio ambiental vigente encuentra en la multa, uno de los instrumentos para censurar conductas que no acogiéndose al ordenamiento legal atentan contra el uso adecuado del medio ambiente, el



SINA debe promover y procurar ser un estatuto normativo que determine claramente los criterios a utilizar por sus autoridades que de acuerdo con la Ley 1333 de 2009 tienen la facultad de imponer dichas sanciones.

Quince: dentro del SINA es prevalente que las autoridades ambientales y las organizaciones comunitarias y no gubernamentales determinen que sus relaciones no pueden ser gobernadas por la confrontación, sino por la búsqueda de consensos y que permitan la confección de un interés común, el cuidado y administración sostenible de la misma. Lo anterior no excluye, por supuesto, que esos idearios sean alimentados por posiciones, análisis, expectativas e intereses opuestos y diferentes.

Dieciséis y último: es necesario dimensionar y fortalecer y dinamizar el papel estratégico que dentro del SINA, cumplen los institutos de investigación técnica y científica. Su trabajo constituye un ingrediente fundamental para conocer la oferta ambiental, los ecosistemas estratégicos y el estado actual de los recursos naturales para la adecuada toma de decisiones y para la construcción y expedición de políticas públicas y normativas de contenido ambiental.

Las anteriores observaciones, consignadas la mayoría de ellas en un estudio denominado “Cien reflexiones sobre el sistema nacional ambiental”, informe preventivo elaborado por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, y publicado con el apoyo del Instituto de Estudios del Ministerio Público constituyen una radiografía desde la órbita preventiva sobre el estado actual del Sistema Nacional Ambiental. Su principal objetivo: incidir en la construcción de la política pública ambiental desde el ojo de este organismo de control.

Finalmente se hace necesario promover desde este escenario de reflexión sobre costos ambientales, conflictos y competencias, la construcción de un modelo propio participativo e incluyente de desarrollo sostenible en el que en un ejercicio de ponderación de derechos y de deberes se privilegien los aspectos ambientales y los sociales. Esa es la tarea principal de todos los que hacemos parte del sistema nacional ambiental.



Eduardo Montealegre Lynett Fiscal General de la Nación

Si uno quisiera realizar una presentación simplificada de lo que ha sido el sistema de derecho penal en los últimos 200 años podríamos decir que antes de la aparición de lo que se ha llamado el moderno sistema de derecho penal normativista, toda la historia del derecho penal desde el siglo XIX y gran parte del siglo XX giró en torno a concepciones naturalistas del derecho penal.

Esto significa que dentro de la evolución de los varios esquemas fundamentales de la teoría del delito, el causalismo, el neokantismo, el finalismo, todos esos grandes modelos de pensamiento del derecho penal se caracterizaron por edificar las estructuras de imputación como lo dice Günther Jacobs en uno de sus múltiples artículos sobre la evolución del derecho penal. Se construyeron básicamente sobre dos ejes centrales: causalidad y conocimiento. Como dice Jacobs si uno quisiera hacer una presentación simplificada de las estructuras de imputación en derecho penal, diría que siempre se edificó la teoría del delito sobre estos dos grandes pilares: existencia de una relación de causalidad mirada desde el punto de vista básicamente de lo que se ha denominado de la teoría de la equivalencia de las condiciones y conocimiento de ese curso causal o cognoscibilidad de un determinado resultado. Quizá con un ejemplo podríamos un poco comprender el sentido de estas afirmaciones de uno de los grandes juristas del siglo XX en Alemania, quizá el más importante en la historia del derecho penal alemán.

Pensemos en una riña que se presenta súbitamente entre dos personas frente a una calle de comercio, a una calle donde venden abarrotes, trigo, donde venden algunos instrumentos para la labranza y para el campo y en alguno de los momentos de la riña, uno de los contendientes entra a una tienda y compra un cuchillo y el vendedor, el dueño de la tienda dentro de su ámbito y de su rol, le vende el cuchillo y con ese cuchillo esa persona le produce la muerte a su contendiente frente a la tienda. Si nosotros analizamos esta conducta sobre la base de las categorías tradicionales del



derecho penal, es decir sobre la base de las estructuras de imputación, se dan sobre la existencia de una relación de causalidad y un conocimiento del resultado y sobre esa base imputamos, pues sobre la base de una concepción naturalista del delito tradicional podría uno decir que existe una relación de causalidad entre el vendedor que vende el cuchillo y la producción del resultado muerte y además diría que existe también un conocimiento de la relación de causalidad creada por el vendedor por la producción del resultado muerte de la persona que con ese cuchillo ocasiona la muerte en la riña frente a la tienda.

Diríamos entonces en una concepción naturalista del delito, basada en estructuras de imputación eminentemente naturalistas, causalidad y conocimiento, que podríamos decir o juzgar eventualmente al vendedor, eventualmente como un cómplice del homicidio producido. La venta del cuchillo está en relación de causalidad con la producción de la muerte, podría calificarse como una complicidad en el homicidio e imputarle al vendedor el delito de homicidio a título de complicidad. Sin embargo esta concepción naturalista de la teoría del delito que podríamos decir que imperó cerca de 200 años en las concepciones del derecho, fundamentalmente en el siglo XIX y gran parte del siglo XX ha sido totalmente superada en la actualidad con lo que se ha denominado una concepción normativista del delito. Actualmente y esto tiene mucha importancia en todo el ámbito del derecho penal, las estructuras de imputación ya no giran fundamentalmente en torno a los conceptos de causalidad y conocimiento, sino que básicamente son tres grandes ejes sobre los cuales se estructura la moderna dogmática del derecho penal.

El primero de esos grandes ejes es el de que ya no importa tanto la determinación de una relación de causalidad entre una conducta y un determinado resultado, sino que el primer elemento en las estructuras de imputación es lo que se ha denominado una delimitación de ámbitos de competencia y ámbitos de responsabilidad. Demostrada la causalidad de un comportamiento cuando existe ese tipo de relación de causalidad, lo fundamental no es una relación naturalística entre condición y resultado sino que el primer elemento básico en las estructuras de imputación es la delimitación de ámbitos de competencia y de ámbitos de responsabilidad. Es decir, determinar dentro de todo el conjunto de condiciones que contribuyen a la producción de un resultado es a qué ámbito de competencia, a qué

ámbito de responsabilidad puede atribuirse la conducta o el deber de evitar un determinado resultado. Una vez que se ha delimitado el ámbito de competencia o el ámbito de responsabilidad, el segundo gran elemento en las estructuras de imputación del moderno derecho penal normativista, que ha evolucionado fundamentalmente desde hace dos décadas, es la de determinar si el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado: básicamente el elemento fundamental en esta estructura de imputación es la determinación de si el sujeto ha creado o no un riesgo permitido. Y en tercer lugar, una vez determinada que la conducta o un determinado resultado estaba dentro del ámbito de competencia o el ámbito de responsabilidad y una vez determinado que ese sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, hay que determinar si existe una relación de riesgo entre la conducta, entre el riesgo creado por el sujeto y el riesgo que finalmente se concreta en la producción del resultado.

Quisiera entrar entonces a explicarles muy brevemente como o en qué consisten estas modernas estructuras de imputación y cómo ustedes pueden aplicar estas modernas estructuras de imputación en el campo del derecho penal ambiental.

Empecemos entonces con el primer criterio supremamente importante en la moderna dogmática del derecho penal como es el de la delimitación de ámbitos de competencia. El concepto de delimitación de ámbitos de competencia es un elemento central en las estructuras de un moderno derecho penal normativista o funcionalista como se le denomina en muchos sectores. Quisiera tal vez explicar este concepto de delimitación de ámbitos de competencia y ámbitos de responsabilidad con dos ejemplos:

Hace algunos años, hace quizás no años, hace varias décadas, se presentó en Alemania un caso supremamente interesante, en el sur de Alemania cerca a una población de Múnich. Y en esa población de Múnich, aconteció que un joven de 27 o 28 años tuvo relaciones sexuales sin protección con una joven de 16 o 17 años. El joven de 27 o 28 años era un joven infectado de SIDA y le dice a su novia de 16 o 17 años que él era portador del SIDA y le explica a esa joven que tener relaciones sexuales con una persona infectada de SIDA, sin protección, implica un riesgo de contagio.

En ese caso la joven, menor de edad pero auto responsable, conociendo todas las consecuencias de tener las relaciones sexuales en esas condiciones

accede a tenerlas y se ve expuesta al contagio de SIDA. Si nosotros analizamos la conducta del joven desde el campo de una teoría naturalista del delito como la que imperó durante casi 200 años en el derecho penal moderno, uno encontraría que podría imputarle a ese joven un delito de tentativa de homicidio o podría imputarle unas lesiones personales. Si edificamos las estructuras de imputación sobre dos elementos que son causalidad y conocimiento, está claro que es una conducta causal las relaciones sexuales para la producción del daño y el joven conoce que con esa relación sin protección puede transmitir la enfermedad. Si nosotros imputamos sobre la dogmática tradicional de causalidad más conocimiento, le atribuiríamos un delito de tentativa de homicidio o al menos de lesiones personales.

Pero si edificamos las estructuras de imputación como hace el moderno derecho penal sobre la base de que no basta la relación de causalidad sino que lo importante es la delimitación de ámbitos de competencia o ámbitos de responsabilidad la solución del caso sería totalmente distinta. ¿Por qué? Porque en un moderno derecho penal normativista tenemos que precisar a qué ámbito de competencia está asignado el deber de evitar una determinada conducta o un determinado resultado. Y por esa razón se dice que el ámbito de competencia puede estar atribuido al autor o puede estar atribuido a la víctima, y en este caso se dice que la víctima es quien tiene la principal función de garante de protección de sus propios bienes jurídicos, quien tiene el principal deber de autoprotección de sus bienes jurídicos es la propia víctima. Entonces sobre este caso uno podría decir que el hecho no se adscribe al ámbito de competencia del autor sino que se adscribe al ámbito de competencia de la joven porque nos encontramos frente a lo que el moderno derecho penal con base en la moderna teoría de imputación objetiva denomina acciones a propio riesgo. Entonces en este caso basándonos en una delimitación de ámbitos de competencia el hecho le es adscribir al ámbito de competencia de la víctima entre comillas, porque ella ha actuado con una acción a propio riesgo. Y quisiera traerles otro caso para que entiendan un poco el concepto de delimitación de ámbitos de competencia y de responsabilidad.

Un médico cirujano practica una operación y en esa operación el cirujano opera con un bisturí que está infectado y por operar con un bisturí infectado, le ocasiona la muerte al paciente. Si nosotros entramos a analizar este hecho



desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva y empezamos con el primer elemento de estructura de imputación, que es la delimitación de ámbitos de competencia o de ámbitos de responsabilidad nos tenemos que preguntar dentro del equipo médico, dentro de la división de trabajo a qué ámbito de competencia o a qué ámbito de responsabilidad le estaba asignado el deber de desinfectar el bisturí. Si hacemos ese análisis desde esa perspectiva de imputación objetiva, nos daremos cuenta que en una división de trabajo al interior del equipo médico, el deber de desinfección del bisturí no le está asignado al médico sino que le está asignado a la instrumentadora.

Sobre esa base entonces uno podría decir que hay causalidad entre la conducta del médico y el resultado muerte producido porque es con ocasión de que el médico opera con un bisturí infectado, que se produce la muerte, pero esa relación de causalidad no es suficiente para la imputación de la conducta muerte, porque el deber de desinfección no está dentro del ámbito de competencia del cirujano sino que está dentro del ámbito de competencia de la instrumentadora. Tenemos entonces que hemos encontrado que en la moderna teoría normativista del delito o funcionalista del delito que es la que ha construido, la que ha hecho los grandes desarrollos de la moderna teoría de la imputación objetiva, el primer elemento fundamental para poder imputar una conducta o un resultado es determinar si esa conducta está o no dentro del ámbito de competencia o responsabilidad del autor. No es la determinación de relaciones causales lo que determina la imputación, sino que el primer elemento es la delimitación de ámbitos de competencia y ámbitos de responsabilidad.

La gran pregunta que surge entonces es: ¿cómo delimitamos ámbitos de competencia y ámbitos de responsabilidad al interior de una sociedad y al interior del derecho penal? Sin entrar en una disquisición larga, lo primero que debemos decir es que los ámbitos de competencia y de responsabilidad en el derecho penal moderno se determinan a través de la llamada teoría de las posiciones garante, que era un elemento fundamental exclusivo en los delitos de omisión, que era la base de las estructuras de imputación en los delitos de omisión; es actualmente en el derecho penal un elemento de imputación tanto en el delito de acción como en el delito de omisión. Sobre esa base tenemos entonces que el primer elemento para determinar ámbitos de competencia y responsabilidad, es el concepto de la generación de riesgos o de la generación de peligros.



El primer elemento entonces es la generación de riesgos para los bienes jurídicos. Quién crea un riesgo, quién crea un peligro para los bienes jurídicos, esa persona inmediatamente tiene unos deberes de seguridad en el trámite. Si se crea un riesgo para los bienes jurídicos inmediatamente surge para esa persona unos deberes de seguridad. Si alguien tiene una fábrica y con esa fábrica está creando peligros para los bienes jurídicos, pues a esa persona le surgen deberes de seguridad en el trámite. Si una persona o una institución tienen una producción de energía nuclear y está creando riesgos para los bienes jurídicos, inmediatamente surgen para esa persona deberes de seguridad en el trámite. Si alguien es propietario de una embarcación o de una compañía de producción de petróleo inmediatamente con el hecho de generar riesgos para los bienes jurídicos le surgen a esa persona deberes de seguridad en el trámite.

Es decir, la sociedad permite la creación de determinados riesgos para los bienes jurídicos, cuando se producen alimentos, cuando se fabrican automóviles, cuando se hace exploración nuclear, cuando se hace transporte masivo o exploración masiva de hidrocarburos, es permitido la creación de riesgos para los bienes jurídicos. Pero cuando se crea el riesgo surgen deberes de seguridad en el trámite. Quién crea el riesgo tiene el deber de asegurarlo.

Si yo tengo una barca o una gran empresa de transporte de hidrocarburos o si soy el propietario de los hidrocarburos que voy a transportar en el Mediterráneo o en el Caribe o en el mar del Norte, si bien la sociedad me permite la creación de esos riesgos, cuando se crean los riesgos surgen deberes de aseguramiento. El propietario de los hidrocarburos o de la fábrica tiene el deber de seguridad, es decir tomar medidas para evitar que la barca zozobre o que tenga un daño que implique un derrame de petróleo en el mar Caribe o en el Mediterráneo. En síntesis lo que quiero decir es que si bien hay una permisión del riesgo, estamos frente a una sociedad de riesgo, cuando se crea un riesgo surgen los llamados deberes de seguridad en el tráfico. Si yo tengo un perro en la casa, si tengo un cachorro bravo pues yo tengo deberes de seguridad, evitar que el perro se salga de la casa, de la finca y que le cause daños a terceros. No solo surgen deberes de seguridad en el tráfico y esto es muy importante la delimitación de ámbitos de competencia y ámbitos de responsabilidad, sino que quien crea el riesgo no solamente tiene deberes de seguridad sino que si el riesgo se externaliza y amenaza con causarles daño a terceros surgen los llamados deberes de salvamento.

Si tengo un perro en la casa, que es un perro bravo, tengo el deber de tomar medidas para evitar que muerda a terceros. Tengo que poner una cerca, unos avisos, pero si los deberes de seguridad fracasan y el peligro se externaliza y el instrumento amenaza con causarle daños a terceros, yo tengo deberes de salvamento. Es decir tengo deberes de salvamento, tengo que revocar el riesgo. Si se sale el perro tengo que ir en su búsqueda para evitar que muerda a un tercero, y si el perro muerde a un tercero y yo no llevo al peatón o al niño que fue mordido al hospital y se produce la muerte del niño o la muerte del peatón, porque yo no le presté ayuda, pues a mí me pueden imputar ese hecho como un homicidio culposo o doloso. Es decir, existen unos deberes de seguridad pero cuando fracasan los deberes de seguridad y el riesgo se externaliza, el primer deber que yo tengo es el de revocar el riesgo. O sea que si el riesgo se externaliza porque la barca se hunde y empieza el derrame de petróleo o porque fracasaron las medidas de seguridad en Chernobyl (antigua Unión Soviética) y amenazan con una expansión o una gran catástrofe nuclear, pues el deber que surge inmediatamente es el de revocar el riesgo.

Existen deberes de salvamento. Entonces podemos decir que como criterio de delimitación de ámbitos de competencia y ámbitos de responsabilidad, la generación de riesgos y peligros, el primer elemento o primer criterio para determinar si algo está dentro del ámbito de competencia o el ámbito de responsabilidad del autor, es el de determinar si esa persona ha generado o no ha generado un determinado riesgo. Entonces la generación de riesgos, la generación de peligros es el primer elemento para la delimitación de ámbitos de competencia y ámbitos de responsabilidad.

Si usted genera el riesgo, si usted genera el peligro tiene el deber de seguridad y si el riesgo se externaliza usted tiene que revocar el riesgo porque tiene deberes de salvamento. Pero dentro de estos elementos de delimitación de ámbitos de competencia y responsabilidad, no solamente la generación del riesgo implica atribuir al ámbito de responsabilidad de alguien una determinada conducta o un determinado resultado.

Existen casos en los cuales a pesar de que la persona no ha generado el riesgo, ni el peligro también tiene posiciones de garante y si el hecho se produce puede ser imputado al ámbito de responsabilidad de una persona. Es lo que se ha denominado la competencia institucional. En esos casos de la



denominada competencia institucional nos encontramos frente a casos en los cuales una persona no está generando el riesgo, no está generando el peligro por lo tanto no tiene deberes de seguridad propiamente, ni deberes de salvamento, pero resulta que tiene deberes de protección de bienes jurídicos ajenos.

Un miembro de la fuerza pública que ve que dos personas se están agrediendo frente a su cara y no actúa, esa persona puede tener posición de garante o podemos decir que ese miembro de la fuerza pública o que está dentro del ámbito de competencia o responsabilidad del miembro de la fuerza pública de evitar ese homicidio, ¿qué pasa si no lo evita y no ejerce sus deberes de protección? Él no está creando los riesgos, sin embargo en virtud de competencias institucionales le surgen deberes de protección y si no actúa se le puede imputar el daño ocasionado. O sea se le puede imputar el homicidio.

Hay un caso pero no voy a hacer mención por respeto a una decisión que está pendiente en la Corte Suprema de Justicia. Fue un caso de hace varios años en el que un miembro de la fuerza pública, un general de la república, estando dentro del ámbito de competencia y de sus deberes de protección no evitó que se produjeran unas graves violaciones a los derechos humanos, cuando el deber de protección de esa población cuando fue atacada por un grupo paramilitar. Por no haber actuado se produjeron graves violaciones a los derechos humanos como homicidios, desapariciones forzadas. Él no había creado el riesgo para los bienes jurídicos pero tenía un deber de protección de los bienes jurídicos y si no actuó se le puede imputar el hecho ocasionado por un tercero.

Entonces hay que mirar que el hecho no solo se le puede imputar al tercero que está creando el daño ambiental, sino que también se le puede imputar a aquellas personas que sin haber creado el riesgo, que sin tener deberes de seguridad o salvamento, si tenían unas competencias institucionales especiales de protección y no actuaron.

Concluyo entonces con la delimitación de ámbitos de competencia y de ámbitos de responsabilidad diciendo que en la actualidad ese es el primer elemento o la puerta de entrada dentro de las estructuras de imputación. No basta la determinación de una relación de causalidad, sino que lo primero que hay que entender es si ese hecho o esa conducta o se ese resultado estaba en el ámbito de competencia o responsabilidad de la persona y esos



ámbitos de competencia o responsabilidad se delimitan fundamentalmente a través de dos criterios:

O cuando alguien crea el riesgo para los bienes jurídicos o cuando una persona en virtud de competencias institucionales tiene deberes especiales de protección. Pero una vez delimitado si el hecho es si se puede adscribir o no, al ámbito de competencia o responsabilidad del autor. El otro elemento muy importante en la moderna teoría del derecho penal es demostrar que el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado.

¿Qué significa esto? Muchos elementos pero me quiero referir a específicamente a un desarrollo muy particular del riesgo jurídicamente desaprobado que es el llamado riesgo permitido: como todos ustedes lo saben hay estudios sociológicos muy importantes, por ejemplo Ulrich Beck en Alemania, que califica la sociedad moderna como sociedad de riesgo. Todo contacto en la vida social por más inocuo que parezca implica un riesgo para los bienes jurídicos. Cuando yo saludo a alguien o saludamos a alguien puede haber algún tipo de contagio. En Alemania se procesó a un estudiante universitario que llegó a clase con una gripa supremamente fuerte y contagió a todos los compañeros. Es decir, cada contacto en la vida social implica un riesgo para los bienes jurídicos.

En Alemania hubo un proceso muy famoso en el cual un sacerdote que estaba contagiado con viruela por prestar unas acciones de solidaridad, entra a un pabellón y contagia a los enfermos con una viruela que él contrajo en un viaje a la India o al África. Es decir en la vida social todo contacto implica un riesgo para otros bienes jurídicos y de ahí surge entonces la teoría del riesgo permitido. No es posible como lo hacía el antiguo derecho penal de entender el delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. El concepto tradicional y naturalista de derecho penal del siglo XIX y primeras décadas del XX fue entender que el delito era una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Ese no es el concepto moderno del derecho penal. El concepto moderno del derecho penal es la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que sea imputable.

Es decir que la actual sociedad no puede prohibir los peligros para los bienes jurídicos. Si existiera una prohibición general de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos nosotros no podríamos entender la sociedad moderna. Tendríamos que prohibir el transporte aéreo, el transporte terrestre, el



ferrocarril, la exploración nuclear, la exploración de hidrocarburos, la exploración masiva de alimentos, es decir no podríamos entender el concepto de la sociedad moderna.

Como no es posible una prohibición general de poner en peligro los bienes jurídicos ¿qué es lo que tiene que hacer la sociedad moderna? ponerle límites al peligro, ponerle límites al riesgo. Pero a pesar de que la sociedad ponga límites al peligro, a pesar de que la sociedad le ponga fronteras al peligro siempre va a haber un residuo de peligro que se escapa y que lesiona bienes jurídicos. Por más que se cumplan las normas de tráfico cabalmente, por más que se cumpla la *lex artis* en las actividades médicas, siempre va a existir una posibilidad de lesión para los bienes jurídicos. Pues bien, cuando a pesar de que se produzca una lesión para los bienes jurídicos, cuando se han observado todos los límites que le impone la sociedad al riesgo, y a pesar de observar los límites y las fronteras que la sociedad le pone al peligro, se crea una lesión para los bienes jurídicos. Si esa lesión se produce dentro de ese residuo que queda de limitaciones, estamos frente a un riesgo permitido.

Por razones de utilidad social ¿cómo se legitiman los riesgos? Hay criterios materiales de legitimación. El primer criterio material de legitimación de los riesgos es la utilidad. Si nosotros no tenemos en cuenta el criterio de utilidad para la legitimación material de los riesgos, no podríamos explicar la sociedad moderna que necesita producción masiva de alimentos. Hay riesgos que se legitiman históricamente por su inevitabilidad, toda operación médica inevitablemente implica un riesgo para los bienes jurídicos. Es decir nos encontramos frente a un caso en el cual el riesgo se permite, es decir sí a pesar de que usted observe los elementos y los límites del riesgo si usted observa las fronteras que la sociedad le pone al peligro y a pesar de eso se produce el daño, ese daño no es imputable porque se encuentra dentro del riesgo permitido. Si alguien, un médico opera y observa cabalmente las reglas del arte médico, la *lex artis*, y a pesar de eso el paciente se muere, hay una relación de causalidad pero la muerte no se le imputa al médico porque esa muerte está dentro del riesgo permitido.

Lo mismo sucede, es un elemento supremamente importante para determinar la imputación en materia penal en el daño ambiental. Porque la permisión de fábricas, la permisión de exploración de hidrocarburos, la permisión de muchas actividades industriales de por si van a crear lesiones



a los bienes jurídicos, van a causar daños a la salud, pero por qué todos esos daños o cuándo esos daños son imputables. No son imputables por el solo hecho de que se produzca el derrame de petróleo, no son solo imputables por el hecho de que se produzca un daño en la salud como consecuencia de la contaminación ambiental, es decir no son imputables por el solo hecho de la causalidad en el campo del derecho penal. Pero en el campo del derecho penal la sola causalidad no basta para la imputación del resultado. Se requiere que ese daño es imputable cuando es un daño que ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. El daño ambiental es imputable desde el punto de vista penal no por la sola causalidad sino cuando está creando un riesgo no permitido. O sea que cuando el daño ambiental se ocasiona dentro del riesgo permitido a pesar de la causalidad, a pesar del daño, ese daño desde el punto de vista penal no es imputable si ese daño está dentro del riesgo permitido.

Y la pregunta y con esto termino porque me he extendido mucho es la de ¿cuándo un daño ambiental es un daño que se encuentra dentro del riesgo permitido? Aquí no hay que hacer ninguna elaboración teórica extraordinaria para aplicarlo al daño ambiental sino que podemos trasladar todos los criterios generales de imputación del riesgo del derecho penal al daño ambiental.

¿Y cuáles son esos casos en los cuales un daño ambiental es un daño que a pesar de producir una lesión a bienes jurídicos está dentro de un riesgo permitido? En primer lugar cuando ese daño se produce a pesar de que la persona o la fábrica o quien crea el riesgo ha observado todos los reglamentos que expide la sociedad para la imputación de lesiones. Si a pesar de que un ciudadano o una empresa producen un daño ambiental observando los reglamentos que expiden las organizaciones competentes y jurídicas para evitar un daño, ese daño no es imputable desde el punto de vista del derecho penal.

Los reglamentos son una de las primeras formas que tiene la sociedad para evitar la lesión o puesta en peligro indebida de bienes jurídicos. Cuando en el tráfico automotor alguien ocasiona un accidente, pero el accidente se ocasiona a pesar de que el conductor ha observado todos los reglamentos del tráfico, el daño no se le imputa al conductor porque el conductor ha actuado dentro de un riesgo permitido. Es decir la primera forma de delimitar daños



y riesgos al interior de una sociedad, es a través de la prohibición abstracta de poner en peligro determinados bienes jurídicos. Los reglamentos que expiden las sociedades, el código de tránsito y transporte, los reglamentos de seguridad industrial, etc., están destinados a ponerle fronteras al peligro. Por lo tanto si una empresa a pesar de la observación de todos los reglamentos normativos produce un daño, ese daño no es imputable desde el punto de vista del derecho penal. Desconozco y no me atrevo a hacer una afirmación en este campo, por ejemplo en el tema de la responsabilidad extracontractual pero frente al derecho penal es absolutamente claro y creo que ese discurso es perfectamente trasladado al derecho administrativo sancionador.

El segundo elemento para determinar si una conducta está o no dentro del riesgo permitido, es determinar si se ha observado o no la norma técnica. Los riesgos no solamente se delimitan a través de normas jurídicas expedidas por el Estado sino que el concepto de normas técnicas, es decir las normas que se expiden al interior de una determinada agremiación, por ejemplo en Alemania es muy común que quienes delimiten el riesgo, no sea el Estado a través de normas jurídicas vinculantes, sino las mismas agremiaciones a través de la expedición de normas técnicas.

Normas técnicas para la calidad, la producción. Luego toda norma técnica que se expida al interior de una agremiación para evitar impactos ambientales, son normas técnicas que si se cumplen o más específicamente si es daño a pesar del cumplimiento de la norma técnica, no es imputable desde el punto de vista del derecho penal. Y hay un tercer elemento que es el concepto de *lex artis*, que es un concepto muy utilizado fundamentalmente en la actividad médica en la cual no existen reglamentos, ni normas técnicas en sentido de producción normativa de una agremiación, sino que son las normas del arte de cada profesión que se van legitimando históricamente. Típico caso es el de la responsabilidad médica. Y por último si no contamos con reglamentos, con normas técnicas, con riesgos legitimados históricamente, como el concepto de *lex artis*, hay que acudir al concepto de lo que (Claus) Roxin denomina la figura del modelo diferencial. Es decir, miremos si en el rol del autor esa persona cumplió con los deberes de diligencia y cuidado que eran exigibles. Si cumplió, no le es imputado el daño ambiental ocasionado.



Tenemos entonces que el primer elemento es la delimitación de ámbitos de competencia y responsabilidad. Que no basta con que exista una posición de garante, es decir que el hecho pueda adscribirse al ámbito de responsabilidad de alguien, sino que en segundo lugar, es necesario demostrar que el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, concepto de riesgo permitido. Pero en tercer lugar demostrados estos dos elementos para imputar penalmente, se requiere un tercer elemento que es una relación de riesgo. Es decir es necesario demostrar que el riesgo creado por el sujeto es el mismo riesgo que se concreta en la producción del resultado. No desde el punto de vista de la causalidad sino desde el punto de vista de la realización de riesgo.

Termino con un ejemplo: alguien en Alemania ocasionó un accidente de tránsito violando el reglamento y le produce una lesión leve a una persona y esa persona la internan con una lesión leve y resulta que por cierta circunstancia le pasan un alimento en la habitación, la enfermera. La persona se lo come y muere por asfixia porque se atraganta. Ahí uno diría que hay una relación de causalidad entre la conducta de la persona que ocasionó el accidente de tránsito y la muerte de esa persona desde un punto de vista de la equivalencia de condiciones. Pero no le podemos imputar el resultado muerte si hablamos o resolvemos esto en términos de relaciones de riesgo. El riesgo creado por el sujeto no es el mismo riesgo que se concreta en la producción del resultado.

Lo mismo pasa en los impactos ambientales. No basta con la delimitación de ámbitos de competencia, no basta con demostrar que el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que es necesario demostrar que el riesgo creado por el sujeto sea el mismo riesgo que se concreta en la producción del resultado.



Luz Elena Sarmiento Villamizar Ministra de Ambiente y Desarrollo Sostenible

La sociedad actual ha estado marcada profundamente por las consecuencias evidentes del deterioro del ambiente. Y en los últimos años como nunca se han evidenciado las afectaciones al bienestar de las comunidades y a la economía. Por lo anterior ha cobrado gran importancia el conocimiento de los costos de la degradación ambiental. Lo que esto ha ocasionado con el fin de fortalecer la acción del Gobierno Nacional y de las autoridades ambientales, en lo relacionado con la planificación, ordenación, administración eficiente de los recursos naturales y los servicios ambientales que los ecosistemas prestan a nuestra sociedad.

Para dar un ejemplo en Colombia en el 2010 y 2011 enfrentamos una ola invernal de magnitudes nunca antes vistas, que costó al país alrededor de 11 billones de pesos en estos dos años. El conocer este costo permitió al Gobierno Nacional tomar medidas inmediatas y establecer unos lineamientos estratégicos en el Plan Nacional de Desarrollo de este Gobierno para fortalecer la gestión ambiental hacia una gestión integral del recurso hídrico, el uso sostenible de la biodiversidad y los servicios ecosistémicos y una planificación sectorial más responsable con el ambiente.

Por lo anterior la valoración de los bienes y servicios ambientales así como el valor del costo de su deterioro quedó claramente establecida como una directriz y una necesidad para la generación de los elementos fundamentales en la instrumentación de la política nacional dirigida a la conservación y restauración de los recursos naturales. Por otra parte en el marco de la declaración de Río+20, el futuro que queremos, se definió que la economía verde será una de las herramientas para garantizar el desarrollo sostenible y en el contexto y reconocimiento y la estimación del valor del capital natural y su deterioro, se constituye en un tema de especial interés global. Para ello la disciplina de la economía ambiental ofrece metodologías hoy que permiten la estimación de los costos de dicha declaración partiendo del hecho de que a pesar de que los bienes y servicios ambientales son usados por la sociedad, son bienes que no son lanzados en el mercado de bienes y



servicios convencionales de la economía y por ende no cuentan con un precio en el mercado que permita evidenciar una gestión pública y privada, el papel fundamental que representan. Pero resalto que la biodiversidad y los recursos naturales no tienen un precio, pero si tienen un valor que podemos hacer visible con las metodologías de valoración económica ambiental.

Las aplicaciones metodológicas que permiten la asignación de un valor a los bienes ambientales y a los recursos naturales y el costo de su degradación ambiental se constituyen en sus referentes fundamentales, para los diferentes procesos en la toma de decisiones. Es de señalar que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en el marco de la función establecida en el artículo quinto de la Ley 99 del 93, expidió la resolución 1478 del 2003 mediante la cual adopta el documento técnico de metodología para la valoración económica de bienes, servicios ambientales y recursos naturales, con el fin de suministrar una guía en el uso de estas metodologías.

Es de mencionar que la aplicación de la valoración económica ambiental no constituye un fin en sí mismo. Es decir, no se trata solo de obtener una cifra sino que correctamente utilizada representa una poderosa herramienta para la toma de decisiones. Por otra parte en un contexto sectorial como el caso específico de la minería de carbón a cielo abierto en el departamento del César, este Ministerio ya ha desarrollado o implementado estas metodologías de valoración. Se realizó el estudio de valoración económica de las externalidades de la zona carbonífera del departamento del César, que comprende varios municipios. Esto permitió analizar de manera más profunda algunos puntos en materia del licenciamiento ambiental especialmente en lo que se refiere a las inversiones en los planes de manejo y que tanto dichas inversiones retribuyen los costos de los impactos ambientales en la minería de carbón.

Este estudio permitió dar orientaciones para fortalecer los estudios de impacto ambiental, incorporando por primera vez la evaluación económica de los impactos ambientales, lo cual se constituye hoy en uno de los criterios de evaluación del proceso de licenciamiento ambiental. Debo también señalar que recientes desarrollos conceptuales del valor de los servicios ecosistémicos liderados por la academia nacional y desde lo público por el Instituto Humboldt, ha tomado una nueva dimensión que trasciende más allá del valor económico en términos monetarios, hacia la integración del mismo



con otro tipo de valores como los biofísicos, culturales y sociales que de manera complementaria, como valor económico monetario, captura de una forma más completa la percepción que las comunidades tienen frente a los servicios ecosistémicos que el medio natural provee.

Por ende se hace necesario contar con metodologías que aborden de una manera holística, pero ajustada a la realidad, la valoración de los bienes y servicios ambientales y con ello lograr un mayor conocimiento sobre la incidencia de los mismos en el bienestar humano.

Por lo anterior, no se pretende fortalecer los procesos de toma de decisiones, ni la planificación ambiental del territorio, y la gestión ambiental hace una conservación y un uso sostenible de los ecosistemas a través de su inoculación en los diferentes instrumentos de planificación del territorio existente.

Por otro lado es importante resaltar que estamos trabajando en conjunto, el Ministerio, el Dane, el Departamento Nacional de Planeación, la Contraloría General y muy de la mano con la Procuraduría General, en el marco de la iniciativa “Contabilidad de la riqueza para la valoración de los servicios ecosistemas”, liderada también por el Banco Mundial, y de la cual nuestro país constituye uno de los tres casos piloto.

Iniciativa que está orientada a incorporar el valor de los servicios ambientales, dentro de las cuentas nacionales como una estrategia para medir y hacer seguimiento al valor del patrimonio natural de la región y su aporte de crecimiento económico del país.

Yo quiero hacer un pare en el tema ya propio del discurso que tenemos para darle ya una visión más como Ministra de Ambiente y Desarrollo Sostenible y con lo que está pasando hoy con los páramos y la delimitación de los mismos. ¿Cuál ha sido la devolución de la responsabilidad de nosotros o del país o los países de estas valoraciones económicas? Desde siempre hemos creído que el ambiente es un derecho natural, es un derecho que tenemos desde que nacemos, hasta que morimos. Más adelante se empezó a hablar del daño ambiental de los deberes de los particulares especialmente de las empresas, del deber del otro y la valoración como les digo del daño.

Empezamos como decía y me fijé mucho en la exposición del Dr. Eduardo Montealegre en la delimitación de los ámbitos de las competencias y el



ámbito de las responsabilidades, pero de los terceros. Siempre de los terceros. La valoración ambiental como delito ¿Qué deterioró? ¿Cuánto tiene que pagar? ¿Cuánto tiene que invertir o compensar? Y esto pues lo explicó el señor Fiscal que de una manera providencial nos mostró todo el derecho penal aplicado al tema ambiental. Hoy seguimos con la convicción conveniente del derecho a un ambiente sano y si vemos digamos que el 90% de las noticias o de las acciones, que se desempeñan digamos en el lado conservacionista, se basan en la denuncia y la satanización de ciertos sectores.

El ambiente sano seguramente considerándolo un derecho sin responsabilidad personal, sin una responsabilidad expresa y real en lo ambiental como dijo el señor Fiscal, quien crea el riesgo tiene el deber de asegurar y tomar medidas que garanticen el recurso. Y siempre lo estamos viendo y lo hemos seguido viendo como que esa debe ser la garantía solamente de las empresas o de los sujetos que podemos demandar y poder hacer que paguen. Queremos seguir en la zona de confort, esa zona de confort significa seguir pensando en que la obligación frente a la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente, es de otros. Son de los colectivos, pero principalmente que esa obligación es del Estado, de solamente lo público y nosotros siempre hemos tenido un problema con lo público y es que creemos que lo público se tiene que caracterizar y no hace parte de mí. Yo hago parte del público, cada persona hace parte del público, y le conviene que lo público funcione.

Lo público no es solamente el Estado como tal. Primeramente es un bien público. No sé si desde la parte jurídica sea así, pero lo hablo desde un bien común. El ambiente siempre creemos que es una obligación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, o como pasó en la ola invernal, que los culpables fueron las CAR (Corporaciones Autónomas Regionales).

Nunca nos pusimos a pensar qué sí pudimos hacer o qué hicimos individualmente o como comunidad para preservarlo y mejorarlo. Puedo decir que hoy el derecho y la parte digamos jurídica penal, hoy somos muy fuertes, en sancionatorio en elaboración de daños, hemos incrementado sancionatorios.

Yo le decía hace poco a unos periodistas en el Ministerio, “en los últimos 3 años hemos aumentado un 400% los sancionatorios frente a los 17 años



anteriores”. Eso está bien, yo creo que es importante que el sancionatorio se mantenga, que el Ministerio se mantenga y las corporaciones muy fuertes frente a los delitos ambientales y al seguimiento. Pero yo me hago la pregunta y les hago la pregunta: este fortalecimiento de la parte penal o de la aplicación de la parte penal o del sancionatorio como tal o de haber incrementado las multas, que hoy son bastante fuertes, si van a haber multas ejemplares ya hay multas ejemplares en este último año, no solo por parte del Ministerio sino por parte de las corporaciones, entonces vuelvo a la pregunta:

¿Ha sido suficiente este tema penal o este sancionatorio para conservar el ambiente? ¿Es la única herramienta que nosotros tenemos como Estado o como personas para cuidar y mejorar el ambiente?

La respuesta es NO, porque hoy estamos viendo un medio ambiente cada día más deteriorado. Así que prohibir las actividades o satanizarlas, digamos que ir en contra de un desarrollo sostenible, de un desarrollo a cualquier precio, no es la solución, no dejar de hacer una actividad a veces puede ser más perjudicial que dejarla de hacer, como tal. Hablemos de desarrollo sostenible. Entra dentro de una frase que tomó también del señor Fiscal: es limitar el riesgo y ponerle planes de contingencia, es limitar el riesgo pero a esos ambientes grandes, a esas empresas grandes, a esas actividades grandes o pequeñas que son reguladas por nosotros es mucho más fácil limitarles el riesgo, es mucho más fácil que si se salen, sancionarlos. Pero que pasa con el día a día de nosotros. Ahora hablemos de los servicios ecosistémicos o de los servicios como tal: el servicio de salud, el servicio bancario, el servicio de la educación. Todos estamos dispuestos a pagar por ello y hoy escuchando a mis antecesores yo me preguntaba que sin el agua, sin el recurso hídrico garantizado en cantidad y calidad sin el recurso aire garantizado en calidad y cantidad ¿tendríamos alguna oportunidad de pagar servicios de educación salud o el servicio bancario? Yo creo que esos son servicios fundamentales para la vida, los servicios iniciales.

¿Qué son los servicios ecosistémicos? El servicio ecosistémico es el servicio que los ecosistemas estratégicos, como este caso los páramos, los humedales, nos prestan a cada uno para vivir.

Entonces nosotros queremos que estos ecosistemas estén prístinos, que no toquemos los páramos, no toquemos los humedales, que no se acerque



ninguna actividad antrópica que los pueda dañar. Yo estoy de acuerdo: los páramos no se deben tocar, los páramos se deben conservar porque nos prestan, uno de los servicios ecosistémicos fundamentales para cada uno de nosotros que es el agua.

Pero siempre de eso nosotros sí estamos convencidos, tanto ustedes como nosotros como Gobierno, como los entes de control también. Pero lo que nunca llegamos a adentrarnos por seguir en la zona de confort, y por estar en un poco en esa relación hipócrita con el medio ambiente de que es importante pero yo qué hago por él. No hago mucho por él. Entonces en ese punto nosotros invisibilizamos a los que están allá invisibilizamos, como decía el Director de Cornare, al campesino que le tocó por herencia, por desplazamiento, por cualquier cosa, tener un pedazo de tierra de la zona del páramo. Si como dice la ley alguien me preguntaba “¿Por qué no salió a mostrarle la línea el sábado de la delimitación, si ya la tiene hecha? Si yo saco hoy esa línea, sencillamente por el Decreto 20 nosotros tenemos inmediatamente, entran a ser generales los campesinos y pequeños mineros que están en ese páramo. Entonces van a ser otros desplazados, pues yo como Estado tengo la obligación de comprarles en ese periodo de cinco años, (pero si ya voy a esperar que tenga que comprarles hoy mismo, básicamente). Por lo que yo le compro a un campesino de esos, según lo establecido por catastro, su hectárea que valga un millón, un páramo en Subachoque por ejemplo ¿ustedes creen que ese campesino va a comprar con un millón cerca a Subachoque? Una hectárea cerca a Subachoque vale \$150 millones.

¿Qué va a hacer ese campesino? Tratar de sobrevivir uno o dos meses con el millón de pesos que yo le pago e ir a engrosar de las filas de la pobreza cerca, en Bogotá, un desplazado más.

Entonces yo creo que en el tema del pago de servicios ambientales tenemos que ser todos conscientes de que es un servicio que nos prestan a cada uno de nosotros. Para la nación y lo decía también el Director de Cornare no es un negocio, ni es efectivo porque lo que hemos visto en los parques nacionales, que si compramos tierra, que el Estado va acumulando tierra en esta zona, no podemos cuidarlo efectivamente porque no tendríamos la gente suficiente, ni el dinero suficiente para hacerlo directamente. Y el cuidado efectivo del ecosistema tampoco se está dando. Cada día digamos hay más



deterioro porque estamos sacando a los que de una u otra forma, como ellos dicen, siembran páramos.

La propuesta o lo que se va a implantar, no a implantar porque ya está en un decreto ley, es el pago por servicios ambientales. Hoy me preguntaban en la radio: “¿eso significa que es un impuesto más?”. No es un impuesto más, es sencillamente estandarizar y primero alargar el tiempo, no es que le vaya a pagar cinco años y después lo sacó de su tierra. Tenemos que modificar jurídicamente esa parte, para que ellos puedan seguir en sus tierras. Nosotros no vamos a ser como Gobierno quien desplace a estos campesinos. Y segundo es que la actividad de conservación, conservar no es una tarea fácil, es que alguien esté pendiente de que el frailejón este creciendo, de que el agua por donde está corriendo tiene que hacerle limpieza, a los canales, conservar los corredores de conexión, es un trabajo común y corriente. Un trabajo que hasta hoy ellos han combinado con sembrar papa. O hacer una minería pequeña o sembrar cebolla como en el caso de la zona de Santurbán es reconvertir ese tema a que la actividad de conservación se convierta en una actividad económica.

¿De dónde salen los recursos? No son más subsidios en este caso. Es ese 1% del que hablábamos, que ya está establecido, que se invierte en la compra de predios o en los programas que hacen las corporaciones, y puede ser que por vía de tarifa, puede garantizar que estos campesinos que siempre hemos invisibilizado y que siempre nos han garantizado el recurso hídrico a nosotros, que yo decía hace poco, yo soy Bumanguesa. Santurbán cobró importancia hace 10 años o 15 años. Antes a uno de bumangués le decían: “vengase a California” y uno decía: “Uy sí, allá matan gente” y es durísimo. Y de allá baja la cebolla y baja el oro. Pero que fuera el agua, que fuera el páramo, entonces tenemos que conservar el medio ambiente pero eso tiene un costo.

Ya el gran grueso del recurso ya está establecido y ya se está cobrando a las grandes empresas, a los acueductos. Pero lo que les quiero decir es que la valoración de los costos ambientales no es solamente para los que tienen los grandes empréstitos. Nosotros tenemos que pagar y es un pago mínimo, frente a lo que recibimos y frente a lo que significa los servicios ecosistémicos para la vida de nosotros. Es un pago mínimo frente a todos los



beneficios que recibimos. Y es no invisibilizarlos, o mandarlos a la miseria a ellos que son los guardianes de nuestra zona.

Los resultados grandes que vamos a tener realmente esto es un acto de formación que Colombia sería un piloto. Aquí en Cornare tenemos unos ejemplos pero son de buena voluntad de unas empresas, el medio ambiente digamos es de voluntad, porque el agua no dice: “no es que yo hoy no bajo”, o es “que no se la voy a mantener hoy”. El páramo la tiene que conservar. Es un cambio realmente fundamental y estratégico, es un cambio en la estructura del sistema ambiental. Es por primera vez garantizar no por voluntad o porque es que yo me lo merezco desde que nació. Es estructural que alguien sí lo cuide, pero ese que lo cuida tiene un costo y se le paga.

Ese campesino va a recibir un poco más de lo que hoy gana con los cultivos, y esa actividad va a ser tan rentable que muchos van a querer conservar. Pero el ecosistema es uno, y no piensen que por eso se van a llenar los páramos de gente, no. Los pagos y el monto ya están establecidos en este 1%, por lo menos. Es como tener una torta: si hay 100 hoy y si usted deja meter 1000 le toca un pedacito más pequeño. El pago siempre tiene que ir ligado al tema de área, y lo otro para desincentivar que vayan a entrar en este momento en los páramos, mientras se define el mecanismo, es el que hoy tenga el páramo conservado va a recibir más que el que hoy tenga el cultivo, mientras se transforme a indicadores de calidad que vamos a seguir.

Entonces yo como Ministra creo que este es un cambio estructural y vamos a garantizar realmente de manera sostenible la conservación de los ecosistemas estratégicos en el país. Vamos a fortalecer unas comunidades que tenemos en las áreas y dar la relevancia a los que cuidan el páramo y vamos a salir de que la valoración de los costos ambientales solamente es por castigo, sino es por motivación e incentivo.

Enrique Gil Botero

Magistrado del Consejo de Estado

El tema que se me ha asignado básicamente tiene una particularidad y es tratar de hacer el análisis de lo que genera el cambio de la responsabilidad patrimonial por daño ambiental. Realmente para hacer un análisis en esta materia se requiere asumir en primer lugar un concepto propio de lo que es medio ambiente y en virtud de ello podemos establecer o tratar de dar respuesta a una primera pregunta: ¿qué se repara? Y después en orden de importancia de acuerdo a esas posibilidades vemos la necesidad de pedir la protección frente a un derecho colectivo, ofreciendo una segunda respuesta al interrogante ¿a quién se repara? Y por último pues si vemos a quién se repara, tendremos que mirar allí realmente aspectos interesantes sobre la naturaleza del derecho colectivo, el carácter difuso y llegar a la conclusión de que en este momento, en este tópico, es necesario replantear la tradicional noción de derecho subjetivo como quiera que la tensión al surgimiento de los derechos colectivos, se ha presentado una fisura en el campo de la comprensión e igualmente en esta materia específica igualmente vamos a encontrar una problemática frente al requisito de legitimación en la causa, porque se exige en los tradicionales procesos de responsabilidad.

Las razones que justifican que alguien tenga que indemnizar nos va a llevar a otra pregunta ¿por qué se repara? Es indispensable en este campo partir de una premisa básica en materia del daño ambiental y que es el principal problema que enfrenta la temática por una razón clara y es por la dificultad de la imputación. Allí en ese contexto de la imputación vamos a encontrar que hay variantes de naturaleza jurídica de naturaleza política y de naturaleza sociológica que han identificado lo que el señor Fiscal denominaba como la sociedad de riesgo. Entonces esto implica que se deban abordar principios que responden a un modelo de sociedad planteado en el presente y entre esos principios está uno que es bacilar y es el principio de precaución. Para derrotar qué posiciones, qué decisiones se deben asumir y allí frente a ese principio de precaución, vamos a encontrar un alto componente de incertidumbre lo que de entrada amplia el concepto de daño



no solo a la lesión efectiva de un derecho sino que igualmente esa noción de daño en materia ambiental, se va a extender o elongar a la situación de puesta en peligro de un bien jurídico.

En este entendimiento se ha renunciado o debemos renunciar en principio al tradicional esquema de la responsabilidad subjetiva y señalar que hemos pasado a un modelo de responsabilidad objetiva, totalmente. No se puede compartir perfectamente, como trataré de demostrarlo, aunque cada vez en virtud de la sociedad de riesgo y de la naturaleza del tema se va ampliando como dice algún autor, que será la responsabilidad objetiva de una manera imparable como mancha de la selva.

En ese entendimiento entramos en otra pregunta: ¿cómo se repara? Y aquí en el cómo se repara se hace énfasis en los poderes oficiosos que en esta materia tiene el juez colombiano y dos premisas básicas son defendidas:

1. La acción procesal idónea o expedita es precisamente la que permite poner en juego la reparación o el manejo del derecho colectivo al medio ambiente.
2. Y frente al establecimiento de la protección de ese derecho colectivo en el plano constitucional, vamos a encontrar que precisamente el juez administrativo tiene una mayor capacidad decisoria, pues no está frente a un listado cerrado de opciones o de mandatos en la sentencia.

Y vemos dentro del campo de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, como hoy verbi gracia frente a acciones como la del Hilton, que se apropió de playas que pertenecían a la nación, el Consejo de Estado de manera ingeniosa ordenó que el mismo terreno que fue arrebatado al mar, 27.000 metros (4 cuadras) deben ser reintegrados a la nación a través de un parque que debe construir esa cadena hotelera, sostenerlo por 30 años que viene disfrutando, lo que pertenecía a todos los colombianos.

Así mismo en el entendimiento del colapso sanitario que se generó con la violación al derecho colectivo en el caso del relleno sanitario Doña Juana, donde en vías de experimentación y compactación de materias solidas de residuos orgánicos, residuos de toda naturaleza, se produjo un desplome de un millón 200 mil toneladas, que generaron lixiviados que contaminaron y ocasionaron el cierre del río Tunjuelito, el represamiento y que obligó a una emergencia sanitaria, el Consejo de Estado precisamente protegiendo



derechos colectivos al medio ambiente, logró por visa expansiva y por conexidad, llegar a derechos subjetivos de las 70.000 personas circundantes en esa área.

O sea que en el campo de la posibilidad que existe para efectos de reparación del daño ambiental tenemos que hay una serie de particularidades. El primer presupuesto de la responsabilidad extracontractual es el daño antijurídico. La noción tradicional de daño como el quebrantamiento a un derecho subjetivo ha sido desbordada por realidades de una sociedad como la nuestra que va más allá a la existencia de situaciones que aunque no sean derechos subjetivos, reclaman y requieren ser indemnizadas. Y por eso se llegó a la noción de interés legítimo e igualmente se ha señalado en virtud del Artículo 90, un concepto bien interesante que tiene que ver con una noción porque este concepto de daño antijurídico fue traído del derecho español y precisamente el concepto técnico jurídico de lesiones así.

En el campo específico de la responsabilidad ambiental tenemos que preguntarnos cuál es el concepto o el alcance del concepto medio ambiente porque de la respuesta que se dé al concepto de medio ambiente puede establecerse con exactitud, el contenido de aquel que las normas constitucionales y legales protegen. O sea a través de eso podemos establecer la delimitación de la naturaleza de este derecho de tercera generación y la determinación de cuándo el resultado de una actuación o una omisión administrativa se torna antijurídico generando el deber de responder.

Esta primera premisa no constituye una labor fácil toda vez que la única manera de determinar en qué se repara va a ser a través de esa respuesta. De igual modo se hace inevitable el concepto que se asuma porque allí habrá que hacer una ponderación del aspecto económico y la necesidad de preservación de ciertos elementos. La Carta Política en el Artículo 79 señala que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano elevando a rango de constitucionalidad aquello que ya se encontraba consagrado en el Código de Recursos Naturales e igualmente reiterado en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

No se ofrece en este paso normativas sobre estas disposiciones, una definición sobre el tópico sino que simple y llanamente se establece una garantía dejando en manos del operador jurídico la precisión de un concepto que se va delimitando en la medida en que se presenten los casos y entonces



vemos que frente a una norma de textura abierta, se va a ir contrastando frente a supuestos fácticos para poder hacer una construcción general de ese punto. Hay quienes identifican el medio ambiente con la calidad de vida de forma tal que en la noción no solo se incluye la protección de los denominados recursos naturales, sino también aspectos relativos a la alimentación, al consumidor en general, al valor de los órganos humanos, al derecho, etc. Realmente yo no comparto esa definición por ser una definición demasiado extensa, y no dar sustantividad a aquello que pretende definir. Muchos de los aspectos que se tratan de incluir en ese concepto, realmente constituyen bienes jurídicos independientes que tienen mecanismos procesales autónomos para su defensa. Cosa diferente es que lo ambiental se caracteriza por la transversalidad. Eso no es lo mismo, que lo que acabo de enunciar y se trata precisamente de una transversalidad como quiera que es un concepto complejo y polifacético. Es inevitable que interactúe en otros sectores regulados por el derecho como el urbanismo, la actividad minera, etc.

Pero una cosa es la transversalidad y otra es una ampliación tan desmesurada, que realmente el concepto a definir pierde sustantividad. Un aspecto que resulta de utilidad es señalar que el derecho al medio ambiente sano o adecuado garantiza la calidad de vida y yo creo que esto tiene una *sindéresis* y una filosofía que no hemos captado. Cuando se dice que el derecho a un ambiente sano garantiza la calidad de vida, lo que estamos señalando es un concepto jurídico indeterminado que está presente en cada uno de las manifestaciones de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y que en mi concepto puede sustituirse por el principio bacilar de dignidad humana.

Al constituir éste, el núcleo sobre el que se moldea el estado social de derecho y de servir de fundamento y finalidad a cada uno de los valores y principios que forman la dogmática y la parte fundamental de la Constitución. Y esa dignidad humana que pone al hombre en el centro del ordenamiento jurídico así como lo advirtió aquel gran sofista en el momento más esplendoroso del iluminismo griego, Protágoras de Artea, cuando señaló que “el hombre es la medida de todas las cosas”. La concepción de los griegos del *homo mensura* de lo que es y de lo que no es, ha permitido veinticinco siglos después, irradiar las constituciones contemporáneas bajo un principio rector e informador que es la dignidad. Y esa dignidad como un *prius* del



ordenamiento jurídico, como un dato objetivo, como un principio y valor que no requiere de reconocimiento, porque antecede a la legislación misma, es lo que va a permitir una visión antropocéntrica y una concepción *kantiana* como es la nuestra.

Cualquier construcción que se ofrezca del derecho al medio ambiente debe tener en cuenta que así como es necesario reconocer en cabeza del individuo un espacio de autodeterminación, también es indispensable incluirlo en un ámbito colectivo, en el que su individualidad se mantiene pero se adecúa a una visión comunitaria en la que se ubica como parte integral de un todo y en la que toma decisiones, debe tener en cuenta los posibles efectos que pueden llegar a recaer sobre el conjunto.

Si se adopta esta faceta de la dignidad humana, no solo se empieza a dar sustantividad al medio ambiente como derecho, sino que además se singulariza frente a otros bienes jurídicos. Aunado a lo anterior una concepción del medio ambiente siempre debe partir de la necesidad de regular actividades humanas porque solo así es posible delimitar los contornos del derecho. Y el primero de ellos es quien despliega acciones sobre los recursos naturales tiene un deber de preservación y por tanto se convierte en el extremo pasivo de la garantía reconocida. En segundo lugar, la determinación de cuáles acciones están prohibidas o cuáles son los límites que se imponen a aquellas que son permitidas. Y en tercer lugar, la precisión del afectado cuando las condiciones económicas varían y por ende el sujeto activo que puede reclamar su protección y de ser el caso la reparación de los perjuicios, que pueden llegar a ocasionarse. Esos tres extremos están delimitando algo tan claro como los elementos de la responsabilidad.

Por otro lado se intenta o se puede intentar elaborar un concepto de medio ambiente buscando apoyo en la ecología y señalar que el objeto del derecho, es la protección del entorno del ser humano. Así las cosas al titular de la garantía se le reconoce la posibilidad de exigir el mantenimiento de dicho entorno y por ello puede oponerse a cualquier actividad que conlleve una alteración del mismo. De allí que de la definición ofrecida puede deducirse un contenido positivo del derecho. El medio ambiente se identifica con el concepto de ecosistema. Cada uno de los llamados recursos naturales renovables o no renovables, son un componente del derecho. De aquí que no



sea posible su regulación aislada. Buscan solo un objetivo: que los impactos negativos que se generen por la actividad humana, sean mitigables.

En este orden, vamos a encontrar un aspecto que es un primer instrumento y que se refiere a la aplicación en esta temática y que realmente te obliga a hacer un paréntesis frente a lo que es el desarrollo del principio de imputación, el principio de precaución, en atención a las dificultades que se han generado en el derecho colombiano al confundirlo con el principio de prevención. En este entendimiento aun cuando se trata de un instituto propio del lugar administrativo, la indebida utilización del principio de precaución, puede conllevar a la declaratoria de responsabilidad del Estado. Se trata de una de las manifestaciones más importantes del derecho administrativo en la sociedad de riesgo y además coloca de presente uno de los problemas más graves de la responsabilidad extracontractual, frente a actos administrativos ilegales que pretenden proteger el entorno natural como derecho de tercera generación.

¿Es posible en ese entorno de decisiones administrativas legales, imputar responsabilidad a la autoridad administrativa? La respuesta es la que nos ubica en la frontera entre lo cautelar y resarcitorio y deja entrever la preferencia cada vez más creciente, por la utilización de regímenes de imputación objetiva en materia ambiental. ¿Y cuáles son las implicaciones de responsabilidad que se pueden derivar de ese principio de precaución? Sabemos hoy que la interacción existente entre derecho y ciencia resulta clara y tiene unas consecuencias frente a las diferentes alternativas que pueden desprenderse de la tecnología, y por eso el primer aspecto que el ordenamiento jurídico entra a solucionar, es el referente a la obligatoriedad de analizar todas las variables que pueden presentarse para enfrentar el riesgo y la incertidumbre y las consecuencias que de ella puedan derivarse.

En materia ambiental si existe aunque sea una posibilidad de un daño grave, la recomendación más aconsejable es proceder con precaución. Ello implica prohibir una actividad, que una actividad se lleve a cabo, pues en el caso de que ya se esté adelantando, suspenderla. La precaución es una repuesta al denominado principio de dilación, según el cual ante la existencia de duda científica lo recomendable es esperar por una mejor valoración de la aplicación tecnológica.

Ya Karl Popper en esa magnífica conferencia que da en la Universidad Complutense de Madrid cuando se le otorga el título *honoris causa* habla precisamente sobre el conocimiento de la ignorancia, para señalar aquí la problemática de la incertidumbre y la paradoja del conocimiento y del riesgo. Entre más avanzamos y entre el progreso y la inteligencia conquistan fronteras inimaginables en una progresión geométrica, se abren compuertas de incertidumbre. Y en ese entendimiento la ciencia se somete al debate público y se vincula con la idea de solidaridad, responsabilidad colectiva, como quiere que en su seno se dan interacciones complejas y no se desarrollan procesos lineales en esa visión uniforme que dio origen a la crisis del dogma causal y que en el campo de las ciencias de la naturaleza, posibilitó que el universo en atención a la naturaleza dual de la materia (partícula y energía) y a las relaciones de imprecisión advertidas por la mecánica y la física cuántica, se pudo establecer el no funcionamiento lineal del universo e igualmente se advierte la crisis al dogma causado que va a dar como consecuencia en el campo del derecho, y específicamente en el de la responsabilidad médica, el deber de cuidado y la verificación objetiva como elementos e instrumentos a efectos de comprender y resolver la tipicidad de los asuntos en materia de responsabilidad punitiva de los galenos.

El estudio del principio de precaución se justifica toda vez que se trata de uno de los instrumentos administrativos más novedosos y de mayor utilidad para evitar la generación de daños ecológicos puros. Adicionalmente la temática se enlaza con la responsabilidad extracontractual en el campo que nos interesa con dos supuestos.

1. La adopción ilegal de decisiones administrativas y la posibilidad de pretender ante la justicia, el restablecimiento de los daños o de los derechos conculcados por la reparación del daño, en atención a decisiones o actos administrativos ilegales.
2. La generación de responsabilidad cuando la medida se asume en sede administrativa y es una medida legal que tiene potencialidad de lesionar derechos como la propiedad o la libertad de empresa.

Miren ustedes que aquí encontramos una situación diametralmente opuesta frente a la primera donde el daño proviene de la ilegalidad de un acto, pero aquí en este otro supuesto advertimos que puede darse una afectación y una lesión frente a un acto que es completamente legítimo.



El contexto descrito genera la respuesta de la ciencia jurídica, la cual frente al reto que plantea la gestión de los riesgos derivados de la ciencia y la tecnología ¿optó por qué? Por la consagración del principio de precaución como un mecanismo novedoso que busca ser la respuesta a aquellas actividades respecto de las cuales no pueden predicarse por completo la certeza, los posibles efectos negativos que se puede causar en el medio ambiente o en la salud a mediano o largo plazo. El origen del principio de precaución no puede precisarse con exactitud. Sin embargo hay claridad que fue en los años los años setenta del siglo pasado específicamente en Alemania, donde en efecto, en atención a daños ambientales en ese país, se consagró la precaución como un principio fundamental de cautela, conectándolo con la idea de prevención. En Alemania el objetivo fue el de evitar los daños medio ambientales y para ello se acudió a la necesidad de planificación y anticipación, posibilitando de este modo si la ausencia de regulación, daba cabida a riesgos inciertos y con niveles de gravedad a la intervención a la autoridad. En el ámbito internacional el principio de precaución toma forma en la declaración sobre medio ambiente celebrada en Rio de Janeiro en 1992, donde con una claridad sorprendente se dijo: “cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Miren ustedes que en Colombia igualmente ese principio de precaución se incorporó en varias disposiciones de la Ley 99 de 1993, entre ellos en el numeral primero del artículo primero, en el numeral sexto, en el artículo quinto, etc.

En iguales términos el principio de precaución es consagrado en el artículo tercero de la Ley 164 del 94 en virtud de la cual se aprobó la Convención marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático hecha en Nueva York el 9 de mayo 1992. Y no se diga nada más en el campo constitucional donde el juez constitucional precisamente ha encontrado como fundamento de principio de precaución los artículos 77, 78 y 80 de la Carta Política. Las anteriores normas atan el principio de precaución a los deberes y obligaciones medio ambientales consagradas en la Constitución. El ordenamiento jurídico colombiano ha optado por reconocer que las herramientas de intervención que se enmarcan en la clásica función de

policía administrativa, no constituyen una respuesta adecuada ante los riesgos que en la actualidad debe enfrentar el medio ambiente.

Miren qué belleza. Las clásicas funciones de policía administrativa se han manifestado insuficientes o inocuas frente a la materialización en el tema del principio de precaución. Y vemos aquí si bien el Estado cumple una importante labor de función de policía, ello va atado más bien al principio de prevención, no al principio de precaución. Prevenir resulta mejor que lamentar la generación de un daño, que además de ser irreversible puede ser incontenible, pues los ecosistemas son interdependientes entre sí y cualquier afectación que sobre los mismos se produzca suele tener un carácter desencadenante como quiera que la interacción entre ellos, no conoce fronteras. El principio de precaución se caracteriza porque su ámbito de aplicación se extiende mucho más allá de los riesgos a corto plazo. De hecho el mediano y el largo plazo son factores que precisamente aumentan esa posibilidad. Adicionalmente la incertidumbre científica sobre el riesgo ecológico, constituye un presupuesto básico de aplicación o lo que es igual: si existe certeza sobre la probabilidad de generación de un daño, no es posible hablar de cautela, sino de prevención. Se trata pues de una institución que se justifica, porque intenta evitar riesgos graves e irreversibles. La precaución es un principio de interpretación jurídica y de actuación administrativa, cuyo fundamento puede encontrarse en la prudencia aristotélica. Se trata de un criterio legitimador de las decisiones que asumen las autoridades administrativas, ambientales, toda vez que conlleva a una excepción a la legislación aplicable con la correspondiente limitación o denegación de derechos e intereses individuales.

El principio de precaución se materializa a través de la toma de decisiones por parte de las autoridades administrativas, que ordenan la inacción cuando no existen pruebas científicas sobre las potencialidades de generación de riesgo de una actividad o cuando dichas pruebas no despejan las dudas respecto del posible acaecimiento de un hecho dañoso. Por tanto hablar de precaución conlleva la necesidad de hablar de interdisciplinaridad. La precaución se aplica cuando la información científica es insuficiente, no concluyente o incierta o cuando existe sospecha de efectos potencialmente peligrosos con un nivel de protección determinado. Los elementos constitutivos del principio de precaución simplemente y llanamente trataré de enunciarlos algunos muy rápidamente porque son:

1. La necesidad de identificar riesgos que sean potencialmente negativos.
2. No se debe tratar de cualquier riesgo. La magnitud debe ser significativa por su gravedad o por lo irreversible de sus efectos.
3. El riesgo potencial justifica actuaciones anticipativas.
4. Se desarrolla por tanto en un contexto de incertidumbre científica. La incertidumbre sobre las consecuencias de un cambio tecnológico, constituye el núcleo esencial del principio de precaución

Y ¿cómo debe realizarse la interpretación en ese escenario de incerteza? La respuesta a este interrogante se da en tres contextos:

Primero: como ausencia de conocimiento científico fiable. Dos: como una característica intrínseca del conocimiento científico. Tres: como una característica de los sistemas tecnológicos. Cuatro: otra característica que impone a la autoridad mejorar la calidad en sus conocimientos para proceder a evaluaciones científicas adecuadas. Cinco, los estudios en los que se fundamenta la toma de decisiones deben caracterizarse por ser elaborados por profesionales independientes e imparciales.

La toma de decisión conlleva a un análisis de riesgo. La obligación de analizar detalladamente las razones esgrimidas para defender las ventajas y beneficios de un producto, actividad o proceso industrial, al no tratarse de la aplicación de un régimen sancionatorio es mucho más fácil partir de la inversión de la carga de la prueba.

El anterior aspecto requiere de la autoridad que conozca y evalúe las alternativas para poder optar por la menos dañina. Hay una serie de características y limitaciones a las decisiones que puede asumir la autoridad ambiental, en virtud del principio de precaución, como principio hermenéutico permite a la autoridad ambiental tomar decisiones para conseguir una adecuada protección del medio ambiente.

Protección que debe darse en el marco de la incertidumbre científica. La incertidumbre es el elemento nuclear de la institución y puede ser una incertidumbre originada o derivada, para que la autoridad ambiental pueda implementar y, esto es importante para ustedes señores auditores y contralores, una medida invocando el principio de precaución tenemos las siguientes exigencias:

1. La aplicación de los principios de proporcionalidad y racionalidad que es un imperativo que se desprende del actual código ley, del actual Código Contencioso Administrativo. Y allí vamos a ver que precisamente que el artículo cuarto de la legislación vigente del Código Contencioso Administrativo señala que la medida debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.
2. Las medidas asumidas deben respetar el principio *In dubio pro libertatis*: la administración ante multiplicidad de opciones idóneas para alcanzar la protección del medio ambiente debe escoger aquella que siendo eficaz sea la menos restrictiva.

Las medidas por adoptar no son indefinidas sino transitorias; la duración en este caso depende de si se mantiene o no la situación de incertidumbre que justificó la decisión de la administración. La decisión de la autoridad debe motivarse y basarse en conocimientos científicos aunque estos sean incompletos. La imposibilidad de fundamentar las decisiones en el principio de precaución cuando exista certeza respecto de los efectos de la actividad o producto.

La obligación de la autoridad administrativa o ambiental de realizar la respectiva evaluación de riesgo como una condición previa a la adopción de la medida. La aplicación de medidas derivadas al principio de precaución tiene un carácter excepcional porque la institución estudiada no puede servir de fundamento en todos supuestos sometidos a consideración de la administración.

Y por último las medidas asumidas deben ser acordes con el Artículo 13 de la Constitución Política como quiera que no pueden ser discriminatorias y dar lugar a tratamientos disimiles frente a supuestos de hechos idénticos. Cuando el acto administrativo se fundamenta en el principio de precaución, adquiere un carácter independiente respecto de la actividad sancionadora de la administración pública. De allí que se pueda predicar su carácter definitivo y la posibilidad de que la jurisdicción contenciosa administrativa proceda a estudiar su legalidad.

De igual modo es posible atacar la presunción de validez del acto administrativo cuando la utilización del principio de precaución acarrea una sanción administrativa o cuando se confunde con una medida preventiva



pues en este caso la finalidad del instrumento utilizado, difiere sustancialmente de los motivos que tuvo la autoridad para la expedición del acto administrativo.

La responsabilidad de la autoridad ambiental se deriva de la falta de conformidad entre la decisión asumida y el ordenamiento jurídico. Y ello va generar que las posibilidades de pretender la nulidad del acto administrativo que asume una medida en virtud del principio de precaución y obtener el consecuente restablecimiento del derecho y si es del caso la reparación del daño, depende de que se demuestre una irregularidad en los requisitos de validez de toda decisión administrativa y ello consecuentemente nos enmarca en el área del Artículo 90 de la Constitución Política.

Hay una serie de aspectos que tiene que ver con la situación del particular afectado con la medida de precaución o indemnización o compensación. Voy a pasar de largo porque allí realmente se pueden dar tres situaciones y las voy a presentar más bien de una manera muy esquemática.

La aplicación del principio de precaución puede afectar situaciones particulares, y allí *verbi gracia* revocar una licencia ambiental en otras implica, por ejemplo, una nueva actividad frente a una implementación tecnológica etc. Ya hay situaciones que requieren pronunciamiento de la administración y pueden que generar un daño antijurídico. Pero uno de los supuestos que se ha esbozado es que se ha dicho que la reparación precisamente frente a una situación de legalidad de un acto administrativo que debe ser sacado del mundo, podría perfectamente aplicarse en la teoría del daño especial y esa teoría de daño especial que se va nutrir de valores como la solidaridad y la equidad, van a dar una respuesta que entiende y que va a permitir que se resarza una situación donde realmente se produce un daño con un acto administrativo que es legal.

Entonces frente a esa situación, allí el fundamento como todos lo sabemos de la teoría del daño especial radica en la solidaridad. Y pasamos de una visión y esto tiene un trasfondo bien interesante de una justicia que no es una justicia compensatoria o correctiva, sino que pasamos a un escenario de justicia disyuntiva aristotélica.

Y la fundamentación del daño especial que tiene una sentencia y blindaje en la jurisprudencia colombiana desde el año de 1947 cuando el Consejo de Estado la utilizó por primera vez para señalar con razón que el núcleo o el



corazón del sistema del daño especial, está en la solidaridad así como en la Constitución Política habla de la solidaridad como un principio vinculante y que en una bella recordación podríamos decir que la ley 14 de la nación francesa frente a los actos de guerra precisamente haciendo referencia a la magnificencia de lo que es la solidaridad, indicó: “el corazón de Francia radica en la solidaridad, la grandeza del pueblo francés está en la solidaridad” y por ello en nuestro esquema de títulos de imputación hemos elaborado y hemos mantenido y fortalecido la solidaridad como un instrumento de justicia que aunque bien es subsidiaria, consolida una visión que en el esquema tradicional o filosófico, no correspondería precisamente a una indemnización o a un modelo correctivo sino distributivo.

Allí la teoría del daño especial obedece a la consolidación del Estado Social de Derecho. Presenta una consistencia intelectual y lógica formidable, sin embargo en materia ambiental deja unos vacíos frente a algunas preguntas que no es del caso entrar a examinar.

La segunda repuesta satisfactoria es que frente al ordenamiento jurídico no puede permitir concluirse que el daño que ha padecido un particular deba ser soportado por él, por el solo hecho de que la competencia ejercida por la autoridad administrativa es ajustada al ordenamiento. Eso desvencija los principios y la nuraógica constitucional.

Finalmente habría otra serie de posturas y una que ha buscado dar una respuesta a esta situación es precisamente que la confianza legítima es la fórmula para salvaguardar esa situación. Y entonces allí se habla de la buena fe, la seguridad jurídica y se trata, se ha dicho, de un estado de excepción singularizado y por este motivo la confianza legítima protege precisamente el derecho que tiene el ciudadano a exigir el respeto por la seguridad.

Miren ustedes, allí hay una serie de impresiones bien importantes que desafortunadamente la doctrina y la jurisprudencia colombiana frente al principio de precaución, lo han confundido con el principio de prevención. Y allí hago un paréntesis simple y llanamente para señalar, que los títulos de imputación subjetiva son lo determinante para analizar la conducta de aquel a quien pretende atribuirse la generación de un daño.

Y entonces es dentro de esas funciones clásicas de inspección, vigilancia y control donde tenemos que ubicar la prevención porque no podemos desde el punto de vista dogmático y de principialística seguir confundiendo como se



hace en Colombia, lo que es el principio de precaución que está determinado como un principio hermenéutico o de interpretación con una fundamentación en la incertidumbre y en el riesgo frente a lo que es el principio de prevención que tiene un manejo prácticamente de policía administrativa.



Luis Javier Toldra Bastida

Departamento de Urbanismo del Ayuntamiento de Barcelona

La verdad es que la valoración de costes ambientales, yo tengo un convencimiento bastante raro y profundo que no hay más infraestructura que el territorio, no hay mejor futuro que integrar el medio ambiente a nuestras políticas y estar de espaldas a ello es hipotecar el futuro. La valoración de costes no es más que una manera de poder tomar las mejores decisiones porque tanto los recursos económicos como los ambientales son finitos. En la medida que tengamos una buena relación de los costes reales que implican las transformaciones promedio, tendremos un futuro de la misma manera que hemos recibido nosotros un legado de las generaciones anteriores: tenemos un futuro para las generaciones posteriores.

Pues empezaré con una pequeña introducción de derechos básicos del derecho español y el medio ambiente. La constitución 1978 a diferencia de la Constitución colombiana, solo hay que hablar del medio ambiente, es en el artículo 45: el derecho al medio ambiente no es un derecho fundamental si no que es un derecho, para entendernos propiamente, de tercera categoría, es un principio rector del sistema rector de la economía en sociedad. No tiene, es decir, no tiene acceso directo al recurso de amparo del tribunal constitucional. No obstante, la construcción jurisprudencial lo ha colocado en un plano preeminente que lo diferencia por encima de otros derechos que están dentro del mismo capítulo del derecho al medio ambiente. Ya vemos luego que por ejemplo es uno de los pocos derechos que prevén sanciones penales contra aquellos que no lo respeten de la misma manera que también se prevén en cuanto se habla del derecho al patrimonio histórico español. Ya se ve claramente que el legislador no tiene muy buena conciencia cuando previvió que hubiera ejercicios penales para los derechos ciertamente poco tutelados, si no del sistema jurídico como el medio ambiente y patrimonio histórico.

Como constitución de un país, un estado de derecho, un estado social y democrático de derecho, derechos interesantes que tienen alerta



eventualmente, el que yo destacaría principalmente es el derecho a la participación en la toma de las mejores decisiones ambientales. Uno de los elementos básicos de esta participación de los ciudadanos desde el punto de vista procedimental y orgánico en la medida que las decisiones tengan en cuenta la opinión del ciudadano, es más fácil que se llegue a unas soluciones más adecuadas a la voluntad general de la población. Tampoco no estaría de más destacar que hay elementos de derecho ambiental que están importados directamente de la Unión Europea pues saben ustedes que es una fuente de derecho internacional constante por muchas cosas, por ejemplo que iremos destacando puntualmente. Ya se ha hablado del principio de precaución que aunque deriva del convenio de Río (de Janeiro) es evidente que las normas básicas son de la Unión Europea. Un principio muy básico de la Unión Europea bastante aburrido por cierto es “el que contamina paga”, que es un buen principio para tenerlo en cuenta aunque en algún momento hemos dejar de contaminar y dejar de pagar.

En cuanto jerarquía normativa y estructura competencial yo lo único que destacaría es que el derecho español está fuertemente en manos de las organizaciones regionales, las comunidades autónomas y el derecho ambiental. Casi siempre nos encontraremos en la ventanilla administrativa y no de la estatal. Por su parte en los aditamentos en la competencia general y el otorgamiento de licencias, sí que el medio ambiente es fundamental en la apertura de comercios, industrias, etc. Luego sobre todo debe destacarse es una materia fuertemente autonómica.

El esquema básico es que el estado hace la normativa básica, y las autonomías desarrollan y ejecutan esta normativa. El derecho ambiental no deja de existir como rama autónoma del derecho. Yo cuando estudié no existía ciertamente, fui autodidacta, ahora es asignatura en las universidades españolas y bueno vieron que está construida como un derecho autónomo vinculado al derecho administrativo. Y ya saben ustedes que el principio del derecho administrativo siempre está fuertemente delegado por las prerrogativas de la administración, por la estructura de legalidad de los actos administrativos y que la única manera de destruir esta cuestión de legalidad es impugnándolos ante la jurisdicción judicial administrativa. Y también a *grosso modo* y rápidamente hablar de responsabilidad de la administración perfectamente tratada en las anteriores ponencias, que básicamente tiene que ver con el funcionamiento:



la posibilidad que tiene el ciudadano de reclamar una indemnización por daños, por actuación, actuaciones anormales, administración o anormales de administración que no tengan obligación de soportar. ¿Pero quienes son las diferentes administraciones responsables?

De todas las que tenemos, el estado solo está presente en lo que significa infraestructuras de interés penal para el estado. Que esta cosa tan espesa en realidad solo se refiere a lo que sería costas como bien público hidráulico marítimo - terrestre y aguas en cuanto a bien público hidráulico de cuencas hidrográficas que ocupen más de una comunidad autónoma. En temas, los demás, las extractivas, también el estado se reserva por materias estratégicas por origen general del estado, hidrocarburos, más o menos me entienden, el resto son materias donde la normativa que hace el estado dentro urbanismos, espacios naturales, en espacios naturales el estado también mantiene solo convergencias en materia de participación.

Lo mismo podemos decir en la siguiente materia, en la energía nuclear; evidentemente es competencia estatal. Impacto ambiental lo mismo, ahora hablaremos de impacto ambiental un poco más, ya saben ustedes que es de la normativa de la Unión Europea que se dedica a estudiar impactos de determinadas obras de características más o menos en el medio ambiente, pero una valoración que tiene una teoría veremos un poco más pero que en realidad se ciñe a prever medidas paliativas para la reducción de los impactos que generan estas obras.

En la problemática ambiental global uno de los lineamientos más claves más definitorios en la situación en Europa y España, en concreto, es la fragmentación del territorio. Ha habido tal progresión en infraestructura en estos últimos veinte años que realmente se ha puesto en jaque el funcionamiento de los ecosistemas. Por poner un ejemplo, ustedes saben que el mamífero, el felino más amenazado del planeta es el lince ibérico, y realmente su realización va directamente ligada a las diferentes infraestructuras que han ido cuarteando el territorio. Es decir la funcionalidad de los ecosistemas tiene una dimensión mínima a partir de la cual no funcionan. Evidentemente los mamíferos y en estos que tienen grandes superficies, poblaciones en baja densidad, el territorio es un problema grave para el funcionamiento de los ecosistemas en toda Europa y España, es una excepción. Junto a la fragmentación del territorio está el



cambio de usos del suelo a gran escala, es decir piensen ustedes que la actividad primaria se ha intensificado muchísimo y paralelamente a la reclusión de campesinos es decir a las exploraciones de carácter familiar, ha llegado a una intensificación tal que el cambio de usos en absoluto ha desaparecido, no ha llegado ceros, y esto es en una gran escala. Y en los regadíos y en España el agua no un elemento especialmente abundante.

Luego evidentemente en el ámbito ligado al transporte y a la construcción, diríamos que la transformación del territorio implica una sobre emisión de contaminación y luego evidentemente un sistema económico poco proclive a la conservación. Desgraciadamente sigue sin darse la oportunidad que implica la integración del elemento ambiental como una oportunidad de negocio, como una oportunidad económica más interesante.

Y lo más importante es una crisis profunda de valores. Hace unos años en España todo ha sido posible, no ha habido una limitación a nada, una cosa muy popular son las autopistas que se hacen, para paliar la impopularidad y en vez de cambiar los periodos de recesiones y las concesiones, se han alargado las concepciones y se han construido autopistas paralelas gratuitas, entre comillas, porque las pagan los fiadores comúnmente. En un mismo valle, en Barcelona, pues tenemos el valle del río Llobregat altamente transformado por una autopista por el margen izquierdo y una autopista por el lado derecho y además digamos un simple análisis de valores ambientales ligados a la cultura, a la incultura, a la división de la propiedad, a los muros a las paredes, no se ha soportado la más mínima valoración y evaluación independiente e imparcial.

Evidentemente y para acabar pues normalmente las peticiones de trazados e infraestructuras o de otro tipo de transformaciones, las peticiones están previamente tomadas y las medidas de impacto son válidas, positivas, ayudan, reducen en muchos casos minimizan pero el análisis profundo de elaboración de costos y sacrificio que se comporta sobre el territorio no corresponde a la variable analizada.

De costos ambientales dos obviedades, pues si hay que generar información, evidentemente, ciertamente la única evaluación de efectos ambientales seria, se ha hecho este año con ya saben ustedes con la marea negra del buque Prestige. La Universidad de Santiago de Compostela ha elaborado una metodología muy buena, muy fina, para evaluar obviamente a posteriori los



efectos reales de la marea negra. Ya saben ustedes que se vertieron 77 mil toneladas de fuel, fuel intenso de calefacción, que yo no lo sabía pero se ve que es la tercera catástrofe ambiental originada por el hombre, más costosa económicamente hablando por detrás de, creo que evidentemente de la rotura de la central nuclear de Chernobyl y de uno de los dos chárter que se incendiaron en el aire hace veinte años no sé si en Shanghái o en Columbia.

Me sorprendió desgraciadamente tener este dudosísimo honor de ser la tercera catástrofe más costosa. Saben ustedes que el barco fue remolcado mar adentro haciendo una ruta fotografiada por satélites, catastrófica, repartiendo fuel hacia las costas de toda Galicia, Portugal y Francia. Ya saben ustedes los que tenían que ser procesados, no fueron procesados, evidentemente se ha absuelto a todos después de 11 años de causa, solo se ha condenado un capitán del barco que ha estado viviendo 10 años en España esperando juicio, por desobediencia de la autoridad marítima. Esto a mí me deja preocupado.

Lo que hay es mucha experiencia y realmente hay una metodología, un *know how*, en Europa básicamente derivado de las empresas, de las instituciones alemanas y británicas a partir de las cuales las grandes infraestructuras son evaluadas, su impacto con carácter previo y sin esta valoración no se pueden llevar a cabo.

Los impactos se dividen en cuatro tipos que son los críticos, severos, moderados, y compatibles.

El primero la ejecución de la obra, los otros tres si digamos que: el compatible que la obra no implica cambios significativos; el moderado implica cambios significativos pero con la adopción de medidas correctoras, se acerca al impacto compatible y el severo es que las transformaciones son graves y la adopción de medidas correctoras reducen el impacto pero no varían los efectos, ni evitan el tema de la transformación real y profunda del territorio o de lo que se plantea.

Normalmente en este tipo de evaluaciones hay muy pocas que llegan a tener el carácter de crítico y para mí la principal crítica es la falta de examen real, la opción cero, es decir en una valoración real de costes ambientales, el primer análisis sería ¿es ambientalmente necesaria la obra? pregunta que nunca se plantea, y luego evidentemente hay una cosa jurídica interesante pero que tiene un pequeño defecto que es el planteamiento de la alternativa,



que en abstracto es positiva, pero en realidad suele haber una alternativa que siempre tiene un punto de partida más fácil: Es decir no se hace una evaluación de manera imparcial y sin previas o condiciones previas o apriorísticas. Insisto que en cualquier evaluación que se pudiera hacer es un análisis para tener en cuenta. Evidentemente en la valoración de bosques, en el tema medio ambiente industrial, la verdad soy especialista en el medio ambiente más de color más verde, pero tenemos un control para empresas especializadas y aquí hay un elemento claramente de negocio, que no se tiene en cuenta y que es una buena oportunidad.

Básicamente una cosa que es importante, que se ha hablado en esta jornada que es bastante clara, es la importancia de integración de la variable ambiental. Es evidente que los elementos económicos hasta ahora no integran valores ambientales, no se tiene en cuenta el coste de la transformación del suelo, el espacio libre por el hecho de estar libre y no estar transformado en cualquier otra cosa, por tedioso que pueda parecer, genera una crisis de CO₂ (dióxido de carbono) que es importante detener desde el punto de partida. Generalmente el suelo más humilde y modesto ya genera esta función, normalmente esta pérdida de fijación de CO₂ es para tener en cuenta. Evidentemente la sobre emisión de CO₂ como transformación del suelo tampoco, con lo cual ciertamente la valoración de costes siempre es muy sesgada, no es desgraciadamente suficientemente ajustada a la realidad y sobre todo no pone en el punto que le tocaría, ni cómo se suele decir ni el primero ni el último pero sí un justo lugar en el concepto de equidad, que me ha gustado mucho oír mucho esta mañana, equidad ambiental, justicia ambiental, implica que los análisis de alternativa, la valoración de cualquier tipo de intervención. Y tenemos un elemento más. No un elemento que esta al final y que sirve para maquillar.

Realmente en España ha mejorado el medio ambiente en muchas cosas y no quisiera parecer pesimista, pero sí es cierto que no está de más siempre reclamar e insistir en esta posición más que todo de medio ambiente como oportunidad. La valoración del suelo ya se ha hablado antes, una cosa es el precio y otra cosa es el valor. En este pequeño esquema he intentado hacer una sencilla aproximación al problema que nos encontramos a la hora de valorar, realmente los perjuicios que se producen siempre serán teóricos porque son metodologías desarrolladas por Universidades que no han de



servir de momento, a nivel oficial, en la evaluación de impactados u otro tipo de intervenciones.

Normalmente en la valoración de la propiedad del suelo, deriva a partir de la materia de expropiaciones donde hay una larga tradición de valoración de precios y evidentemente todas estas cosas, que hay encima de la verificación urbanística, SO suelo urbano y SN suelo no urbanizable. Diríamos que el grado intermedio entre suelo urbano y el no urbanizable tiene este crisol de diferentes variedades de calificación urbanística.

Insisto que a nivel español más o menos el planeamiento esta globalmente extendido e instaurado en casi todo el territorio, en casi todos los municipios, de tierra urbanística, tiene planeamiento urbanístico. Evidentemente no es lo mismo la valoración económica que la valoración ambiental, tenemos la típica paradoja: los suelos ambientalmente muy valiosos tienen un precio económico un poco alto como lo había dicho la Ministra antes con los páramos de la zona central de Colombia.

Evidentemente si luego bajamos al piso de abajo que son las valoraciones del suelo no urbanizable, pues vemos que el que tiene más valor es el suelo agrícola de carácter intensivo. La Provincia de Mérida tiene una extensión descomunal espectacular digna de una película, invernadero fantástico, valor de este suelo con el valor efectuado es mucho más alto que un yermo de vegetación leñosa de la Costa Mediterránea. En fin estas trabas (serán siempre los valores más altos en suelos ambientales) no tienen nada que ver con el valor del rendimiento que se saca, ni el valor económico del suelo. Con lo cual el elemento ambiental se pone en un plano donde haya una cierta equiparación al resto de elementos.

Evidentemente de los muchos personajes que están en esta sala es claramente una oportunidad, básicamente por este convencimiento expresado al principio: de que el cuidado de los recursos naturales siempre nos saldrá más barata que cualquier otro tipo de solución. Desde el momento que hemos recibido, la herencia que hemos recibido, por las causas que sean, tenemos una obligación con las generaciones venideras para que esto siga transmitiéndose y esto tal vez aquí no tiene mucho sentido. En España tiene mucho sentido: la única infraestructura es el territorio, no hay más, es finito, no tiene alternativas, no es renovable. Una vez lo transformamos en escala, nunca más volverá a ser así. Es decir, los incendios forestales que son una



plaga muy grande en España, nunca más volverá a ser un bosque del Mediterráneo como lo vimos antes de que se quemara. Tardará entre cuarenta, cincuenta, setenta años en regenerarse.

Evidentemente y lo he dicho también antes sí que tenemos un grado teórico y universitario de base de datos ambientales prácticamente de todo, bien sea en el tema ornitológico, tenemos unas evaluaciones de la evolución de las poblaciones de pájaros y el problema es que si tiene una gran base de datos ambientales pero no la haces servir; piense que este mes de julio mi familia que está en el Pirineo pues hay unas magníficas estaciones de aforo del caudal de los ríos, que *online* podríamos consultarlas, miramos que los ríos estaban en el 97% de su capacidad y el año pasado como parece este año, es un año de mucha nieve, había metros de nieve todavía por deshelerse, y claro resulta que hubo cambios súbitos de temperatura se deshizo el hielo arriba y el hielo estaba en un 97, 98, 99% puso a decirles que hubo una brigada, y no hubo anticipo.

Lo cierto es que las estaciones de aforo se perdieron todas, no existe y desaparecieron puentes, algunas casas y pues no pasó nada pues se trabajaron horas extras, si se tiene unos datos es para tomar medidas, lo mismo sucede con la planificación que he dicho antes, el nivel de vida de vía urbanística es alto.

En Cataluña tenemos planes sobre todo, tenemos planes urbanísticos, planes de uso, planes especiales, planes de búsqueda, planes de uso y gestión, una confusión podría nombrarlo pero he preferido ahorrárselos pero diferentes tipos de planificación muy bien hecha. ¿Cuál es el problema? Cumplirlo, hacerlo, como en todas partes, pero bueno está bien que existan. Siempre será, digan lo que digan los grandes sabios de la teoría económica que no supieron predecir nada de lo que ha pasado en España y en Europa. Todos los sabios hablan de crecimiento cuando ya sabemos que los ecosistemas no crecen, no hay ningún ser vivo que crezca ilimitadamente, podemos crecer una cierta cantidad, pero no ilimitadamente, no hay crecimiento.

Evidentemente en otra oportunidad son las medidas de persuasión. En España los incentivos tributarios son muy tímidos, inexistentes, es decir cuando se hablaba del problema de los campos en Colombia, en estas figuras que vienen del derecho inglés, en España se conoce como el derecho de la custodia, la figura de la custodia del territorio que es novedosa en España



pero que es el contrato entre el poseedor del suelo y del estado de cumplir esta función social de mantenimiento de la funcionalidad y la actividad primaria, porque ya lo sabemos el estado no tiene capacidad ni de comprar todo el territorio y de hacer todos los papeles, puede gobernar, decidir, pero no puede gestionarlo todo y en cambio es mucho más fácil favorecer a las poblaciones locales para que se mantengan y eso beneficia a todos.

En España esto está empezando a desplegarse, tímidamente, como custodia del territorio. Los incentivos tributarios salen muy mal pero los propietarios forestales tienen muy pocos incentivos, desgraciadamente, evidentemente. Las poblaciones de este tipo son escasas porque no se favorece a los propietarios, donaciones de suelo y el único producto de los campos que tenía medidas tributarias interesantes era el de las energías globales, pues con el actual sistema español, ya no existen. Estas cosas son difíciles de entender y evidentemente somos de estructura católica, nos confesamos y no pasa nada.

El derecho ambiental sería un típico campo para regular única y exclusivamente a través del derecho administrativo. ¿Por qué? Porque en la constitución española, la obligación de velar por el respeto al bien jurídico del medio ambiente, es una obligación de los poderes públicos y realmente son muchos más fáciles de corregir a través del derecho administrativo. El derecho sancionador a través de multas y otro tipo de medidas, pero desgraciadamente ha tenido que aplicarse y así lo dice la constitución en el tercer párrafo, en derecho penal para coadyuvar a este tránsito, hacia una sociedad más justa.

El derecho penal ambiental tiene su base en el tercer párrafo del artículo 45 que es el que establece que se podrán prever medidas punitivas de carácter penal contra los que no respeten el derecho al medio ambiente, aunque la constitución del 78 no se impuso, no se legisló sobre el primer supuesto de derecho, artículo 83, 45, sobre incendios forestales como daño a propiedades, a los bosques, no como daño a la comunidad. Es una lástima que en España haya fracasado el derecho administrativo porque es el mejor instrumento *ad hoc* para conseguir una mejor regulación y una mejor persecución de las entidades urbanísticas. El derecho penal no está autorizado para ser el garante pero tenemos el problema y evidentemente en España es una situación compleja que siempre pasa lo mismo, alguna cosa que no gusta salta a la judicatura.



Evidentemente en el año 83 fue el delito de incendios forestales, en el 85 se produjo el delito ecológico que era precisamente es un tipo delictivo de contaminación de riesgo que ponga en peligro la integridad ambiental, valores de territorio, y en tercer lugar que haya algún incumplimiento normativo, lo que se llama una ley de 90 años. Este pequeño artículo 347 bis del código penal del 85 fue el que ayudó en los años en que estuve yo trabajando con la organización ecologista DEPANA, se dio una conjunción de astros muy típica de los países latinos, en la cual se nombró un fiscal especial, fiscalía tribunal superior de justicia de Cataluña. Hubo la segunda conjunción fue que teníamos una policía administrativa autonómica, y se pensó en la utilidad de una policía propia y como tenía pocas conferencias una de las que tenía era la del Medio Ambiente. De ese grupo nació la policía ambiental muy competente, que sobre todo se especializó en vertidos y llevó la prestación de servicios muy importantes y con un conocimiento científico muy bueno. ¿Por qué en vertidos? Porque las emisiones atmosféricas son más complejas para poder muestrear.

De alguna forma el rito ecológico que quizá fue el primer supuesto, y luego veremos que es claramente esta conjunción de astros, fiscalía, unos agentes, luego había policía de carácter estatal, hicieron méritos en esta temática a través de servicio especial para que además continuaran manteniendo y además surgió una tercer variable policial que son agentes de autoridad que son los antiguos guardabosques, que se convirtió en una policía ambiental, era una policía pequeña a esta utilidad y esta conjunción de astros fue la que ayudó a este tránsito, hacia una sociedad ambientalmente hablando más justa y realmente la mayoría de casos que se conocieron es esta época la mayoría de empresas contaminantes cambiaron de manera inmediata, no es nada agradable fue la manera como se evolucionó.

Y aquí es donde entra la última conjunción de astros que fue el primer forcejeo regional que hubo en España, que fue el de Cataluña, y que una persona sensible e inteligente pensó trabajar en políticas de regulación que podría ser una oportunidad para las empresas especializadas, una industria que tampoco era muy hostil hacia los empresarios contaminantes y que ciertamente comparamos con los ciudadanos. Pero bueno todo fuera porque el objetivo final se cumplió que fue la recuperación de la red hidrográfica en Cataluña.



Bueno en el año 95 en el código penal se introdujeron delitos en las diferentes familias, hasta un total de 16 supuestos diferentes que por ser un código penal la democracia, las penas y la complejidad y la cantidad de cosas que se produjeron, no estoy seguro que se vea desde el fondo, esto es una matriz que simplifica los diferentes tipos de delitos ambientales de la familia de retos urbanísticos, los retos urbanísticos son una clara expresión del fracaso del derecho administrativo, porque en España hay una larguísima tradición de ley del suelo, de licencias y si no se ha puesto todo, es porque no se ha querido.

La variable interesante sale de la contribución de los diferentes países, a la superficie de red del año 2000 y la variable interesante es que el tanto por ciento del área que se propone y allí España está con una propuesta muy interesante de cerca del 23 %. Pero a mí lo que siempre me ha sorprendido de esta propuesta es ver la poca superficie que proponen países como Alemania, 8 o 10%; el Reino Unido solo el 5% de su territorio, es curioso.



Uriel Amaya Olaya

Asesor de la Auditoría General de la República

El tema que se me ha propuesto para desarrollar, para cerrar el foro ambiental, promovido, organizado por la Corporación Autónoma Regional de la Cuenca de los ríos Negro y Nare, Cornare, y la Auditoría General de la República, tiene que ver con el daño para efectos de la responsabilidad fiscal, por tratarse de un tema jurídico de ciertas connotaciones técnicas, voy hacer una presentación muy esquemática y desde el punto de vista pedagógico que permita su acercamiento conceptual.

Por razones técnicas que logren el propósito de acercar esa cierta dificultad desde el punto de vista jurídico, lo primero que hay que decir es que el tema ambiental como bien se propuso esta mañana, es un tema que goza de una especial aproximación funcional en el ámbito de las contralorías. En la relación que se hizo esta mañana por parte de la Auditora General de la República que dentro de las múltiples competencias que se le otorgaron a las Contralorías en el propósito o en la temática ambiental, se encuentran aquellas que estrictamente están dirigidas en unos niveles específicos de carácter macro, es decir las evaluaciones que hace control fiscal sobre las políticas públicas, el cual está incluido el componente ambiental y que básicamente se materializan a través de la producción de los informes sobre el estado de los recursos naturales y el medio ambiente que tienen que entregar los contralores en las respectivas corporaciones públicas de elección popular sean a nivel nacional o territorial, según el caso.

A lo cual se le adosa la competencia más específico en los niveles micro del control fiscal, micro que corresponde a las evaluaciones concretas que se hacen en relación con la gestión fiscal que adelantan los entes que tiene competencias de tipo ambiental, y por supuesto sobre los particulares que del mismo modo en ejercicio de funciones públicas, tienen alguna relación con ese componente ambiental. Me refiero a nivel general a los contratistas y ciertos particulares que para el efecto tiene una relación funcional en dicho ámbito, y a eso se le agrega una competencia que es complementaria con el control fiscal, no es una consecuencia por supuesto del ejercicio de esta



modalidad de control, pero hace parte integral de las competencias que tienen las contralorías y me refiero específicamente a la competencia para determinar la responsabilidad que se rinde en la gestión fiscal, es decir la responsabilidad fiscal.

En esta última instancia, que es la que nos interesa, ya para los efectos de la presentación, se presenta una gran dificultad desde el punto de vista de la configuración conceptual de la problemática ambiental y su impacto en los eventuales daños que se produzcan al medio ambiente, en el marco de las competencias que tienen las contralorías para dedicar responsabilidades patrimoniales, en ese contexto de gestión fiscal. Esas dificultades, básicamente las voy a esquematizar en varios niveles.

Primero a partir de una estructura técnica que tiene este estatuto específico de responsabilidad. Bien se sabe que dentro de los múltiples estatutos de responsabilidad del ejercicio de la función pública, las responsabilidades políticas, las responsabilidades penales, las responsabilidades disciplinarias, a las que estaban haciendo alusión en las charlas de esta mañana, aparece un complemento muy importante que es la responsabilidad patrimonial y una especie de esa responsabilidad patrimonial específicamente relacionada con la responsabilidad fiscal.

La responsabilidad fiscal si bien es un estatuto autónomo, frente a los demás estatutos que rodean el ejercicio de la función pública, tiene por su estructura técnica, tiene un parentesco absolutamente próximo con la responsabilidad patrimonial. Los dos son estatutos de carácter socio patrimonial, lo cual supone en principio, que son estatutos que el ordenamiento jurídico diseñó para promover a través del ejercicio procesal correspondiente un resarcimiento que se produzca a un patrimonio. De manera general, en el caso de la responsabilidad fiscal dicho estatuto específico de responsabilidad, tiene una diferencia concreta frente a la responsabilidad patrimonial: en primera instancia que se trata de una responsabilidad que es determinada por una autoridad de naturaleza administrativa, a diferencia de la responsabilidad patrimonial cuya competencia siempre está en cabeza de los jueces, en la rama judicial del poder público, la responsabilidad fiscal la determina la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y la Auditoría General de la República para efectos de resarcir daños que se produzcan en el contexto de



la gestión fiscal del patrimonio público. Pero el procedimiento para determinar dicha responsabilidad, es un procedimiento administrativo, con la ratificación que hizo la ley.

Se trata de la posibilidad de una autoridad con competencias administrativas que tenga actuaciones que incidan en el patrimonio de las personas cuando tengan un rol especial asignado en este caso en el ejercicio de la gestión fiscal. La garantía que trae la ley en la naturaleza administrativa de la actuación, es que estas actuaciones produzcan unas decisiones definitivas en los procesos correspondientes, eventualmente las personas perjudicadas con esa actuación puedan recurrir ante el juez contencioso administrativo para buscar un control de legalidad, porque se trata de una actuación administrativa, igual que sucede con las competencias de la Procuraduría General de la Nación en el ámbito disciplinario.

Pero a partir de esa diferencia específica, tiene una estructura concreta y la primera y voy hacer una referencia específica pues para los que no tienen un conocimiento centrado en la materia, la primera diferencia específica es que la responsabilidad fiscal es aquella que se deriva en el ámbito de la gestión fiscal.

La gestión fiscal la podemos definir como aquella competencia que el ordenamiento jurídico le adscribe a un particular o a un servidor público, para ejercer una administración sobre el patrimonio público. Dicha competencia derivada de la ley o del contrato estatal en el caso concreto, supone que el agente público o el particular derivada esa competencia previa y después asignada, en la manera que lo he planteado, supone para ese servidor público o para ese particular una potestad, una competencia jurídica que habilita una limitación legal, previa y expresa, que lo habilita para disponer, para administrar ese patrimonio público en los términos previstos y respectivos reglamentos y funciones.

Y de esa competencia jurídica se deriva además una disponibilidad jurídica por parte de ese agente sobre ese patrimonio público, y de esa disponibilidad jurídica se deriva un elemento absolutamente fundamental para configurar la gestión fiscal en el ámbito del derecho penal funcionalista que contaba el señor fiscal esta mañana; corresponde al rol de garante que adquiere el servidor público o el particular frente a la administración de este patrimonio público. La extensión de competencias para administrar el patrimonio



público produce consecuencias más importantes que dicho servidor público o particular, asuma un rol de garante frente a la protección, la integralidad de dicho patrimonio público. Y ese rol de garante en el plano de las relaciones funcionales definitivamente se trata de una relación de carácter institucional, un rol institucional de garante frente a la protección de ese patrimonio público, porque está adscrito y predeterminado por las normas jurídicas para las precisiones de la teoría funcionalista que explicaba el señor fiscal esta mañana, en el derecho penal. Pero por supuesto tiene una equivalencia adscrita en el derecho fiscal, por la vía de las competencias determinadas en las normas jurídicas.

La gestión fiscal supone dificultades en su configuración para efectos del tema ambiental; la primera que evidentemente aquellos agentes públicos y privados que son sujetos del control fiscal en el ámbito ambiental, automáticamente son gestores para efectos del proceso de responsabilidad fiscal. Me explico si el control fiscal, bien sea macro que se dicte sobre las políticas públicas, o sea micro a través de las auditorías específicas que tienen el componente ambiental y la valoración de costos ambientales y la de gestión y resultados que se producen o se proyectan sobre las autoridades que ejercen competencias ambientales, dichos ámbitos todas esas autoridades públicas o privadas específicamente están desarrollando actos de gestión fiscal sobre patrimonio ambiental, y en esa medida están realizando funciones que eventualmente si dentro de ese contexto le provoca un daño patrimonial, directo o indirecto al medio ambiente o en su entidad patrimonial, automáticamente son sujetos en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal. Lo primero que habría que decir entonces es que el concepto para efectos ambientales de la gestión fiscal, es un concepto amplio de carácter directo e indirecto en algunos eventos y que cubre no solamente las competencias funcionales de los agentes públicos, sino incluso de los propios particulares. Voy a dar unos ejemplos.

En el ámbito de la contratación estatal, los contratistas, en el caso concreto a partir de las licencias ambientales, en el caso de la interventoría del contrato estatal donde claramente se trata de un contratista particular que está ejerciendo actos de gestión fiscal, y por dar otro ejemplo en un lado distinto, el claro ejemplo de los curadores urbanos: los curadores urbanos son particulares y sin dejar de ser particulares tienen adscrito funcionalmente,



por competencias derivadas de la ley, unas funciones públicas y dentro de esas funciones públicas hay un gran componente ambiental.

Estructuralmente las competencias de los curadores urbanos tienen un referente inmediato, en el derecho ambiental y en el patrimonio ambiental y en el ejercicio de esas competencias, son gestores fiscales. Lo cual supone que son sujetos inmediatos de control fiscal y en el específico rango de las funciones públicas, de la gestión fiscal que desempeñan sobre el componente territorial y ambiental y en la medida que en el ejercicio de esas funciones con un desapego a la ley o por consecuencias derivadas, o por detrimentos, el derecho urbanístico ambiental se produzca una lesión al derecho ambiental o al patrimonio ambiental, automáticamente esos curadores urbanos deben ser sujetos dentro del proceso de responsabilidad fiscal para los efectos resarcitorios, que tengan que ver con ese componente ambiental.

Luego la gestión fiscal en ese ámbito cualifica, no está delimitada ni obstruida por aquellas competencias que técnicamente se refieren al componente ambiental, sino por el contrario el componente ambiental, en el ámbito de las funciones públicas es un elemento integral de la gestión fiscal. Es decir la habilitación, las competencias para administrar el patrimonio público.

El segundo elemento importante a determinar en ese contexto tiene que ver justamente con las connotaciones patrimoniales, dentro de las cuales se adscribe la responsabilidad fiscal y lo señalo porque la Ley 610 y los propios reglamentos que se han producido sobre la materia, han sido ambiguos en la presentación. Como ustedes lo saben en la Ley 610 se hacen referencias explícitas a que los daños deben producirse al patrimonio del estado, en varias de sus normas y en otras se hacen alusiones al concepto del patrimonio público. Esa ambigüedad conceptual debe ser objeto por supuesto de una interpretación sistemática desde un punto del planteamiento normativo. Me explico.

En ejercicio de esas competencias, uno de los componentes importantes, desde el punto de vista de la delimitación conceptual es que tanto el control fiscal, como la responsabilidad fiscal, no está adscrito, ni delimitado, ni supeditado al concepto de patrimonio del estado.

El concepto patrimonial del estado que trae nuestro ordenamiento jurídico, estructurado a partir de las normas del derecho civil según el cual es



patrimonio del estado, o hacen parte del patrimonio del estado, los bienes de uso público más los bienes fiscales, esa delimitación no es el obstáculo, ni el límite del ejercicio ni de control fiscal, y menos de la responsabilidad fiscal como estatuto resarcitorio. El componente conceptual a partir del cual se estructura la responsabilidad fiscal es el componente del patrimonio público, y el patrimonio público es un género conceptual que no solamente absorbe la categoría de patrimonio del estado, en la tradicional visión civilista en la materia, sino que además incluye algunas concepciones patrimoniales que construyó la Constitución del 91; patrimonio público porque en la construcción conceptual constitucional que incluye por supuesto el concepto ambiental.

El medio ambiente y el patrimonio económico en esa adición sistémica de la materia, ecosistémica como se planteó en la mañana de hoy, supone el garante de ser un patrimonio público y por tener el estatus de patrimonio público genera consecuencias jurídicas importantes en el ámbito constitucional. Uno: no tiene estatus de derecho fundamental como se afirmaba si no de derecho colectivo de tercera generación porque el titular de ese derecho ambiental como patrimonio público, es un sujeto colectivo en abstracto universal, pero que en concreto en el caso específico puede ser protegido por cualquier actor a través de las funciones patrimoniales para evitar daños eventuales que se produzcan sobre dicho patrimonio de carácter judicial o acciones de grupo de clase cuando son de carácter resarcitorio.

Es el patrimonio público de carácter ambiental además eventualmente tiene la connotación de derecho fundamental, cuando por conexidad en la afectación a derechos colectivos como el caso del tema ambiental, se producen de manera directa o indirecta también afectaciones a derechos fundamentales de las personas.

Esa lectura amplia que incluye la obligación del estado de proteger el medio ambiente, de asegurar los servicios públicos, en el componente de servicios públicos, que corresponden al componente ambiental como el saneamiento básico, el agua potable y a su vez el papel de garante que tiene el estado a través de las autoridades ambientales para garantizar el concepto del desarrollo sostenible en ese postulado que implica el derecho al medio ambiente sano, no solamente ubicado como sujeto de derecho a las



generaciones que estamos disfrutando en el presente, si no el derecho a las generaciones futuras que tienen a disfrutar de un medio ambiente sano en ese planteamiento extraño paradójico del derecho que pone al titular del derecho, en cabeza de una persona que no está en el presente, esa integralidad de conceptos supone entonces que para efectos del control fiscal de responsabilidad fiscal el componente patrimonial público incluye un concepto ambiental de manera integral.

Lo cual supone una competencia integral de las contralorías tanto para mejorar la gestión fiscal que se produce, entre otros elementos en el componente ambiental, como para determinar responsabilidades que se generan en la administración de dicho componente por vía de la gestión fiscal. Y a ese componente se le agregan otros elementos o problemas específicos que se presentan en la puesta en escena de dicho componente procesal. Uno de ellos es precisamente el concepto del daño.

El daño para efectos de la responsabilidad fiscal, es un daño que está caracterizado sobre la base de que se produzca de manera objetiva, un deterioro una disminución, una pérdida del patrimonio público. Pérdida, deterioro, afectación que por supuesto es el fruto de una conducta desplegada por un gestor fiscal, es decir de un servidor público o el particular que haya estado plenamente habilitado para administrar dicho patrimonio.

Pero ese deterioro o esa afectación patrimonial tienen una configuración jurídica muy precisa en la norma, y en el estatuto jurisprudencial. Debe tener un carácter de certeza y un carácter de objetividad: certeza de que existe una plena prueba de la existencia de ese detrimento patrimonial, y objetividad en el sentido que no puede ser sujeta la valoración económica del daño producido a particulares y subjetivas posiciones de los agentes públicos, si no que dichas valoraciones cuantitativas del daño producido deben ser objetivamente demostrables, porque se corre el riesgo de violar el debido proceso en la medida que una persona quede sujeta a que un funcionario de la contraloría de manera subjetiva conciba el daño o las consecuencias dañinas o una particular visión subjetiva.

Simplemente para subrayar ese punto, es necesario afirmar que la Corte Constitucional declaró inexecutable los componentes de la configuración legal del daño, justamente por atentar a ese principio de objetividad. La Corte dijo



que no es posible configurar el daño a partir del uso indebido de los bienes fiscales, porque inclusive generan daños al patrimonio público, se pueden producir, o que la gestión fiscal equitativa sea un rango para derivar daños patrimoniales, porque el concepto de lo que es inequitativo o no es un concepto subjetivo. En esa medida se atentaría contra el debido proceso, si se permitiera la configuración, en uno de los puntos de interpretación del daño. Esa certeza y esa objetividad tienen efectos muy importantes en relación con los aspectos ambientales. Primero porque efectivamente el componente del daño ambiental debe ser visto como lo trae la Ley 99 del 93 en el artículo 42 desde el punto de vista ecosistémico. Dice la ley “que se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos”.

Esa visión del daño ambiental que trae la Ley 99 del 93, es el punto de partida para valorar daños ambientales a partir del proceso de responsabilidad fiscal. Dos: esa valoración además supone que normalmente los daños que se produzcan al medio ambiente para los efectos que importan, en relación con el daño para efectos del proceso de responsabilidad fiscal deben ser aquellos daños que en la denominación técnica se denominan daños ambientales puros. Es decir, el daño y el deterioro que directamente se producen sobre el ecosistema y sus componentes derivados. Ese daño de esas estructuras ecosistémicas que de manera directa fue producto de acción por parte de un gestor fiscal, supone que es el sujeto de la valoración inmediata para efectos de configurar el daño.

Evidentemente el daño ambiental no solamente supone daños ambientales puros, sino lo que en la teoría se denomina daños ambientales consecutivos, se afecta el medio ambiente, pero también se afectan eventuales patrimonios de personas o grupos sociales que también son sujetos de mecanismos jurídicos para efectos de su resarcimiento. Pero además ese componente del daño para efecto de la configuración supone un elemento complementario: ¿qué metodología o a partir de qué configuraciones metodológicas se puede producir una valoración, correcta y objetiva, técnica admisible, jurídicamente viable para efectos de cuantificar dichos impactos ambientales en términos económicos?

Lo primero porque esa herramienta además hace parte de otra herramienta paralela que tienen las contralorías: la valoración de esos costos



ambientales, y la valoración de los costos ambientales en el punto del desarrollo constitucional y legal es un principio del control fiscal, un principio atado a los demás principios de control fiscal como los de eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de costos ambientales que a propósito constituyen el multicomponente del desarrollo sostenible. Lograr un desarrollo con el menor impacto ambiental posible. Equidad más ecología o valoración de costos ambientales. Ese principio de la valoración de los costos ambientales supone entonces una competencia para la Contraloría a través de la valoración de costos ambientales. Fundamentar los informes ambientales que produce anualmente a las corporaciones públicas, fundamentar el control fiscal micro, fundamentar las evaluaciones de gestión y resultados a las autoridades ambientales y fundamentar la configuración del daño para efectos del proceso de responsabilidad fiscal.

¿Cuáles son las dificultades que ponen presente la doctrina para efectos de estructurar una adecuada valoración de costos ambientales? Primero que la valoración de los daños ambientales debe ser necesariamente sujeta a valoraciones económicas para efectos de lograr esa configuración, el resarcimiento que he mencionado. Pero esas valoraciones económicas suponen una breve cuantificación del componente ambiental y esa cuantificación del componente ambiental y en eso no existe una metodología distinta, solamente se puede producir a través de un sistema de cuentas ambientales.

Los sistemas de cuentas ambientales que es el punto de referencia para poder entrar a hacer valoraciones o asignaciones económicas a la estructura ambiental, a su vez tienen limitaciones. Porque efectivamente existe un gran componente ambiental que es susceptible de ser llevado a un sistema de contabilidad ambiental pero existe un gran componente ambiental, que no tiene la posibilidad de ser llevado a un sistema de cuentas ambientales. Doy un ejemplo: la información científica que explica el comportamiento biofísico de los sistemas. Es una información amplia, conceptual, técnica, científica, pero yo no la puedo llevar a un sistema de cuentas ambientales o de contabilidad ambiental.

Y de los componentes ambientales que sí pueden ser llevados a un sistema de cuentas ambientales hay que tener en cuenta que existe un sistema, unos componentes ambientales o de información ambiental que si bien puede



llevarse al sistema de cuantas ambientales, y si bien tiene una relación con la actividad económica del hombre, hay otro componente ambiental que estando en el sistema de cuentas ambientales, pero no tiene relación con la actividad económica del hombre.

La evolución de las especies bióticas. Es una información científica, las especies bióticas pero no tienen relación. En relación con la actividad económica del hombre, se sale del componente de cuentas ambientales.

Y por último la información ambiental que estando en el sistema de cuentas ambientales que siendo parte de las actividades económicas del hombre, no es susceptible de valoraciones económicas. Me explico: un ejemplo la pérdida de diversidad biológica por efectos de la tala de bosques con fines comerciales. Ese componente si bien hace parte de la actividad económica del hombre, difícilmente puede ser valorado económicamente desde el punto de vista de los impactos ecológicos. Con esos efectos que implica el sistema de cuentas ambientales con esa reducción de contabilidad ambiental, información ambiental susceptible de ser valorada económicamente, surge el componente metodológico específico para hacer esas valoraciones de costos ambientales.

¿Y qué suponen esas valoraciones para efectos del daño, para efectos de la responsabilidad fiscal? Primero que el daño a resarcir en términos ambientales para efectos del proceso de responsabilidad fiscal debe estar delimitado no solamente en los componentes económicos, que es lo que usualmente hacen las contralorías por efectos de sus competencias resarcitorias Resarcir el daño que se produjo sobre el bien público, y si el equivalente son 10 millones de pesos, esos 10 millones de pesos son los que se resarcen a través del proceso, sino que particularmente en el tema ambiental debe haber un gran esfuerzo procesal para que las reparaciones sean *in natura*, es decir que se produzcan compensaciones ambientales que sean equivalentes a los costos económicos del daño producido. Es este contexto procesal por lo tanto atado al concepto de la gestión fiscal, en el ámbito procesal, las contralorías deben hacer un gran esfuerzo no solamente técnico si no jurídico y procesal, para adelantar actuaciones que efectivamente respondan a lo que se está viendo en los procesos auditores, equivocadas estratégicas de gestión ambiental, daños permanentes al medio ambiente en el ámbito y de competencias ambientales, con una



conceptualización amplia de la gestión fiscal. No está limitada solamente a los agentes públicos con competencias directas, sobre el tema ambiental, sino en general sobre los particulares.

Un ejemplo concreto: una persona que compra una finca y en esa finca que es propiedad privada, aparece o hay un bosque que tiene una reserva natural protegida por la ley, y esa persona particular automáticamente se convierte en un gestor fiscal y en la medida que le produzca un daño ambiental a ese bosque protegido ambientalmente es sujeto de responsabilidad fiscal. No patrimoniales, no civiles, no de reparación directa por daños producidos al patrimonio ambiental en el contexto del patrimonio público, sino de responsabilidades fiscales. Una errada conceptualización de la acción fiscal, una errada conceptualización del daño ambiental para efectos del daño patrimonial, produce una ineficiencia de las actuaciones de las contralorías en el ámbito procesal y por supuesto un deterioro de esta importantísima función que la constitución y las leyes hacen.